



Centro Interamericano de Administraciones Tributarias - CIAT

Dirección de Estudios e Investigaciones Tributarias
Documento de Trabajo N° 1-2012

La Doble Imposición y los Convenios Tributarios. Una especial referencia a la Red de Convenios de Panamá¹

Isabel Chiri Gutiérrez²

Junio 2012

¹ Ponencia presentada en el Primer Congreso Internacional de Derecho Tributario, organizado por el Tribunal Administrativo Tributario de Panamá, en junio 2012.

Las ideas y opiniones expresadas en esta ponencia no reflejan, necesariamente, la posición de la firma en que la ponente desarrolla sus actividades profesionales.

² Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú. LLM en Tributación Internacional por *University of Florida, Levin College*, Becaria Fulbright. Ha sido profesora de Derecho Tributario de la Universidad Católica del Perú y a la fecha trabaja en Ernst & Young Panamá como Gerente en Impuestos Internacionales.

1. Introducción

La doble imposición internacional se presenta en el contexto de las transacciones internacionales o también llamadas transfronterizas. Para comprender esta afirmación, se debe diferenciar entre la movilización de bienes y servicios de la movilización de los factores de producción de dichos bienes y servicios (equipos de producción, capital, trabajadores, etc.).

La movilización de bienes y servicios podría generar una doble imposición internacional pero en materia de los impuestos generales sobre el consumo, dependiendo de los sistemas impositivos de los países involucrados en la transacción (principios de origen o destino).

Es el segundo tipo de movilización transfronteriza la que ha desarrollado el contexto para que, en algunos casos, la aplicación de los distintos sistemas impositivos genere una doble imposición internacional de la renta producida por las actividades económicas.

La presente ponencia trata la doble imposición internacional en materia de los impuestos a la renta y/o patrimonio, por lo que será materia de interés únicamente el segundo tipo de movilización explicado.

La ponencia tiene por finalidad contextualizar el fenómeno de la doble imposición jurídica internacional, y explicar la estructura y aplicación de los convenios tributarios como mecanismo para contrarrestarla. No obstante ser una ponencia general, los ejemplos utilizados en su mayoría se relacionan con el sistema tributario de Panamá. Asimismo, se hará un breve desarrollo de la red de convenios tributarios de dicho país.

Para tal efecto, se ha desarrollado la ponencia en tres partes. La primera tiene por objeto definir la doble imposición jurídica internacional, a efectos de diferenciarla de la doble imposición económica. A su vez, se va tratar las razones por las que surge este fenómeno, especialmente en lo relacionado con los principios impositivos usados por los países en materia de renta. Luego se va explorar los problemas que la literatura ha venido atribuyendo a la doble imposición, y sobre la base de los cuales se ha construido la argumentación justificativa para tomar medidas que la atenúen o la eliminen. Finalmente, se describe las medidas que se han desarrollado para contrarrestar la doble imposición internacional, en el contexto unilateral de y bilateral.

En una segunda parte se abordará el origen de los Modelos de Convenios para evitar la doble tributación, más difundidos en el contexto internacional, como son el Modelo de la OCDE y el de las Naciones Unidas; así como sus principales diferencias. Posteriormente, se analiza la aplicación y estructura de este tipo de Convenios.

Finalmente, se presenta un análisis de la red de Convenios vigentes de Panamá, con el objetivo de identificar los principales temas que aun requieren un desarrollo normativo, analizar los problemas interpretativos de los artículos más controversiales o sensibles, así como de aquellos que tienen particularidades propias respecto del Modelo OCDE y/o Modelo ONU.

2. La doble imposición jurídica internacional

Existe cierto consenso en la doctrina en definir a la doble imposición jurídica internacional como la imposición de dos impuestos similares en dos o más Estados³, respecto del mismo sujeto, de la misma renta y en el mismo periodo de tiempo⁴.

Ocurrirá este fenómeno, por ejemplo, en el caso de que una sociedad panameña pague \$10,000 a una compañía residente en el Estado A en el ejercicio 2012 con motivo de la prestación de servicios efectuados en dicho Estado A. En materia de servicios, la ley interna panameña sigue el criterio de pagador como punto de conexión, en el caso de servicios prestados por personas cuyo domicilio está fuera de Panamá. En efecto, de acuerdo con la ley interna si el servicio recibido incide sobre la producción o conservación de renta panameña y la empresa local deduce el pago para efectos del Impuesto sobre la Renta, el pago por los servicios se consideran de fuente panameña y están sujetos a retención a una tasa efectiva del 12.5%, en la mayoría de los casos. Ahora bien, bajo la legislación del Estado A, la renta obtenida por la compañía también estará sujeta a imposición en España.

Como se observa una misma renta (\$10,000) obtenida en el mismo período de tiempo (ejercicio 2012) por un mismo sujeto (compañía del Estado A) será objeto de imposición de dos impuestos similares (impuestos a la renta) por dos Estados (Panamá y Estado A).

La doble imposición económica internacional contiene los mismos elementos característicos de la doble imposición jurídica, con excepción del sujeto. En otras palabras, en la doble imposición económica el énfasis está en la renta, aunque ésta sea objeto de imposición en sujetos diferentes. Lo relevante es que económicamente la misma renta sea objeto de imposición más de una vez.

³ En términos de José Manuel Calderón Carrero, no se trata de una identidad de impuestos, sino de una similitud sustancial en base a criterios como la función del impuesto, su hecho y objeto imponible, entre otros. José Manuel Calderón Carrero. "La doble imposición internacional y los métodos para su eliminación". En: SERRANO ANTON, Fernando. *Fiscalidad Internacional*. Ediciones CEF, 3era Edición, 2007, P.298.

⁴ Esta definición en términos generales es desarrollada en: KLAUS VOGEL. *Double Taxation Conventions*. Tercera Edición. Londres: Kluwer Law International. 1997. P. 2; PASQUALE PISTONE, "Las medidas contra la doble imposición internacional". La experiencia europea y latinoamericana. En: *Estudios de Derecho Tributario 1* Constitucional e Internacional. Homenaje Latinoamericano a Victor Uckmar. Coordinadores: Pasquale Pistone y Helen Taveira Torres. Buenos Aires: Ábaco de Rodolfo Depalma. 2005. P. 725.

El clásico ejemplo de la doble imposición económica es el de los dividendos. Supongamos que una empresa panameña, que sólo obtiene rentas de fuente panameña, ha pagado el impuesto a la renta en Panamá sobre \$1,000,000 de utilidades obtenidas en el ejercicio 2012. Posteriormente, la empresa distribuye \$100,000 de dividendos a su accionista en el Estado B. De acuerdo con la legislación de dicho Estado, el accionista deberá tributar por los dividendos recibidos desde Panamá.

Esta vez se trata de una misma renta sujeta a imposición dos veces, aunque en cabeza de sujetos diferentes. La primera vez fue a título de renta gravable en Panamá y en cabeza de la empresa panameña. La segunda vez fue a título de dividendos y en cabeza del accionista residente en el Estado B. Estamos en el contexto internacional porque la primera vez la renta tributo en Panamá, mientras que la segunda lo hizo en el Estado B.

El caso permite, además, comentar que la doble imposición económica puede situarse en el contexto interno. De acuerdo con la legislación panameña los dividendos distribuidos por una empresa que tenga aviso de operación (que es una licencia comercial) o genere rentas gravables en Panamá están sujetos a una retención del 10% en el caso de acciones nominativas. En ese sentido, la renta estaría sujeta a imposición dos veces en Panamá, cuando se obtiene como utilidad por la empresa y cuando se reparte como dividendo al accionista en Panamá

El caso comentado también puede servir para poner un segundo ejemplo de la doble imposición jurídica internacional, ya que el accionista que fue gravado vía retención en Panamá por los dividendos recibidos, deberá a su vez tributar en su país de residencia.

2.1. Causas de la doble imposición

La causa más común del surgimiento de una doble imposición jurídica internacional es la aplicación por dos o más Estados de distintos criterios de asignación impositiva en sus territorios, criterios que son, también, denominados principios básicos de la fiscalidad internacional.

Los países, en su mayoría, utilizan los criterios de la residencia y/o de la fuente para sustentar la tributación de los sujetos en su territorio. El primero de los criterios es conocido en la doctrina fiscal internacional mayoritaria, como principio personalista, toda vez que el Estado utiliza como criterio de sujeción fiscal un atributo de los sujetos, de ahí que se sujetará a imposición a aquellos que se consideran residentes en la jurisdicción⁵. El segundo de los criterios es conocido, en cambio, como principio territorialista porque la imposición se justifica exclusivamente por la localización de la fuente de la renta dentro de los límites del territorio del Estado (por ejemplo, el lugar de

⁵ Algunos Estados incluyen como criterio de sujeción la nacionalidad; por ejemplo Estados Unidos.

ubicación de los bienes, del ejercicio de una actividad, de la fuente de producción o pago de una renta).

La mayoría de los Estados combina ambos criterios. No obstante, la tendencia de los países exportadores de capital ha sido la de sustentar la tributación, principalmente, a partir del criterio de la residencia, frente al: i) constante y creciente movimiento de capitales en el mercado mundial, ii) la necesaria progresión de los impuestos, y iii) para controlar casos de evasión fiscal internacional, proporcionados por los beneficios fiscales otorgados por los países con tributación favorecida⁶. Mientras que la tendencia de los países importadores de capital que combinan ambos criterios, ha sido la de ampliar el ámbito de aplicación del criterio de fuente a una mayor cantidad de casos y así asegurar la imposición del capital extranjero que se localice en su territorio.

Por otro lado, diversos países de la región han seguido el camino de sustentar la tributación exclusivamente en el criterio de la fuente, adoptando un sistema tributario territorialista, bajo la premisa económica de que esa adopción servirá para atraer inversores extranjeros que al tomar su decisión de inversión tienen conocimiento de que las rentas producidas fuera del territorio no estarán sujetas a imposición en el país⁷.

En aquellos Estados que combinan ambos criterios, se generan dos formas distintas de tributación entre residentes y no residentes. El criterio de la residencia como punto de conexión con la potestad tributaria del Estado, justifica que las personas residentes de un país tributen por la totalidad de sus rentas, con independencia del lugar en que se hayan producido. Esta modalidad de tributación es conocida como “universalidad” o “renta mundial. Por el contrario, los no residentes en un país, únicamente tributan en él por las rentas producidas dentro de su territorio, se trata de la modalidad de tributación conocida como “principio de la fuente”.

El siguiente cuadro presenta una comparación de los países de América Latina que gravan, exclusivamente, en atención al criterio de la fuente, frente a los países que sustentan la tributación en el criterio de la renta mundial para los residentes y la fuente para los no residentes (en el cuadro aparecen bajo el rubro “Mundial”).

Cuadro 1

Países	Mundial	Fuente
Argentina	Si	
Bolivia	Para las personas físicas	Para las Personas jurídicas
Brasil	Si	
Chile	Si	

⁶ TAVEIRA TORRES, Heleno. “La territorialidad en los impuestos directos y tributación de no residentes en el Brasil”. En: Revisas AELE, Enfoque internacional, Agosto 2003, p. 30.

⁷ SERRANO ANTÓN, Fernando. Hacia una reformulación de los principios de sujeción fiscal. Ponencia presentada en la I Jornada de Derecho Tributario Global en el Instituto de Estudios Fiscales, 25 de noviembre del 2004. DOC. N.º 18/06, Instituto de Estudios Fiscales. P. 12.

Colombia	Si	
Costa Rica		Si
Ecuador	Si	
El Salvador	Sólo para rentas del capital	Si
Guatemala		Si
Honduras	Si	
México	Si	
Nicaragua		Si
Panamá	Mundial para dividendos	Si
Perú	Si	
Rep. Dominicana	Mundial para rentas de capital	Si
Paraguay		Si (solo aplica para personas jurídicas)
Uruguay	Mundial para ganancias de capital en personas	Si
Venezuela	Si	

Fuente: Latin American Tax Handbook 2011. IBFD.
Elaboración propia.

De acuerdo con lo expuesto, habrá doble imposición jurídica internacional cuando dos Estados aplican criterios diferentes de imposición para gravar una misma renta. El mismo ejemplo usado para explicar la doble imposición jurídica permitirá comprender lo que se acaba de explicar. Se comentó que la ley interna panameña sigue el criterio de pagador como punto de conexión para considerar la renta de fuente panameña. En efecto, de acuerdo con la ley interna si el servicio recibido incide sobre la producción o conservación de renta panameña y la empresa local deduce el pago para efectos del Impuesto sobre la Renta, el pago por los servicios se consideran de fuente panameña y están sujetos a retención a una tasa efectiva del 12.5%, en la mayoría de los casos.

Conjuntamente con este criterio de fuente usado por la legislación panameña, se tiene el criterio de residencia aplicado por la legislación del Estado de donde es residente la empresa que presta el servicio. De ahí que, el ejemplo muestre un caso de doble imposición jurídica originado en la aplicación de dos criterios diferentes de imposición, por dos Estados.

Otra de las causas de la doble imposición jurídica se halla en la existencia de diferentes criterios usados por dos o más jurisdicciones para definir la residencia. Por ejemplo, algunos países sustentan la residencia de las personas jurídicas en el lugar de inscripción o constitución, mientras que otras jurisdicciones utilizan el criterio de lugar de administración. La aplicación de ambos criterios puede generar que una persona

jurídica termine siendo considerada residente de dos jurisdicciones y, eventualmente, deba tributar como residente en ambos Estados.

Diferentes criterios de fuente usados por dos o más jurisdicciones, puede ser también causa del surgimiento de una doble imposición jurídica. El siguiente ejemplo permitirá entender el supuesto.

Una persona jurídica residente del Estado A presta servicios a una empresa panameña pero dichos servicios son prestados desde el Estado B. De acuerdo con la legislación de Panamá, el criterio de fuente en el caso de servicios prestados por un no domiciliado incluye el criterio de “pagador”, con las condiciones ya señaladas. Por su parte, la legislación del Estado B incluye en el caso de servicios como criterio de fuente únicamente el lugar de prestación de servicios, por lo que al ser prestados los servicios por el residente del Estado A en el Estado B, también se consideran de fuente en este último Estado. Habrá así una doble imposición, ya que tanto Panamá como el Estado B consideran una misma renta obtenida por el residente del Estado A como renta gravable.

2.2. Problemas asociados a la doble imposición jurídica

Uno de los principales problemas que tradicionalmente se ha vinculado con la doble imposición internacional ha sido que ésta limita la libre circulación, es decir la localización, de inversión entre los Estados⁸. El argumento detrás de esta afirmación es que los capitales deberían fluir a determinados lugares por razones de índole económica y no motivados por razones de índole fiscal (eligiendo aquella jurisdicción que permita una menor tributación efectiva). Se afecta el principio de neutralidad porque los impuestos no deberían representar un obstáculo a la mejor localización del capital en el mundo o impactar en las decisiones de los inversionistas.

De ahí que se abogue por la introducción de medidas que contrarresten los efectos de la doble imposición.

2.3. Soluciones para contrarrestar la doble imposición jurídica internacional

A) Medidas unilaterales

Son aquellas adoptadas por la legislación interna de los países. Corresponde al Estado que sustenta la imposición en un principio personalista, contrarrestar el efecto de la doble imposición sobre sus residentes cuando éstos obtuvieron rentas que se vieron

⁸ En ese sentido: CORDÓN ESQUERRO, Teodoro Manual de Fiscalidad Internacional, Tomo I. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 2004. P.64; SERRANO ANTON, Fernando. Fiscalidad Internacional. Ediciones CEF, 3era Edición, 2007. P. 237; VICTOR UCKMAR, GIUSEPPE CORASANITI, PAOLO DE'CAPITANI DI VIMERCATE, RUBEN O. ASOREY, CRISTIAN J. BILLARDI. Manual de Derecho Tributario Internacional. Argentina: La Ley, 2011. Ps. 143-144.

afectadas a imposición en el extranjero. En ese sentido, a través de las medidas unilaterales sólo el Estado de residencia sufre pérdida de recaudación.

En la práctica internacional, son tres los principales tipos de medidas unilaterales que los Estados incorporan en su legislación interna.

Se puede optar por un sistema de crédito tributario, es decir, se concede al residente la posibilidad de deducir como crédito el impuesto pagado en el extranjero contra el impuesto resultante en su país, por lo que su aplicación se da a nivel del impuesto neto. El crédito está sujeto a reglas que limitan la posibilidad de aplicar el total del impuesto pagado en el extranjero. Usualmente, los impuestos pagados en el extranjero, que serán objeto del crédito, no pueden superar el monto del impuesto que hubiese resultado si todas las rentas hubieran sido producidas en el Estado de residencia del sujeto. Así, si el impuesto pagado en el extranjero es superior a aquel que se aplica en el Estado de residencia, el alivio a la doble imposición sólo recaerá sobre una parte del impuesto extranjero.

Este método permite equiparar la tributación de los residentes del Estado que lo aplica, aunque éstos inviertan en el extranjero. Por ello se dice que es neutral desde la perspectiva de los países exportadores de capital⁹.

Un segundo método es el sistema de la exención, de acuerdo con el cual las rentas que fueron sujetas a imposición en el extranjero se consideran exentas en el Estado de residencia y por lo tanto no sujetas a imposición. Sin embargo, cuando el Estado aplica un sistema de imposición con tasas progresivas, se suele incluir las rentas exentas a efectos de determinar las alícuotas correspondientes. Algunos países también limitan la exención a que la renta haya sido efectivamente gravada en el país extranjero, o a que el impuesto aplicable supere un porcentaje mínimo.

Un tercer método es el de la deducción. Este método está menos difundido pero no por ello deja de ser importante mencionarlo. Consiste en la aplicación del impuesto pagado en el extranjero para deducir la base imponible del impuesto correspondiente, de una manera similar a la deducción de los gastos. Al efectuarse la deducción a nivel de la base imponible sólo se logra eliminar la doble imposición sobre una parte de la renta. Es decir que por un impuesto de \$100, deducido a nivel de la base imponible en un país que aplica una alícuota de 25%, es como si sólo se permitiera la deducción de \$25, por lo que el resto (es decir \$75), mantendrían la doble imposición sin ningún mecanismo de alivio.

B) Medidas bilaterales: Convenios para evitar la doble tributación

A través de los Convenios para Evitar la Doble Imposición (en adelante CDI o CDIs en plural), los fiscos de los Estados donde residen las personas o empresas que realizan transacciones internacionales, pueden reducir la pérdida de recaudación producida por

⁹ RAMÓN FALCA Y TELLA, ELVIRA PULIDO GUERRA. Derecho Fiscal Internacional. Madrid: Marcial Pons, 2010. P. 97.

el otorgamiento de medidas unilaterales. Esto es así porque se logrará trasladar parte de la pérdida al fisco del Estado donde se localiza la renta, y que sometió ésta a imposición bajo el criterio de fuente. En ese sentido, ya no sólo el Estado de residencia, sino también el Estado que aplicó el criterio de fuente, se verá afectado con una pérdida en la recaudación.

Es común encontrar en la literatura como justificación para la eliminación de la doble imposición a través de la negociación de convenios tributarios, el argumento de que a pesar de la pérdida de recaudación que se generaría en los Estados donde se localiza la renta, los tratados son un instrumento primordial para la atracción de inversiones. Este enunciado justificativo parte de la premisa que al eliminarse o reducirse la doble imposición, la variable tributaria no tendrá mayor influencia en la decisión de la localización de la inversión. Así, el país resultará más atractivo en términos relativos que aquellos que mantienen la doble imposición.

Bajo ese argumento, la pérdida de recaudación que la aplicación de un CDI producirá en un país importador de capital, se verá compensada con la mayor inversión que debería llegar luego de que se cuente con una red más extensa de tratados tributarios.

Sin embargo, mayor evidencia empírica es necesaria para demostrar que para el país receptor de la inversión, las pérdidas de recaudación son menores a las ganancias producidas por la atracción de inversión extranjera directa.

Si bien hay estudios sobre el tema en el ámbito de los países desarrollados, no hay estudios enfocados en América Latina, mayoritariamente importadores de capital. Sólo se sabe de un estudio que viene realizando el Centro Interamericano de Administraciones Tributarias - CIAT, dirigido a explorar este tema, con apoyo del *International Tax Compact* de Alemania¹⁰.

Los CDIs funcionan de una manera previa en algunos casos, impidiendo que surja el problema, y en otros casos funciona de una manera posterior atenuando el efecto de la doble imposición una vez que ésta ya ocurrió.

Los convenios cumplen una función pre surgimiento de la doble imposición, cuando la causa de ésta se halla en la aplicación de criterios de residencia diferentes en los dos Estados que han suscrito el Convenio. Ello ocurre porque la aplicación de un Convenio a un caso concreto requiere que se determine cuál de los dos Estados involucrados será considerado el Estado de residencia.

Esta determinación se efectúa sobre la base de la definición de residente incluida en el Convenio, definición que tiene reglas para eliminar los supuestos de doble residencia a efectos de que la persona se considere residente sólo de uno de los dos Estados. Es importante mencionar que el hecho que uno de los dos Estados adopte un sistema

¹⁰ Programa de Cooperación Alemana.

territorial, no le impide ser considerado el Estado de residencia, dependiendo del caso bajo análisis.

Esta misma función previa se cumple, en algunos casos, cuando la causa de la doble imposición es la aplicación de principios diferentes de imposición entre los Estados: mientras un Estado grava la renta de un sujeto bajo el principio de residencia, el otro lo hace bajo el principio de la fuente. En efecto, en algunos tipos de rentas, los Convenios mantienen exclusivamente la imposición en el Estado que se considere el de residencia de la persona que obtiene la renta. La limitación total de la potestad tributaria de la fuente impide que llegue a surgir la doble imposición.

Una función post surgimiento de la doble imposición ocurre cuando los Estados contratantes negocian la imposición compartida de la renta, es decir se mantiene la imposición en fuente también, pero en algunos casos se establece un límite a la tasa impositiva aplicable en el Estado del cual no es residente la persona que obtiene el ingreso. Si no se establece una tasa límite o la tasa del impuesto aplicable en la ley interna resulta menor, no habrá afectación recaudatoria para ese Estado, pero si ésta es mayor sí habrá un sacrificio.¹¹

Siempre es el Estado de residencia el que debe eliminar la doble imposición, ahí donde el convenio no limita totalmente la imposición en el otro Estado. Para ello, el CDI incluye un artículo que recoge los métodos de eliminación de la doble imposición que cada Estado va adoptar. Este Artículo suele ser el artículo 23 pero puede variar la numeración.

Usualmente, el método elegido por los países para eliminar la doble imposición coincide con el que tienen en su legislación interna. Corresponde al Estado de la residencia aplicar el método de eliminación de la doble imposición.

El método de la exención suele ser adoptado en un CDI por los países con sistema territorial, toda vez que por su ley interna sólo están gravadas las rentas localizadas en su jurisdicción. De ahí que, en la mayoría de los casos, si una renta está localizada en otro Estado, no estará a su vez localizada en el Estado que adopta un sistema territorial.

Por ejemplo, todos los convenios suscritos por Panamá incorporan el método de la exención para dicho país, el cual deberá ser aplicado cuando un residente de Panamá obtiene un ingreso que es gravado en el otro Estado y de acuerdo con el Convenio, este otro Estado no estaba limitado para la imposición de esa renta. Panamá, como Estado de la residencia en el caso concreto, deberá considerar las rentas exentas. Sin embargo, en la mayoría de los casos, no habrá un problema recaudatorio para Panamá, toda vez que si la renta fue objeto de imposición en otro Estado, a pesar de que el sujeto no se considera residente de éste, es porque la renta está localizada ahí.

¹¹ Las reglas de distribución comentadas serán objeto de un mayor análisis en el acápite 3.3 de la presente ponencia.

Así, una renta localizada en otro país, difícilmente podrá a su vez ser considerada de fuente de Panamá, estando por lo tanto fuera del ámbito de aplicación del Impuesto Sobre la Renta en Panamá. Sin duda, la excepción se da cuando la doble imposición surge por el uso diferente de criterios de fuente, por lo que aun cuando la renta sí calificara como ingreso de fuente Panameña, sujeta al Impuesto; en virtud del Convenio que considera al sujeto como residente de Panamá y no limita la imposición en el otro Estado, Panamá deberá considerar la renta exenta.

El método de deducción, por los problemas que se explicó anteriormente, no ha sido recogido en ninguno de los Modelos de Convenios para evitar la doble imposición.

C) Preferencia por medidas bilaterales respecto de las unilaterales

Las ventajas de aplicar medidas bilaterales para atenuar la doble imposición, en lugar de medidas unilaterales, son varias.

Primero, las medidas unilaterales no impiden que surja la doble imposición, son un mecanismo posterior de solución para atenuar sus efectos. Como ya se explicó, dependiendo del método usado, no siempre se elimina en su totalidad. En cambio, mediante los Convenios se ataca en algunos supuestos el problema de la doble imposición de manera previa, es decir, impidiendo que ésta surja. Ello se logra a través del reparto de potestad impositiva entre los Estados, uniformización de los conceptos, aplicación de normas de precios de transferencia para ajustes recíprocos de las bases imponibles.

Segundo, las medidas bilaterales se presentan como mecanismos más eficientes que las medidas unilaterales porque a través de ellos, las personas que operan en el ámbito internacional obtienen un mayor grado de certeza sobre el tratamiento tributario que les resultará aplicable. Ello debido a que mientras las leyes cambian frecuentemente, los Convenios permanecen mucho más tiempo sin ser modificados. Así, las reglas sobre el ámbito de aplicación de los diversos tipos de ingresos incluidos en el Convenio (ej. Dividendos, intereses, regalías) y las tasas máximas que se pueden imponer vía retención en los Estados de dónde se considera procedente el ingreso, permanecerán inalterables por un mayor tiempo, dando una mayor certeza a los inversionistas¹².

Como una ventaja adicional, se aprecia las ventajas de una solución abordada a través de la negociación. En el contexto de la doble imposición existen dos Estados involucrados, que cuando utilizan un CDI para contrarrestar la doble imposición, entran en una negociación en la que ambos Estados acordarán en qué tipo de rentas pueden efectuar concesiones y renunciar total o parcialmente a la imposición.

¹² Mogens Rasmussen. Doble tributación internacional. Países Bajos: Wolters Kluwer, 2011, p. 11.

3. Convenios para Evitar la Doble Imposición

3.1. Origen

La existencia de los convenios bilaterales para evitar la doble imposición no es un tema nuevo en la historia de los países. Los convenios más antiguos datan de 1869, como ocurre con el Convenio entre Prusia y Sajonia, o el de Austria y Hungría. Se trataban de convenios que se establecían sólo entre Estados que formaban parte de una unión de Estados¹³.

Sin embargo, históricamente se asocia el inicio de una mayor intensificación en el debate y promoción de este tipo de Acuerdos, a la época que deriva del fin de la primera guerra mundial.

Este período se caracterizó por un aumento de la interdependencia económica y cooperación entre los países, así como un alto incremento de la imposición sobre la renta; lo que evidenció la necesidad de adoptar medidas que contrarresten los supuestos de doble imposición que se daban entre los países¹⁴.

Por un periodo de aproximadamente 25 años (1921 – 1946), la Sociedad de Naciones enfocó su trabajo en la búsqueda de soluciones para evitar o contrarrestar la doble imposición, con la finalidad de aplicarlas a los países del mundo, siendo quizás la parte más importante de este trabajo, el desarrollo de un Modelo de Convenio. En su último reporte de Marzo de 1946, la Sociedad de las Naciones manifestó su deseo de que las Naciones Unidas continúe este proyecto.

En la Sociedad de Naciones, los países europeos tuvieron un rol predominante, principalmente en el Comité de Expertos de Asuntos Fiscales. No obstante, se invitó a participar en las conferencias y comisiones a representantes de países no miembros. El primer Modelo redactado por la Sociedad de Naciones para la eliminación de la doble imposición en materia del impuesto a la renta data de 1929. Posteriormente, se redactó un segundo Modelo en 1943 en México, conocido como el Modelo de México, que evidencia la influencia de países no europeos. Su redacción incluyó la participación de nueve miembros de países de Latinoamérica. Quizás por ello, en este borrador el principio de la fuente tiene una preponderancia mayor. Por el contrario, el Modelo de Convenio preparado en Londres en 1946, conocido como el Modelo de Londres, sí tuvo una participación prioritaria de países europeos, lo que se refleja en su texto¹⁵. Ninguno

¹³ KLAUS VOGEL. "Derecho Tributario Internacional. En: Tratado de Derecho Tributario. Dirigido por Andrea Amatucci. Tomo Primero. Colombia: Temis. 2001. P. 727.

¹⁴ Ibid. Además, Víctor Uckmar, Giuseppe Corasaniti, Paolo De'Capitani di Vimercate. Manual de derecho tributario internacional. Al cuidado de Mauricio A. Plazas Vega. Colombia: Temis. 2010. P. 7.

¹⁵ A.J. Van Den Tempel. *Relief from double taxation*. Universidad de Amsterdam, 1967. P. VII-9

de estos tres modelos fue aceptado de manera unánime, por el contrario, presentaban entre ellos muchas diferencias¹⁶.

Con la creación de las Naciones Unidas, en reemplazo de la Sociedad de Naciones, el tema de un Modelo para evitar la doble imposición, que buscará conciliar las posiciones planteadas entre el Modelo de Londres y el Modelo de México fue parte de la Agenda; sin embargo no se materializó.

El tema retornó al ámbito de los países europeos, con la creación del Comité Fiscal de la Organización para la Cooperación Económica Europea¹⁷ en 1956¹⁸, Comité que recibió el encargo de estudiar los problemas relacionados con la doble imposición, y teniendo en cuenta los Convenios existentes entre los países miembros de la Organización, plantear qué impuestos deberían ser incluidos en los convenios, estandarizar los conceptos y analizar los mejores métodos de eliminación de la doble imposición, entre otros temas. Como resultado del trabajo realizado por el Comité Fiscal, un primer Modelo de Convenio fue publicado en 1963 bajo el título "Borrador de Convenio de Doble Tributación en Ingreso y Capital". Este primer Modelo se sustenta en el trabajo desarrollado entre 1956 a 1961 de quince grupos de trabajo del Comité Fiscal, cada uno compuesto por delegados de dos países, encargados de trabajar en un artículo específico del Modelo y de reportar los avances del análisis a los otros países en los encuentros del Comité Fiscal¹⁹.

La Organización para la Cooperación Económica Europea fue reorganizada en 1961 para convertirse en la hoy conocida Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE). Este cambio no modificó el trabajo que venía haciendo el Comité Fiscal, sólo cambio su denominación en 1971 por Comité de Asuntos Fiscales. Sin embargo, entraron en escena Canadá y Estados Unidos y, con el tiempo, otros países no europeos. Quizás por ello, el Modelo de 1963 y sus Comentarios fueron objeto de revisión y en 1977 se publicó una segunda versión. El trabajo del Comité de Asuntos Fiscales de la OCDE ha estado en constante evolución, entre otras razones, por los cambios económicos se han ido dando en un mundo cada vez más integrado.

¹⁶ KLAUS VOGEL. *Double Taxation Conventions*. Tercera Edición. Londres: Kluwer Law International. 1997. P. 2.

¹⁷ Esta organización fue creada en 1948 y es el antecedente de la OCDE.

¹⁸ Por Resolución adoptada el 16 de marzo de 1956.

¹⁹ JOHN AVERY JONES. "Understanding the OECD Model Tax Convention. The Lesson of History". En: *Florida Tax Review*. Volume 10. 2009. P. 4.

Los archivos del trabajo realizado por los 15 grupos de trabajo del Comité Fiscal se encuentran publicados en la página web: www.taxtreatieshistory.org, que es un proyecto desarrollado y auspiciado por las siguientes entidades; OCDE; *Institute for Austrian and International Tax Law Vienna*; IBFD; *Universia Catolica del Sacro Cuore*; *IFA Canadian Branch*; *Canadian Tax Fundation*.

En 1991, el Comité de Asuntos Fiscales adoptó el concepto de un Modelo de Convenio ambulatorio, bajo la premisa que la revisión del Modelo y de sus comentarios debía ser un trabajo en permanente proceso. Por ello, se tomó la decisión de publicar periódicamente modificaciones sin tener que esperar a efectuar una revisión completa²⁰. Así se han publicado modificaciones al Modelo de Convenio en 1994, 1995, 1997, 2000, 2003, 2005, y la última en el 2010.

3.2. Modelos de Convenios

Los Modelos de CDI más difundidos en el ámbito internacional son el Modelo de la OCDE, cuya última versión es del año 2010 (Modelo OCDE) y el Modelo de la Organización de las Naciones Unidas (Modelo ONU), cuya última versión es del año 2011.

La primera versión del Modelo de las Naciones Unidas data del año 1980 y se basó principalmente en el Modelo OCDE de 1977. A diferencia del Modelo OCDE, el Modelo ONU fue pensado como un Modelo que pudiera servir en negociaciones entre países desarrollados y aquellos en desarrollo. Bajo esa premisa, en 1967 el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas tomó la decisión de solicitar a la Secretaría General la constitución de un grupo de trabajo de expertos para trabajar en el tema. Este grupo de expertos, constituido en 1968, publicó primero, en 1979, un Manual de Negociación de Convenios Tributarios entre países desarrollados y países en desarrollo. Posteriormente, en 1980 publicó el primer Modelo de Convenio de Doble Imposición entre países desarrollados y en desarrollo²¹. Este Modelo fue actualizado en el 2001 y la última actualización es del año 2011.

La evolución del Modelo de la OCDE ha sido explicada en el acápite anterior. La importancia del Modelo de la OCDE no se halla únicamente entre los países miembros de dicha organización; su impacto se ha extendido incluso a los países no miembros. En efecto, el Modelo OCDE ha venido siendo usado como documento de referencia en las negociaciones entre países miembros de la OCDE y no miembros, e incluso cuando la negociación es entre dos países que no son miembros.

Su relevancia también se evidencia en el hecho que ha sido usado como base para la construcción del Modelo de las Naciones Unidas, como fue reconocido en la Introducción de los Comentarios del Modelo del 2001. Al respecto, se señala que el Grupo de Experto de las Naciones Unidas se basó en el Modelo de la OCDE de 1977 con el propósito de aprovechar la experiencia técnica plasmada en ese Modelo y sus Comentarios, así como por razones prácticas, ya que el Modelo de la OCDE será usado por los países miembros en sus negociaciones con países no miembros²².

²⁰ KLAUS VOGEL. *Double Taxation Conventions*. Tercera Edición. Londres: Kluwer Law International. 1997. P. 3.

²¹ Introducción al Modelo de Doble Tributación de la ONU de 1980. Párrafos 8 a 10.

²² Ver párrafo 9 de la Introducción a los Comentarios del Modelo ONU del 2001.

No obstante tener la misma estructura y propuesta de articulado, ambos Modelos presentan algunas diferencias sustanciales vinculadas con la realidad económica los países a los cuáles están dirigidos.

Así, el Modelo OCDE al haber sido concebido como un Modelo para negociaciones entre países industrializados y principalmente exportadores de capital, establece reglas a favor de los intereses de estos Estados. Estas medidas estaban dirigidas a asegurar la imposición en el Estado de residencia de las personas, aun cuando la renta haya sido localizada en inversiones fuera de dicho Estado. En ese sentido, la mayoría de las disposiciones del Modelo OCDE están orientadas a que sea el país de la fuente, o sea el país donde se destina la inversión, el que soporte un mayor sacrificio o renuncia a la imposición.

Por el contrario, el Modelo de la ONU pensando para servir en negociaciones entre países desarrollados y países en desarrollo o principalmente importadores de capital, introduce variables al Modelo OCDE con la finalidad de mantener un mayor grado de imposición en el Estado donde se localice la renta. El principio de territorialidad ha estado vinculado históricamente a los países de Latinoamérica. La adopción de un sistema puro territorial fue migrando con los años, en varios países latinoamericanos, hacia un sistema que combina los principios de residencia y fuente. Sin embargo, el ámbito de aplicación de criterio de fuente se ha mantenido amplio en la mayoría de estos países.

La preferencia de este criterio frente a la renta mundial ha sido una de las principales causas de confrontación entre los países de la región, y los países desarrollados en las negociaciones de un CDI²³. Como resultado, la mayoría de los convenios suscritos entre un país de la región y un país más desarrollado, constituye una mezcla de las disposiciones de ambos Modelos.

3.3. Aplicación y Estructura de un CDI

Como premisa principal es importante enfatizar que los CDIs no crean impuestos sino que sólo cumplen una función negativa de delimitar la potestad impositiva de los Estados²⁴. La potestad tributaria de los Estados para la creación de los impuestos es desarrollada por la ley interna. Se encuentra en la normativa interna los criterios de

²³ Como explica Ramón Valdes Costa, el principio de fuente ha sido propugnado en las reuniones latinoamericanas, en las distintas Jornadas del Instituto Latinoamericano de Derecho Tributario desde el origen del debate. Para un mayor estudio de los antecedentes históricos ver: VALDES COSTA, Ramón. *Estudios de Derecho Tributario Internacional*. Montevideo. 1978.

²⁴ En ese sentido: PASQUALE PISTONE. Op. Cit. P. 732; TULLIO ROSEMBURG. *Derecho Tributario Internacional*. Volumen 1. Barcelona: El Fisco. 2008. P.28; KLAUS VOGEL. *Double Taxation Conventions*. Tercera Edición. Londres: Kluwer Law International. 1997. P. 20; ALBERTO XAVIER. *Derecho Tributario Internacional. Conceptos Fundamentales*. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma. 2005. P. 120.

fuente, tasa impositiva u otros temas relacionados con la determinación de la obligación tributaria.

Un CDI, una vez recepcionado en el sistema jurídico de un Estado, restringe su potestad tributaria a través de las reglas de distribución pactadas. El Convenio limita la aplicación de la ley tributaria interna, por ejemplo a través de reducción en las tasas impositivas que resultarían aplicables.

Hay una relación permanente entre la ley interna y el Convenio, cuando se aplica éste último a un caso concreto. Primero se aplica la ley interna, las reglas de potestad, calificación, y fuente previstas en la legislación, a efectos de determinar si un determinado hecho es objeto de imposición. En un segundo momento, y sólo si se estableció que la operación estaba sujeta a imposición por la ley interna, se acude al Convenio a efectos de analizar la regla de distribución que resulta aplicable. En este segundo momento, la clasificación otorgada por el Convenio a la renta en cuestión, es la que resulta aplicable, no así la definición prevista en la ley interna. Finalmente, cuando resulte procedente, se retorna a la ley interna a efectos de determinar cómo se va gravar la renta, considerando los límites previstos en la regla de distribución aplicada.

La aplicación de un convenio para evitar la doble imposición a un caso concreto requiere que se determine cuál de los dos Estados involucrados será considerado el Estado de residencia. Esta determinación se efectúa sobre la base de la definición de residente incluida en el Convenio.

La definición de residente es de vital importancia porque de la calificación como residente de uno de los dos Estados contratantes, dependerá si una persona está legitimada para solicitar la aplicación de los beneficios de un Convenio en el otro Estado. En efecto de acuerdo con el artículo 1 del Convenio, éste se aplica a las personas residentes de uno o de ambos Estados contratantes.

La estructura general del Convenio incluye un primer bloque de artículos (art. 1 y 2) que tratan del ámbito de aplicación del Convenio, en cuanto a las personas y a los impuestos comprendidos. Un segundo bloque de artículos (art. 3 al 5) que desarrollan las definiciones de algunos términos usados en el Convenio. Un tercer bloque de artículos que recogen las reglas de distribución de la potestad tributaria entre los Estados en materia de rentas (art. 6 al 21); sí se pactó incluir en el ámbito de aplicación del Convenio los impuestos patrimoniales, el artículo 22 establece las reglas de distribución en materia del patrimonio. Un cuarto bloque de artículos que trata sobre los métodos para eliminar la doble imposición aplicable a cada Estado contratante (art. 23). Finalmente un bloque de artículos que recogen reglas especiales, tales como, el principio a la no discriminación, intercambio de información, procedimiento amistoso entre las autoridades competentes de cada Estado (art. 24 al 27).

En el tercer bloque que contiene las reglas de distribución de la potestad impositiva entre los Estados contratantes, se puede diferenciar entre aquellas reglas que limitan completamente la potestad tributaria de uno de los Estados y la reconocen sólo a favor del otro, y las reglas que distribuyen la potestad tributaria entre ambos Estados. En este último caso puede incluirse un límite máximo de retención en el Estado de la fuente, o no.

Las reglas de distribución que delimitan la potestad impositiva sólo a favor de uno de los Estados (usualmente a favor del Estado de residencia) son reconocidas por el uso de la frase “solo deben ser gravadas”. Las reglas que distribuyen la potestad tributaria entre ambos Estados son reconocidas por el uso de la frase “pueden ser gravadas”.

Respecto del primer tipo de reglas de distribución no será necesario aplicar las medidas de eliminación de la doble imposición pactadas en el Convenio. Cuando es recogida, suele ser reconocida sólo a favor del Estado de residencia.

En cambio, en el caso del segundo tipo de reglas de distribución, sí será necesaria la aplicación de los métodos de eliminación de la doble imposición pactados. Siempre es el Estado de residencia es el que debe eliminar la doble imposición, ahí donde el convenio no limita totalmente la imposición en el otro Estado. Para ello, el CDI incluye un artículo que recoge los métodos de eliminación de la doble imposición que cada Estado va adoptar. Este artículo suele ser el artículo 23 pero puede variar la numeración. Los Estados suelen incorporar el método que tienen en su legislación interna, y en el caso de los países con sistema territorial, el método elegido es el de la exención por ser acorde con su sistema impositivo.

Un ejemplo del primer tipo de reglas de distribución es el artículo 8 (Transporte Marítimo y Aéreo) del Modelo de la OCDE, el cual prevé que “*los beneficios procedentes de la explotación de buques o aeronaves en tráfico internacional sólo pueden someterse a imposición en el Estado contratante en el que esté situada la sede de dirección efectiva de la empresa*” [subrayado incluido]. Cabe señalar que los tratados firmados por Panamá que se encuentran en aplicación, incluyen una variación de la regla del Modelo OCDE a efectos de que la renta se sujete a imposición solo en el Estado de residencia de la empresa; con excepción de España y Francia que tiene un artículo como el del Modelo OCDE.

Un segundo ejemplo se encuentra en el tratamiento a las pensiones, el Artículo 18 del Modelo OCDE sólo reconoce potestad impositiva al Estado de residencia de la persona que recibe la pensión. De los 9 convenios suscritos por Panamá que se encuentran en vigencia²⁵, los suscritos con Barbados²⁶, España, México, Qatar, Singapur, Corea y

²⁵ Los Convenios con Francia y Corea aplicarán a partir del 1 de enero del 2013.

²⁶ Aunque en este Convenio hay una excepción para el caso de las pensiones pagadas en virtud de la legislación de seguridad social de un Estado. Ver apartado 2 del artículo 18 del Convenio.

Francia²⁷, siguen el Modelo OCDE en este tratamiento. En ese sentido, aun cuando la ley interna del otro Estado (Estado de la fuente en el caso concreto) estableciera un criterio de fuente que permitiera la imposición de la pensión; en virtud del Convenio el Estado de la fuente no debería gravar la renta, por lo que no surgiría una doble imposición.

El segundo tipo de reglas de distribución cumple una función post surgimiento de la doble imposición y ocurre cuando los Estados contratantes negocian la imposición compartida de la renta, con o sin limitación en la tasa impositiva aplicable en el Estado del cual no es residente la persona que obtiene el ingreso.

Por ejemplo, en el artículo 11 del Modelo OCDE (Intereses), el cual luego de reconocer en el párrafo 1 la potestad impositiva del Estado de residencia de quien recibe los intereses; prevé en el párrafo 2 que “...*dichos intereses pueden someterse también a imposición en el Estado contratante del que procedan y según la legislación de ese Estado, pero si el beneficiario efectivo de los intereses es un residente del otro Estado contratante, el impuesto así exigido no podrá exceder del 10 por 100 del importe bruto de los intereses (...)*”. Cabe señalar que todos los tratados firmados por Panamá que se encuentran en aplicación, incluyen un texto similar al del Modelo OCDE, aunque la tasa máxima de imposición en el Estado del que proceden los intereses varía.

Este segundo tipo de regla de distribución también se encuentra en todos los CDIs suscritos por Panamá que se encuentran en aplicación, en materia de regalías. La regla de distribución no limita la imposición en el Estado de residencia, tampoco lo limitan en el otro Estado. Sin embargo, en este último se establece un monto máximo de alícuota respectiva, la cual es de 5% en el caso del convenio con España, Luxemburgo, Países Bajos, Singapur, Francia, de 6% en el Convenio con Qatar, 7.5 en el Convenio con Barbados, 10% en el Convenio con México y Corea²⁸. Como en la mayoría de los casos, la tasa de retención de la ley interna de Panamá será del 25% que se aplica sobre el 50% de la renta, dando una tasa efectiva del 12.5%, habrá un sacrificio recaudatorio de parte de Panamá cuando éste país no sea considerado el Estado de residencia, mayor o menor dependiendo del Convenio en aplicación. El sacrificio también será soportado por el Estado de residencia, ya que respecto del monto que sí ha sido sujeto a imposición en fuente, es decir hasta el límite previsto en el Convenio, el Estado de residencia es el llamado a eliminar el efecto de la doble imposición que ya ocurrió.

Es importante mencionar que los convenios para evitar la doble imposición no siempre son generales, en el sentido de abarcar todo tipo de ingresos; sino que algunas veces se negocian convenios limitados a un tipo de renta, lo que se ha dado generalmente en el caso del transporte internacional. A modo de ejemplo, Panamá suscribió con los

²⁷ El Artículo 17 (Pensiones) del Convenio con Francia tiene una excepción que permite mantener la imposición en fuente. Ver apartado 2 del Artículo 17.

²⁸ En el Convenio con Corea aplica una tasa límite reducida de 3% cuando la regalía es por el uso o derecho de usar equipos comerciales, industriales o científicos.

Países Bajos un convenio para evitar la doble imposición en materia de Impuesto Sobre la Renta, limitado al tráfico internacional, el cual fue firmado en La Haya el 28 de abril de 1997. A su vez, en octubre del 2010 se firmó un Convenio para evitar la doble imposición general, el cual, en el artículo 8 hace la precisión que éste último convenio no afectará lo pactado en el Convenio de 1997.

De otro lado, en el texto de un CDI no hay ninguna referencia al término “Estado de la fuente”, aunque éste es utilizado comúnmente para efectos didácticos, por oposición al Estado de residencia en un caso concreto de aplicación de un Convenio.

Como ya se ha explicado antes, por Estado de la fuente se hace referencia a la jurisdicción donde se encuentra localizada la renta. Sin embargo, bajo el texto de los convenios, las reglas de distribución hacen referencia al “Estado de la residencia”, al “otro Estado”, por oposición, o a algún criterio específico de localización. Por ejemplo, en el caso de los intereses, citado en párrafos anteriores, la regla de distribución del artículo 11 hace referencia a que además del Estado de residencia, los intereses pueden someterse también a imposición en el Estado de donde proceden los intereses, siendo que de acuerdo con el párrafo 5 del artículo 11, los intereses se consideran procedentes de un Estado contratante cuando el deudor sea un residente de ese Estado.

Por ello, mientras que la clasificación de un Estado como el Estado de residencia sí tiene efectos legales en el Convenio, la determinación práctica de cuál es el Estado de la fuente, no tiene mayor efecto legal²⁹.

Explicar las reglas de distribución de cada uno de los tipos de ingresos escapa los alcances de esta ponencia. No obstante, es importante enfatizar que en materia de las rentas empresariales la regla recogida en el CDI (artículo 7 del Modelo OCDE) es que a menos que una empresa residente de un Estado tenga un establecimiento permanente en el otro Estado, los beneficios de esa empresa no podrán someterse a imposición en este último Estado (para efectos prácticos, “Estado de la fuente”). De haber un establecimiento permanente, las rentas atribuibles a él tributarán de acuerdo con el tratamiento del artículo 7. La excepción a esta regla, prevista en el mismo artículo 7 (en su párrafo 4) es que cuando los beneficios comprendan elementos de renta regulados separadamente en otros artículos del Convenio, serán dichos artículos los que resulten aplicables.

En síntesis, a pesar de que no exista un establecimiento permanente en el Estado fuente, se podría mantener la imposición en éste último si la renta empresarial puede ser categorizada, para efectos del Convenio, dentro de alguno de los artículos cuya regla de distribución distribuye la potestad tributaria entre ambos Estados.

²⁹ KLAUS VOGEL. “State of Residence may as well be State of Source- There is no contradiction”. En: Boletín Tax Treaty Monitor. IBFD. 2005. P. 422.

La regla prevista en el artículo 7 parte de la premisa que la justificación para someter a imposición las rentas empresariales, en un Estado distinto al de su residencia, está en la creación de importantes vínculos económicos entre la empresa y ese Estado. La figura del establecimiento permanente otorga ese vínculo a una empresa por su participación de modo relevante en la “vida económica” de un Estado.

El concepto del establecimiento permanente, como se puede observar, resulta de vital importancia en el contexto de la imposición de las rentas empresariales. A los Estados importadores de capital les interesa contar con una definición amplia del concepto, como la que es desarrollada por el Modelo ONU, porque ello permitirá mantener en fuente mayores supuestos de imposición. El artículo 5 del CDI desarrolla el concepto de establecimiento permanente y los distintos supuestos que generarían su configuración.

Como un tema adicional a la estructura de un CDI, se debe prestar atención a las cláusulas anti-abuso que éstos pueden contener. La identificación de una de estas cláusulas es muy importante en el proceso de aplicación de un Convenio porque como consecuencia de ella, los beneficios del Convenio podrían ser negados a una persona a pesar que es considerada residente de uno de los Estados contratantes y cumplir con los requisitos de la regla de distribución correspondiente.

Algunos CDIs contienen un artículo general de limitación de beneficios, o cláusulas especiales anti-abuso del convenio. La finalidad de este tipo de cláusulas es evitar el uso de los Convenios por personas que en principio no deberían beneficiarse de ellos.

Si bien el Modelo OCDE no contiene un artículo específico de limitación de beneficios o de cláusulas anti-abuso – con excepción de la figura del beneficiario efectivo-; los Comentarios al Modelo sí incluyen un conjunto de cláusulas anti-elusión a fin que los Estados decidan si desean incluirlos en los textos negociados.

Este conjunto de medidas están explicadas en el Comentario al Artículo 1 del Modelo OCDE y se sustentan principalmente en dos informes de la OCDE emitidos sobre el tema: el informe sobre Convenios de doble tributación y el uso de compañías controladas (1986), y el informe sobre Convenios de doble tributación y el uso de compañías instrumentales (1986).

Cuando se incluye un artículo general de limitación de beneficios, éste se aplica para efectos de todos los beneficios del Convenio, y en síntesis tiene por objetivo garantizar que quien busca aplicar el Convenio tenga una vinculación efectiva con el Estado de residencia.

Por su parte, los artículos anti-abuso son de distinto tipo y no siempre se aplican a todos los artículos del Convenio, sino que usualmente, tienen una incidencia puntual en algunos tipos de rentas o supuestos. Su objetivo es evitar situaciones de doble imposición, el uso de intermediarios para gozar los beneficios previstos en algunos artículos del Convenio, y en general, asegurar que los beneficios sean aplicados a favor

de quienes efectivamente y en última instancia son personas residentes de alguno de los dos Estados.

El abuso de los Convenios, asociado a este tipo de artículos, es conocido en la doctrina como “Treaty shopping”. El origen de este concepto se asocia a los Estados Unidos y al término “forum shopping” que en dicho país era usado para describir la situación en el proceso civil, de acuerdo con la cual, un litigante trataba de “comprar” la jurisdicción en la que se esperaba recibir un tratamiento más favorable. Aplicando analogía, entre 1977 y 1981, David Rosenbloom, Asesor de Tributación Internacional en el Departamento de Tesoro de los Estados Unidos, usó el término “treaty shopping” para describir la práctica de algunos inversores para hacer uso de un convenio para evitar la doble tributación, a través de la constitución de una entidad en el Estado que tuviera un tratamiento más favorable con el Estado de la fuente, es decir, el Estado donde el inversor localiza la renta³⁰.

La introducción de este tipo de artículos, especialmente cuando incorporan criterios objetivos, tiene la ventaja de cerrar la clásica y no terminada discusión sobre los límites que separan la planificación fiscal internacional legítima y el treaty shopping. Cuando los Estados optan por incluir determinados artículos o medidas anti-abuso en el Convenio, ya están optando por una posición sobre el tema respecto de determinadas estructuras o supuestos.

Finalmente, aunque no serán temas a tratar en esta ponencia, se debe resaltar que los CDIs persiguen actualmente otros fines, además de la eliminación de la doble imposición, como son el fortalecimiento de la cooperación entre las Administraciones Tributarias, especialmente a través del intercambio de información efectivo, y la asistencia mutua en la recaudación; también hay un compromiso con el principio de no discriminación.

3.4. Interpretación de Convenios y problemas de doble imposición

La finalidad de evitar la doble imposición, eliminarla o reducirla podría no concretarse, a pesar de la aplicación de un CDI, por razones vinculadas con su interpretación.

El punto de partida para la interpretación de un Convenio es su artículo 3, párrafo 2 y la cláusula del general *renvoi* en él contenida. De acuerdo con este artículo, cualquier término no definido en el Convenio, tendrá, a menos que de su contexto se infiera una interpretación distinta, el significado que le atribuya la legislación del Estado que esté aplicando el Convenio. Hay una prevalencia de la legislación tributaria respecto de las otras normas.

³⁰ REUVEN AVI-YONAH and CHRISTIANA HJI PANAYI. “Rethinking Treaty-Shopping: Lessons for the European Union. Documento de Trabajo N° 10-002. Enero 2010. University of Michigan, Law School. P. 2.

En aplicación de esta regla, los Estados dotarán de sentido a algunos términos usados en el Convenio, aunque esta remisión debe pasar primero por un doble filtro: que no haya una definición en el Convenio, y que del contexto³¹ no se pueda inferir el significado. Como consecuencia, se podrían generar escenarios de doble imposición, cuando el Estado de la fuente interprete la regla de distribución en el sentido que el ingreso puede ser objeto de imposición en dicho Estado, mientras que el Estado de residencia lo haga en el sentido que le corresponde la imposición exclusiva a él, y por ende, no requiere aplicar el mecanismo de alivio pactado (exención, crédito, deducción).

La aplicación de los Comentarios de la OCDE al momento de interpretar un Convenio puede ayudar a evitar estos problemas. Sin embargo, cuando se trata de Estados que no son parte de esta Organización, como es el caso de Panamá, se presenta el problema de justificar la aplicación de los Comentarios a un Convenio que ha tenido como base el texto del Modelo OCDE.

Al respecto, la Convención de Viena constituye un referente donde se puede encontrar los argumentos justificativos para la aplicación de los Comentarios. Los Convenios para evitar la doble imposición no dejan de ser tratados internacionales, por lo que los artículos de la Convención de Viena que desarrollan las reglas de interpretación de los tratados, resultan aplicables. Cabe señalar que Panamá suscribió la Convención de Viena de 1969 y se aprobó mediante Ley N° 17 del 31 de octubre de 1979.

Un sector de la Doctrina considera que respecto de países no miembros de la OCDE, los Comentarios al Modelo OCDE constituirían un medio complementario de interpretación del Convenio³², a que hace referencia el artículo 32 de la Convención de Viena. Este argumento se sustenta en aquellos casos en los cuales la negociación se ha basado en este Modelo, por lo que ambos Estados contratantes han tenido en cuenta en su análisis previo a la negociación.

Una solución sería incluir en el Convenio una remisión a los Comentarios del Modelo OCDE para efectos interpretativos, ya sea a los Comentarios vigentes a la fecha en que se concluyó el Convenio o los vigentes cuando éste se aplique. A modo de ejemplo, en el Convenio suscrito entre Costa Rica y España se ha incluido vía Protocolo que las disposiciones del Convenio se interpretarán de acuerdo con los Comentarios al Modelo OCDE en su edición 2003 (año en que terminaron las negociaciones).

³¹ Sobre los alcances del "contexto" hay en la doctrina un amplio debate y desarrollo que escapan los fines de la presente ponencia. Para un mayor análisis ver: ALBERTO XAVIER. *Derecho Tributario Internacional. Conceptos Fundamentales*. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma. 2005. Ps. 137-143.

³² César García Novoa. *Estudios de derecho internacional tributario. Los convenios de doble imposición. "Interpretación de los Convenios de Doble Imposición Internacional"*, Colombia: Instituto Colombiano de Derecho Tributario. 2006. P. 38.

La vía del Procedimiento Amistoso entre las Autoridades Tributarias, desarrollado en el Convenio (Artículo 25 en el Modelo OCDE), también puede ser útil para evitar los problemas de doble imposición que la actividad interpretativa podría generar. Aunque se trata de una vía no muy eficiente aun, especialmente porque no se prevé un plazo máximo para que las Autoridades Tributarias lleguen a un acuerdo.

4. La Red de Convenios de Panamá

A partir del 2009 Panamá inicio un proceso intenso para la negociación de convenios para evitar la doble imposición, el cual fue parte de la estrategia para dejar de ser considerado por la comunidad internacional como un Estado que no cumplía con el estándar internacional de intercambio de información y transparencia fiscal. En ese sentido, todos los CDIs negociados por Panamá incluyen un artículo de intercambio de información que sigue el texto del Modelo OCDE.

El primer Convenio firmado fue con México, en febrero del 2010. A la fecha, la red de convenios de Panamá que están en aplicación cuenta con 7 tratados: el Convenio firmado con México, en aplicación desde 1 de enero del 2010; el Convenio firmado con España, en aplicación desde el 25 de julio del 2011, los Convenios con Barbados; Países Bajos; Luxemburgo, Singapur y Qatar, en aplicación desde el 1 de enero del 2012. Asimismo, el 1 de enero del 2013 iniciará la aplicación de los Convenios firmados con Francia y Corea del Sur.

Existen otros 8 convenios negociados pero que aun no han culminado el proceso de ratificación en los países para efectos de su entrada en vigencia y aplicación. Se trata de los convenios firmados con la República Checa, Irlanda, Italia, el reino de Bahréin, Bélgica, Israel, Emiratos Árabes Unidos y Portugal.

La presente parte de la Ponencia se va enfocar en los 7 convenios que ya están en aplicación y en los Convenios con Francia y Corea del Sur que aplicarán a partir del 1 de enero del 2013.

Al haberse iniciado el proceso de negociación de convenios recién en el año 2009, y siendo que la aplicación de la mayoría inició en enero de este año 2012; si bien se han hecho importantes avances, el tema en Panamá está en una fase inicial de maduración sobre su aplicación, tanto de parte de los contribuyentes como de la Administración Tributaria. Por ello, el objetivo de esta parte de la ponencia es identificar los principales temas que aun requieren un desarrollo normativo, analizar los problemas interpretativos de los artículos más controversiales o sensibles, así como de aquellos que tienen particularidades propias respecto del Modelo OCDE y/o Modelo ONU.

En ese sentido, el análisis recaerá sobre la definición de residencia; definición de establecimiento permanente; el caso del “impuesto a las sucursales”; ganancias de capital por enajenación de acciones; el tratamiento a los servicios; y las cláusulas anti-abuso incluidas en la mayoría de los Convenios.

Es importante destacar que los Convenios que serán objeto de análisis, si bien incorporan en su mayoría una redacción similar a los artículos del Modelo OCDE, también incluyen artículos del Modelo ONU, especialmente en lo referente a la definición de residencia, definición de establecimiento permanente, regla de distribución para las ganancias de capital por enajenación de acciones. Asimismo, se incorporan algunas provisiones particulares resultado de la negociación y de los intereses protegidos por cada Estado.

4.1. Residencia

Con excepción de los Convenios con Singapur y Qatar, el resto de los Convenios bajo análisis incluyen una definición de residencia similar a la prevista en el Modelo ONU, que sólo se diferencia del Modelo OCDE respecto a la inclusión del “lugar de incorporación” como uno de los criterios usados por las legislaciones para considerar que una persona está sujeta a imposición en un Estado. El texto de la definición adoptada, en el artículo 4 apartado 1, es el siguiente:

“1. A los efectos de este Convenio, la expresión “residente de un Estado Contratante” significa toda persona que, en virtud de la legislación de ese Estado, esté sujeta a imposición en el mismo por razón de su domicilio, residencia, sede de dirección, lugar de incorporación o cualquier otro criterio de naturaleza análoga, incluyendo también a ese Estado y a sus subdivisiones políticas o entidades locales. Esta expresión no incluye, sin embargo, a las personas que estén sujetas a imposición en ese Estado exclusivamente por la renta que obtengan de fuentes situadas en el citado Estado, o por el patrimonio situado en el mismo.” [Subrayado incorporado].

Los Comentarios de la OCDE, incorporados en los Comentarios al Modelo ONU, señalan que la definición de residente de un Estado Contratante se remite al concepto de residencia adoptado por las legislaciones internas, a partir de la cual las personas están sujetas a imposición, entendiendo por tal una sujeción plena. En ese sentido, la definición se limitaría a indicar los criterios incorporados en las legislaciones para la residencia fiscal. Además, de acuerdo con los citados Comentarios, la segunda parte de la definición debería interpretarse *“teniendo en cuenta su objeto y propósito, que es el de excluir a las personas no sujetas integralmente a imposición en un Estado (sujeción plena), ya que, en otro caso, podría excluir del ámbito del Convenio a todos los residentes de países que apliquen el principio de tributación territorial, resultado que evidentemente no se pretende”*³³.

³³ Párrafos 3, 4 y 8.3 del Comentario al Artículo 4.

No hay ninguna otra explicación en los Comentarios respecto a cómo entender el sentido de “sujeción plena” en el caso de países con sistema territorial, o cómo aplicaría la segunda parte de la definición de residente.

La definición de residencia incluida en el Convenio con Singapur no incluye la segunda parte del Artículo que excluye de la definición a las persona sujetas a imposición exclusivamente por sus rentas de fuente. Al ser el único Convenio que excluye esta referencia, es posible concluir que la razón se encontraría en la política de negociación de convenios de Singapur, como país con un sistema territorial³⁴.

En el caso del Convenio con Qatar la definición de residencia tiene la particularidad de tener dos definiciones, una aplicable a Panamá y la otra a Qatar. La prevista para Panamá sigue el Modelo OCDE, con alteraciones en el texto a efectos de hacer referencia sólo a Panamá y no a ambos Estados. La definición prevista para Qatar en cambio, se aparta del Modelo OCDE y establece que será considerado residente de Qatar cualquier persona que tenga una vivienda permanente, centro de intereses vitales o morada habitual en Qatar; y una sociedad constituida o que tenga su sede de dirección efectiva en Qatar. La definición omite así, referencia a los dos temas controversiales: estar sujeto a imposición, y la no inclusión en la definición a personas sujetas a imposición exclusivamente por la renta que obtengan bajo criterio de fuente.

No obstante reconocer que la interpretación de la segunda parte de la definición de residente puede no ser pacífica respecto de países con sistema territorial, lo que se debe enfatizar es que, como la misma OCDE ha reconocido, esa segunda parte no tiene por finalidad excluir a los residentes de países con sistema territorial.

La experiencia de Panamá en materia de convenios tributarios es muy reciente. Hay avances importantes pero la normativa interna aun sigue en proceso de adaptación a los cambios que en materia del derecho internacional han sido introducidos. Ello incluye una definición en la normativa interna para el concepto de residencia.

Aun los alcances de la definición de residente, en el marco de los Convenios, es un tema que está en desarrollo. A la fecha, no se cuenta con una definición para las personas jurídica, sólo lo hay para las personas físicas. No obstante, si se han emitido normas reglamentarias que regulan el procedimiento y los requisitos para obtener un certificado de residencia, aplicables no sólo para personas físicas sino también para las jurídicas.

La Resolución Directoral N° 201-8436 del 10 de agosto del 2011, establece que los certificados de residencia sólo pueden ser solicitados por aquellas personas naturales o jurídicas que se encuentren dentro de la definición de residente fiscal contenida en el convenio para evitar la doble tributación que corresponda. Entre los requisitos se ha incluido copia de la última declaración jurada del Impuesto sobre la Renta o carta de

³⁴ HOW TECK TAN, NANYANG. “Singapore’s Tax Treaty Policy”. En: INTERTAX, Volumen 29, Kluwer Law International 2001. P. 185.

trabajo donde consten las retenciones por dicho Impuesto. Basado en estas normas, en la definición de residente prevista en los Convenios y en los Comentarios al Modelo OCDE citados, la posición que la Autoridad Tributaria están asumiendo es que las personas naturales o jurídicas se consideran residentes sí además de cumplir con alguno de los criterios previstos en la definición (por ejemplo, lugar de incorporación o domicilio), se encuentran sujetas a imposición plena, entendiéndose por ello, el obtener rentas de fuente panameña, aun cuando dicha renta este exenta.

4.2. Definición de Establecimiento Permanente

Como todo país importador de capital, Panamá requiere contar con una definición amplia de establecimiento permanente (EP) en los CDIs, a efectos de mantener la imposición de las rentas empresariales localizadas en el país, en la mayor cantidad de supuestos. En ese sentido, la mayoría de los Convenios incorporan al texto del artículo 5 (establecimiento permanente) del Modelo OCDE, pero también incluyen algunos supuestos previstos en el Modelo ONU, respecto a la figura de EP para los servicios, reducción de plazos para configurar un EP en actividades de construcción, la inclusión de EP para las actividades de seguros; entre otros.

Todos los Convenios bajo análisis contienen en el artículo 5, apartado 1, la definición general de “lugar fijo de negocios mediante el cual una empresa realiza todo o parte de su actividad”, prevista en el Modelo OCDE y Modelo ONU.

Son tres las principales características atribuidas a este concepto. La primera característica se refiere a la existencia de un lugar o espacio en el país (se incluye a los equipos o maquinarias). La segunda característica es la fijeza, entendida como el establecimiento en un lugar determinado y con cierto grado de permanencia. La tercera característica es la realización de actividades de la empresa mediante este lugar fijo de negocios³⁵.

Además, se incluye en el apartado 2 una lista enunciativa, también incluida en el artículo 5 del Modelo OCDE, de supuestos que pueden considerarse constitutivos “*prima facie*” de un establecimiento permanente³⁶. La lista incluye a la sucursal, oficina, fábrica, taller, mina, y lugares de extracción de recursos naturales como pozo de petróleo o de gas.

La lista anterior es más amplia en 3 Convenios. El Convenio con los Países Bajos incluye en la lista a “una propiedad agrícola, ganadera o forestal”. El Convenio con Luxemburgo incluye a “un taladro o barco utilizado para, o en conexión con, la

³⁵ Los Comentarios al Artículo 5 del Modelo OCDE (párrafos 2 a 12) desarrollan una explicación más detallada de cada uno de estos requisitos.

³⁶ Comentario 12 al Artículo 5 del Modelo OCDE.

exploración o explotación de recursos naturales”; y el Convenio con Qatar incluye a “un taller o una premisa utilizada como punto de venta”.

Todos los Convenios incluyen la figura de EP para las actividades de construcción, proyecto de instalación o montaje, siempre que dichas actividades continúen por un tiempo determinado en el Convenio. Si bien el Modelo OCDE, al igual que el Modelo ONU incorporan este supuesto, la mayoría de los Convenios sigue el Modelo ONU a efectos de incluir expresamente las actividades de supervisión, y reducir el umbral de tiempo que dichas actividades deben efectuarse en el país, que en el Modelo ONU es de 6 meses en un período cualquiera de 12 meses, mientras que en el Modelo OCDE es de 12 meses.

En cuanto a la incorporación de las actividades de supervisión, son incluidas en los Convenios con Barbados, España³⁷, Luxemburgo, México, Países Bajos, Qatar y Singapur. Los Convenios con Corea y Francia no tiene la referencia expresa. No obstante, los Comentarios al Artículo 5 del Modelo OCDE reconocen que de una manera implícita dichas actividades se encuentran comprendidas³⁸.

Respecto al periodo de tiempo, los Convenios con España y Qatar prevén un periodo de 6 meses; en los Convenios con México y Singapur se pactó un periodo de 9 meses; en el Convenio con Corea el plazo es de 270 días; en el Convenio con Francia el plazo incluido es de 12 meses; y en los demás Convenios (Barbados, Luxemburgo y Países Bajos) el periodo es del 183 días.

Se ha detectado una omisión en el Convenio con Singapur, en el que se pone un umbral de tiempo de 9 meses pero no se hace referencia a que se trata de 9 meses en un período cualquiera de 12 meses. Por lo que queda la duda de si el período superior a 9 meses debe cumplirse en un ejercicio fiscal o como en los demás Convenios, dentro de un período cualquiera de 12 meses, supuesto último que será más razonable a efectos de evitar técnicas elusivas.

Con excepción de los Convenios con España y Francia, todos los demás convenios incluyen un supuesto específico de EP para las actividades de servicios prestados por una empresa a terceros, a través de personal situado en el país por un período determinado. El texto incluido es el siguiente:

“La prestación de servicios en un Estado Contratante por una empresa, incluidos los servicios de consultoría, por medio de sus empleados o de otro personal contratado por la empresa, pero sólo en el caso que dichos empleados o personal permanezcan en ese Estado Contratante para la ejecución del mismo proyecto u otro proyecto conexo, durante un período o períodos que en total excedan 183 días dentro de un período cualquiera de doce meses”.

³⁷ Incluido en el Protocolo I.

³⁸ Párrafo 17 del Comentario al Artículo 5 del Modelo OCDE.

El período varía a 90 días en el Convenio con los Países Bajos, a 270 días en el Convenio con Singapur; y 120 días en el Convenio con Corea. El Convenio con Corea establece un período de 6 meses en lugar de 183 días.

La economía de Panamá tradicionalmente se ha basado en el sector de servicios. Por ello, el tema de servicios es uno de los temas más sensibles en la negociación de los Convenios, ya que el sacrificio fiscal puede ser importante. En este contexto, la posición negociadora que Panamá haya logrado plasmar en un CDI, está relacionada con lo que se haya pactado en el artículo correspondiente a las rentas por servicios (usualmente es el artículo 14). Como se explicó en el acápite 3.3 de esta ponencia, en materia de las rentas empresariales la regla recogida en el Convenio (artículo 7) es que a menos que una empresa residente de un Estado tenga un EP en el Estado de fuente, los beneficios de esa empresa no podrán someterse a imposición en dicho Estado; salvo que los ingresos comprendan elementos de renta regulados separadamente en otros artículos del Convenio.

En otras palabras, ahí donde no se haya pactado un artículo expreso para las rentas por servicios empresariales que permita la imposición en fuente, adquiere mayor relevancia para Panamá, contar con un supuesto expreso en el artículo de EP para las actividades de servicios. Así por ejemplo, si bien el Convenio con España no contiene la figura de EP para las actividades de servicios, en el artículo 14 (prestación de servicios) sí se prevé una regla de distribución que mantiene la imposición en fuente, incluso en el caso de servicios empresariales, bajo algunas condiciones. Lo concerniente al tratamiento de los servicios será analizado más adelante.

Con excepción de los Convenios con Luxemburgo³⁹, Qatar, Singapur y Francia, los demás Convenios incluyen en la definición de EP:

“el uso de estructuras, instalaciones, plataformas de perforación, barcos u otros equipos sustancialmente similares, para la exploración o la explotación de recursos naturales; o en actividades relacionadas con dicha exploración o explotación durante un período o períodos que excedan 183 días dentro de un período cualquiera de doce meses”.

El Convenio con los Países Bajos incluye este supuesto pero con un periodo de 90 días en lugar de 183, y el de Corea con un período de 270 días. El Convenio con España establece un período de 6 meses en lugar de 183 días.

El antecedente de este supuesto no está ni en el Modelo OCDE ni en el Modelo ONU, sino en la legislación interna de Panamá. En efecto, en el año 2010 mediante Ley N° 33 del 30 de junio del 2010 se incorporó un Capítulo al Código Fiscal de Panamá, que incluyó la definición de establecimiento permanente en el artículo 762-M. Este artículo incluye en la definición de EP un texto idéntico al citado en párrafos anteriores.

³⁹ El Convenio con Luxemburgo incluye a “un taladro o barco utilizado para, o en conexión con, la exploración o explotación de recursos naturales”. Ver apartado 2 (e) del Artículo 5.

Adicionalmente, la mayoría de los Convenios⁴⁰ incluyen en el Artículo 5 una cláusula anti-elusiva que tiene por finalidad evitar que se eluda el periodo previsto en las actividades de construcción, servicios o uso de instalaciones relacionadas con los recursos naturales, a través de la utilización de empresas relacionadas⁴¹. En ese sentido, esta cláusula establece que a efectos de determinar la duración de las actividades referidas, se sumarán el período de duración de las actividades desarrolladas por empresa asociadas siempre que se refieran a actividades relacionadas.

Finalmente, solo los Convenios con México y Qatar incluyen un supuesto de EP para las actividades de seguros, siguiendo el Modelo ONU:

“No obstante las disposiciones anteriores del presente Artículo, se considera que una empresa aseguradora de un Estado Contratante, excepto por lo que respecta al reaseguro, dispone de un establecimiento permanente en el otro Estado Contratante si recauda primas en el territorio de ese Estado o si asegura riesgos situados en él a través de una persona distinta de un agente independiente (...).”

En general, todos los CDIs siguen el Modelo OCDE en lo relacionado a la inclusión de una lista de supuestos que no se consideran establecimiento permanente (apartado 4 del artículo 5 del Modelo OCDE), bajo la premisa que se tratan de actividades auxiliares o preparatorias, y en la práctica sería mínimo el porcentaje atribuible y de muy difícil determinación.

La definición de EP contenida en la ley interna, por el contrario, es más comprensiva y no contiene excepciones como las planteadas en el párrafo anterior. Una de las principales diferencias se encuentra en el caso de los almacenes o depósitos.

Siguiendo el Modelo OCDE, en todos los Convenios se excluye de la definición de EP el mantenimiento de un depósito de bienes o mercancías con el único fin de almacenarlas, exponerlas o entregarlas. Por el contrario, la definición prevista en el Artículo 762-M del Código Fiscal, incluye dentro de la definición de EP el supuesto de los almacenes⁴².

Este supuesto forma parte de la lista enunciativa prevista en la Ley de supuestos que pueden considerarse EP. Sin embargo, como ha sido desarrollado en la Doctrina y en los Comentarios al Artículo 5 del Modelo OCDE, cuyo apartado 2 incluye también una lista enunciativa, se tratan de supuestos que deben considerarse constitutivos “*prima facie*”, es decir, que deben ser analizados en cada caso concreto, en función de la

⁴⁰ No se ha incluido en los Convenios con España y Singapur.

⁴¹ Los Convenios con México, Corea y Qatar incluyen esta provisión sus respectivos Protocolos (acápites 1).

⁴² El segundo párrafo de Artículo 762-M señala lo siguiente: “*También se considera que un sujeto pasivo realiza operaciones por medio de establecimiento permanente, cuando posea en la República de Panamá una sede de dirección, sucursal, oficinas, talleres, instalaciones, almacenes, tiendas u otros establecimientos (...).*”

definición general de EP: “lugar fijo de negocios mediante el cual una empresa realiza todo o parte de su actividad”. El primer párrafo del Artículo 762-M del Código Fiscal recoge esta definición general.

En este sentido, de las tres características constituyentes de la definición general, la permanencia es la que adquiere mayor relevancia en el análisis que se deberá efectuar cuando se aplique este supuesto previsto en la definición de la ley interna. Determinar que período de tiempo mínimo es necesario para dotar un lugar de permanencia no es una tarea fácil, cada caso puede tener circunstancias particulares que ubiquen el tema en el límite de lo permanente y lo meramente temporal. No obstante, la práctica internacional viene considerando que, salvo ciertos casos, que un período superior a 6 meses otorga el grado de permanencia requerido⁴³.

A modo de referencia, se debe tener en cuenta que el Modelo ONU tampoco incluye como excepción a la definición de EP el almacén de mercancía cuando su destino será la entrega. La justificación que se desarrolla en los Comentarios a este Modelo, es que la presencia de existencia de mercancías en un almacén para su rápida entrega facilita las ventas del producto y, por consiguiente, la obtención de beneficios en el país huésped por la empresa que cuenta con esa posibilidad.

La legislación interna ha presentado progresos en cuando a su adaptación a los nuevos conceptos introducidos, y el proceso aun está en pleno desarrollo. Entre los temas pendientes de respuesta ya sea en la legislación o a través de los casos que sean resueltos por la Autoridad Tributaria, se encuentran la forma de determinación de tributación de los EP, es decir, si se mantendrá la retención o se tributará vía declaración jurada; cuáles serán las tasas impositivas aplicables; las reglas formales que deberán cumplir; su status para la ley interna; desde cuándo se considera que hay un EP, si después que se cumple con el requisito de temporalidad (o período pactado en el CDI en los supuestos de construcción, servicios, o uso de estructuras vinculadas a recursos naturales) o desde el primer día que se inicia la actividad.

Los Convenios no dan respuesta a estas interrogantes, sólo establecen en qué supuestos se configura un EP y cómo se determinará la renta atribuible.

4.3. Tratamiento de Servicios

De acuerdo con la normativa interna, en materia de servicios prestados por personas no residentes, se considera de fuente panameña la renta recibida por personas naturales o jurídicas cuyo domicilio esté fuera de la República de Panamá, producto de cualquier servicio que beneficie a personas ubicadas dentro de Panamá, en la medida que dichos servicios incidan sobre la producción de renta de fuente panameña o la conservación de ésta y su erogación haya sido considerada como gastos deducibles por la persona

⁴³ Ver Párrafo 6 al Comentario 5 del Modelo OCDE.

que los recibió. A estos efectos aplica una retención equivalente, en la mayoría de los casos, a una tasa efectiva de 12.5%⁴⁴.

En síntesis, la regla de fuente recogida en la legislación panameña no requiere que el servicio haya sido prestado en Panamá, sino que aun cuando éste hubiera sido prestado fuera del país, si se cumplen las condiciones citadas, la renta por dicho servicio será objeto de imposición. Como se ha venido explicando, la aplicación de la ley interna podrá estar limitada por un CDI, dependiendo de lo que se haya pactado en él en materia de servicios.

La posición plasmada en el Modelo OCDE es la de tratar los servicios empresariales e independientes bajo el artículo correspondiente a los beneficios empresariales (Artículo 7). Ello significa que sólo se podría mantener la imposición de la renta obtenida por las actividades de servicios si se cuenta con un establecimiento permanente en Panamá, al cual la renta sea atribuible. De manera coherente con esta posición, el literal h) del Artículo 3 del Modelo OCDE incluye dentro de la definición de “actividad económica” o del término “negocio”, el ejercicio de servicios profesionales y la realización de otras actividades de carácter independiente.

En una posición contraria, el Modelo ONU desarrolla en el Artículo 14 el tratamiento para los servicios profesionales, recogiendo una regla de distribución que mantiene la imposición en fuente, sin limitación en la tasa impositiva, si se cumplen algunas condiciones; por lo que en ese caso, corresponderá al Estado de residencia otorgar el alivio a la doble imposición mediante el mecanismo de eliminación pactado. En resumen, de acuerdo con este Artículo, se mantendrá la imposición en fuente cuando la persona que presta el servicio tenga una base fija de la que disponga regularmente para el desempeño de sus actividades, o cuando permanezca en el Estado por un período o períodos que excedan 183 días en un período cualquiera de 12 meses. El texto del Artículo 14 del Modelo ONU es el siguiente:

“1. Las rentas obtenidas por un residente de un Estado contratante por la prestación de servicios profesionales o el ejercicio de otras actividades de carácter independiente sólo podrán someterse a imposición en ese Estado, excepto en las siguientes circunstancias, en que esas rentas podrán ser gravadas también en el otro Estado contratante:

- a) Si dicho residente tiene en el otro Estado contratante una base fija del que disponga regularmente para el desempeño de sus actividades; en tal caso, sólo podrá gravarse en ese otro Estado contratante la parte de las rentas que sea atribuible a dicho centro fijo; o*
- b) Si su estancia en el otro Estado contratante es por un período o períodos que sumen o excedan en total de 183 días en todo período de doce meses que empiece o termine*

⁴⁴ Artículo 694 Parágrafo 1, literal e), y Artículo 733 k) del Código Fiscal. La retención no aplicará, en el evento de que la persona natural o jurídica cuyo domicilio esté fuera de la República de Panamá, se haya registrado como contribuyente del Impuesto sobre la Renta ante la Dirección General de Ingresos.

durante el año fiscal considerado; en tal caso, sólo podrá gravarse en ese otro Estado la parte de la renta obtenida de las actividades desempeñadas por él en ese otro Estado.

2. La expresión “servicios profesionales” comprende especialmente las actividades, científicas, literarias, artísticas, de educación o enseñanza independientes, así como las actividades independientes de los médicos, abogados, ingenieros, arquitectos, odontólogos y contadores.”

De la red de convenios de Panamá sólo los Convenios con Países Bajos, Corea y Francia siguen el Modelo OCDE. Ante este escenario, el contar con un supuesto de establecimiento permanente específico para las actividades de servicios -según se ha explicado en el acápite 4.2 de la presente ponencia-, resulta más relevante. De los tres convenios mencionados, los suscritos con Países Bajos y Corea tienen este supuesto en el Artículo 5, con períodos más cortos de los 183 días usualmente pactados, lo que favorecerá la imposición en Panamá por servicios prestados por entidades o personas no residentes. El período previsto en el Convenio con los Países Bajos es de 90 días y con Corea es de 120 días.

Los Convenios con México, Qatar, y Singapur han adoptado el Artículo 14 del Modelo ONU, aunque con algunas variaciones. El Convenio con México en el apartado 1(a) utiliza el término “establecimiento permanente” en lugar de “base fija, en el apartado 1(b) establece un período de 60 días y además establece una tasa límite de 12.5%. El Convenio con Qatar prevé un período de 90 días. En el Caso del Convenio con Singapur el período es de 270 días.

La aplicación de los Convenios que han adoptado el Modelo ONU, genera algunas dudas interpretativas. En primer lugar, se deberá dar un contenido a la expresión “base fija” usada en los Convenios de Qatar y Singapur. Como se mencionó, en estos Convenios uno de los supuestos para mantener la imposición en fuente es que se cuente con una “base fija de la que se disponga regularmente”. Asimismo, se deberá establecer en qué casos o respecto de qué personas aplicará el artículo 14 y en cuáles el artículo 7 (beneficios empresariales). Este último tema se complica aún más si se concluyera que no existen mayores diferencias entre los conceptos de “establecimiento permanente” y “base fija”.

El Reporte de la OCDE titulado “Cuestiones relativas al Artículo 14 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE”, publicado en el año 2000, puede dar algunas luces sobre el tema. Este reporte fue elaborado en el contexto de la versión de una anterior versión del Modelo OCDE que sí recogía un artículo de servicios similar al Modelo ONU, pero que no incluía el supuesto 1 (b) previsto en este último.

Sin embargo, sobre la base de los problemas de interpretación y aplicación identificados en el Reporte citado, se tomó la decisión de eliminar el Artículo 14 del Modelo, por lo que la versión del año 2000 ya no lo incluía. Desde ese momento, el tratamiento para los servicios profesionales ha sido el explicado en párrafos anteriores.

Respecto a las diferencias entre “base fija” (aplicable en el artículo 14) y “establecimiento permanente” (aplicable para el artículo 7) el Reporte comenta que el concepto de establecimiento permanente podría tener un contenido más restringido, como se habría sugerido en la Doctrina. Ello porque la definición de “establecimiento permanente” requiere que un negocio sea llevado a cabo a través de un lugar fijo de negocios, mientras que en el caso de “base fija” sólo se requiere que esté regularmente a disposición.

Sin embargo, el reporte concluye que estas posibles diferencias no tendrían mayores efectos prácticos y que no existían diferencias intencionadas entre los conceptos de establecimiento permanente y de base fija. Asimismo, se establece que no estaba claro qué actividades estaban comprendidas por el artículo 14 y no por el 7. Por ello, finalmente se tomó la decisión de eliminar el artículo 14.

Queda una interrogante final, y es a quiénes aplica el Artículo 14, es decir, si se limita a las personas físicas o si también incluye a las personas jurídicas. El Convenio con Singapur en el mismo texto del artículo 14, limita su aplicación a las personas físicas.

Los Convenios con México y Qatar, en cambio, siguen el Modelo ONU en cuanto a la frase de inicio del Artículo 14, con el siguiente texto:

“Las rentas obtenidas por un residente de un Estado contratante por la prestación de servicios profesionales o el ejercicio de otras actividades de carácter independiente (...)”

Al aplicarse a los residentes en general, podría incluir a personas naturales o personas jurídicas, de acuerdo con la definición de residente prevista en el mismo Convenio, que ya fue objeto de análisis.

En los Comentarios al Artículo 14 del Modelo de las Naciones Unidas, que sería el referente del Artículo 14 recogido en los Convenios de México y Qatar, se analiza la relación entre el Artículo 14 y el artículo 5, apartado 3 (b), que es el que contiene la figura de establecimiento permanente para las actividades de servicios. Los Comentarios citados concluyen que las remuneraciones pagadas directamente a una persona física por el desempeño de sus actividades con carácter independiente estarían sometidas a las disposiciones del artículo 14, mientras que los pagos hechos a una empresa en relación con la prestación por esa empresa de las actividades de sus empleados o de otro personal, estarían sometidos a los artículos 5 y 7⁴⁵.

Esta posición asumida en los Comentarios al Modelo ONU tendría su explicación en que dicho Modelo incluye dentro de la definición de establecimiento permanente, un supuesto específico para las actividades de servicios, cuyo texto claramente hace referencia sólo a las empresas.

⁴⁵ Párrafo 9 del Comentario al Artículo 14 del Modelo de las Naciones Unidas. 2011.

El Protocolo del Convenio con Qatar, sin embargo, ha asumido una posición diferente. En él ⁴⁶ se establece que el artículo 14 aplicaría a las personas físicas y a las personas jurídicas; y que se entiende que una persona jurídica califica bajo el supuesto 1 (b) si sus representantes, agentes o empleados en conjunto permanecen en el Estado durante un período o períodos que sumen o excedan 90 días en cualquier período de 12 meses.

En ese sentido, de los 3 Convenios, sólo el suscrito con México mantendría la interrogante sobre el ámbito de aplicación del Artículo 14.

Un tercer grupo de Convenios, conformado por los Convenios con España, Barbados y Luxemburgo, no siguen ni el Modelo OCDE ni el Modelo ONU. En estos 3 Convenios, Panamá ha logrado mantener su posición negociadora de incluir un artículo 14 que trate las rentas por servicios, pero que sea más amplio que el incluido en el Modelo ONU.

Los dos párrafos del apartado 1 de este artículo contiene la regla de distribución. A continuación se transcribe el texto del Artículo 14 del Convenio con Barbados, a modo de ejemplo:

“1. Las rentas obtenidas por un residente de un Estado Contratante por servicios prestados en el otro Estado Contratante podrán someterse a imposición en el Estado Contratante mencionado en primer lugar. Sin embargo, dichas rentas pueden someterse también a imposición en el Estado Contratante en el cual se prestaron los servicios, siempre que tales servicios puedan calificarse como servicios profesionales, servicios de consultoría, asesoramiento industrial, comercial, servicios técnicos o de gestión o servicios similares. El impuesto así exigido no podrá exceder el 7.5 por ciento del importe bruto del pago cuando el beneficiario efectivo de dichos pagos sea un residente del otro Estado Contratante.

Sin embargo, si los servicios no son prestados en ninguno de los Estados Contratantes, las rentas derivadas de dichos servicios podrán ser gravadas en el Estado Contratante del cual procedan. Las rentas por tales servicios se considerarán procedentes de un Estado Contratante cuando el pagador sea un residente de ese Estado. Sin embargo, cuando el pagador de dichas rentas, sea o no residente de un Estado Contratante, tenga en uno de los Estados Contratantes un establecimiento permanente en relación con el cual la obligación de pagar las rentas por tales servicios surja y que éste establecimiento permanente asuma la carga de las mismas, entonces dichas rentas se considerarán como generadas en el Estado donde esté situado el establecimiento permanente.”

El Artículo 14 del Convenio con Luxemburgo sólo se diferencia del texto citado en la tasa límite impuesto en el párrafo 1, que es de 5% en lugar de 7.5%. El Artículo 14 del Convenio con España sí tiene ciertas particularidades que serán comentadas al final de este acápite.

⁴⁶ Protocolo (4).

En resumen, la regla de distribución incorporada en el Artículo citado prevé tres escenarios posibles:

- i) Escenario 1: Un residente de uno de los dos Estados contratantes presta los servicios en el otro Estado, y los servicios califican como alguno de los mencionados en el artículo (servicios profesionales, servicios de consultoría, asesoramiento industrial, comercial, servicios técnicos o de gestión o servicios similares).
- ii) Escenario 2: Un residente de uno de los dos Estados contratantes presta los servicios desde su Estado de residencia.
- iii) Escenario 3: Un residente de uno de los dos Estados contratantes presta los servicios desde un tercer Estado, pero la renta procede del Estado Contratante del cual el sujeto no es residente (es decir, el pago por los servicios es asumido por un residente de dicho Estado o por un establecimiento permanente situado ahí).

La regla de distribución para cada uno de los tres escenarios sería la siguiente:

- i) Escenario 1: Se mantendrá la imposición en el Estado donde se prestan los servicios (Estado de la fuente) pero con la tasa límite prevista en el CDI. Corresponderá al Estado de residencia dar el alivio a la doble imposición a través del mecanismo para su eliminación pactado en el Convenio (deducción, exención, crédito).
- ii) Escenario 2: No habrá imposición en el Estado donde se prestan los servicios, sino únicamente en el Estado de residencia de quien prestó el servicio.
- iii) Escenario 3: Se mantendrá la imposición en el Estado de donde procede el pago por los servicios (Estado de la fuente) sin límite en la tasa impositiva, aunque los servicios no hayan sido prestados dentro de dicho Estado. Corresponderá al Estado de residencia dar el alivio a la doble imposición a través del mecanismo para su eliminación pactado en el Convenio (deducción, exención, crédito).

A diferencia del Modelo ONU no hay duda sobre qué actividades estarán comprendidas por el artículo 14 y no por el 7. El Artículo 14 comentado en el apartado 3 establece un reenvío al artículo 7 cuando quien presta los servicios tiene un establecimiento permanente en el Estado donde se presta los servicios, y los pagos por dichos servicios están vinculados efectivamente con el establecimiento permanente. En ese escenario, no será de aplicación la regla de distribución del Artículo 14, apartado 1, sino que se aplicará el artículo 7 del Convenio que desarrolla el tratamiento de los beneficios empresariales.

Si bien el Convenio con España tienen un Artículo 14 muy similar al texto que se acaba de comentar, hay un par de problemas interpretativos.

Primero, el apartado 1 del Artículo 14 del Convenio con España no contiene el segundo párrafo que hace referencia al escenario en el cual los servicios no son prestados en ninguno de los Estados contratantes, y en donde se indica que en ese caso las rentas podrán ser gravadas en el Estado del cual proceden. De ahí que, el apartado 4 del Artículo 14 del Convenio con España⁴⁷, que desarrolla cuándo debe entenderse que las rentas derivadas de los servicios proceden de un Estado, parece un apartado flotando en el aire. No se explica por sí mismo, ya que éste sólo adquiere sentido en el contexto del segundo párrafo del apartado 1 omitido en el Convenio con España.

Segundo, el artículo V del Protocolo al Convenio con España establece lo siguiente:

“v. Ad. Artículo 14

“Los límites previstos en el apartado primero resultarán de aplicación cuando los servicios se realicen en alguno de los Estados Contratantes”.

Una posibilidad es que mediante este Protocolo se busque establecer una regla para el caso en el cual un residente de uno de los dos Estados contratantes presta los servicios desde un tercer Estado. Pero, de ser así, porque el texto más bien alude al caso en que los “servicios se realicen en alguno de los Estados contratantes”.

Hay un problema interpretativo respecto de este texto que ha sido agregado al Artículo 14 vía Protocolo, y el análisis requiere identificar cuáles son los límites previstos en el apartado 1 a que se hace referencia. Una posible respuesta es considerar por límites a aquellos establecidos en relación con la potestad tributaria de los Estados. Al inicio de esta ponencia se comentó que la función de los Convenios no es crear impuestos sino establecer límites a la potestad impositiva de los Estados a través de las reglas de distribución pactadas.

Queda planteada la interrogante si bajo esa línea argumentativa, se podría concluir que cuando los servicios son prestados desde un tercer Estado, el Estado contratante que en función de sus reglas internas considere que la renta por el servicio está sujeta a imposición por sus reglas de fuente, podrá mantener la imposición sin límite alguno.

4.4. El “Impuesto a las sucursales”

La legislación panameña incorpora un impuesto a las sucursales equivalente al 10% de la renta gravable obtenida en Panamá⁴⁸. Se trata de un impuesto adicional al Impuesto sobre la renta aplicable a las utilidades de las sucursales. La tasa del impuesto es

⁴⁷ El texto del apartado 4 del Artículo 14 del Convenio con España es el siguiente:

“Cuando el pagador de dichas rentas, sea o no residente de un Estado Contratante, tenga en uno de los Estados Contratantes un establecimiento permanente en relación con el cual la obligación de pagar las rentas por tales servicios derive y que éste asuma la carga de los mismos, dichas rentas por servicios se considerarán procedentes del Estado donde esté situado el establecimiento permanente.”

⁴⁸ Artículo 733 inciso f) del Código Fiscal.

similar a la aplicable a la distribución de dividendos (por acciones nominativas), y cuando las rentas distribuidas provienen de rentas de fuente panameña. Este impuesto es conocido en la práctica internacional tributaria como *“impuesto a las sucursales”*. No se trata de un impuesto a los dividendos, pero tiene un impacto similar.

En el contexto de los CDIs, los países que cuentan con un *“Impuesto a las sucursales”* buscan asegurar que las reglas pactadas no limiten la posibilidad de seguir aplicando esta imposición. A continuación se hará una breve explicación de los principales artículos del Convenio relacionados con este supuesto.

De acuerdo con el artículo 7 del Modelo OCDE, las rentas empresariales sólo pueden someterse a imposición cuando tengan un establecimiento permanente y de acuerdo al tratamiento previsto en el citado artículo 7; el cual mantiene la imposición en fuente de las rentas atribuibles al EP, pero no establece la posibilidad de aplicar un impuesto adicional sobre dichas rentas. Asimismo, el artículo de 10 correspondiente a dividendos que mantiene la imposición en el Estado fuente con límite, y que podría ser el artículo que se aplique por excepción a la regla del artículo 7, define a los dividendos como rendimientos de acciones, o en general de otras participaciones sociales. De ahí que sería discutible la inclusión dentro de esta definición del supuesto de remesas de un EP a su oficina central.

Finalmente, el *“impuesto a las sucursales”* puede ser cuestionado sobre la base del apartado 3 del artículo 24 que desarrolla el principio de No Discriminación. Este apartado establece que los establecimientos permanentes que una empresa de un Estado contratante tenga en el otro Estado contratante no serán sometidos a imposición en ese Estado de manera menos favorable que las empresas de ese otro Estado que realicen las mismas actividades.

Los Comentarios al Modelo OCDE⁴⁹ indican que este impuesto adicional, puede explicarse por el hecho de que si se tratará de una filial de una empresa extranjera que obtuviera los mismos beneficios que el establecimiento permanente y posteriormente los distribuyera como dividendos, se gravaría un impuesto adicional sobre los mismos conforme al apartado 2 del artículo 10. Sin embargo, al tratarse de un impuesto que se aplica en cabeza del establecimiento permanente, en lugar de ser un impuesto exigido a la empresa en su calidad de propietaria del establecimiento permanente; se trata de un impuesto contrario a lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 24.

Probablemente para evitar los cuestionamientos anteriores, todos los Convenios bajo análisis contienen una disposición específica sobre el *“impuesto a las sucursales”*, con el siguiente texto:

“Sin perjuicio de otras disposiciones de este Convenio, cuando una empresa residente de un Estado contratante tenga un establecimiento permanente en el otro Estado contratante, los beneficios imponibles en virtud del párrafo 1 del Artículo 7 podrán quedar sujetos a un

⁴⁹ Párrafo 60 del Comentario al Artículo 24.

impuesto adicional en ese otro Estado, de conformidad con su legislación, pero dicho impuesto adicional no podrá exceder del (...) por ciento del monto total de esos beneficios.”

Con excepción del Convenio con México, esta disposición está incluida en el artículo 10 (Dividendos). En el Convenio con México forma parte del artículo 7 (Beneficios empresariales). En la mayoría de los Convenios, la tasa máxima pactada es de 5%.

4.5. Ganancias de capital derivadas de enajenación de acciones

En Panamá, se considera como renta de fuente panameña la producida por capitales o valores invertidos económicamente en el territorio nacional, sea que su enajenación se produzca dentro o fuera de la República⁵⁰. El Código Fiscal, además establece que se encuentran sujetas a imposición las ganancias de capital derivadas por la enajenación de acciones, participaciones y demás valores emitidos por las personas jurídicas.

Mediante norma reglamente emitida en febrero del 2012 se ha recogido expresamente una interpretación que ya venía siendo aplicada por la Autoridad Tributaria, en el sentido que, por renta producida por un valor invertido económicamente en Panamá, se incluye a las ganancias de capital de enajenaciones indirectas. En efecto, esta es la interpretación recogida en el Decreto Ejecutivo N° 135 del 6 de febrero del 2012⁵¹ que modifica el Artículo 117° del Decreto Ejecutivo N° 170 del 27 de octubre de 1993.

Se aplica un tratamiento de ganancias de capital a un impuesto fijo de 10%, con obligación de retención del 5% del valor total de la enajenación, en concepto de adelanto del Impuesto. El vendedor podrá optar por considerar ese 5% retenido como impuesto final o pedir devolución cuando dicho monto sea menor al que correspondiera de aplicar el 10% sobre la ganancia de capital.

El Modelo OCDE mantiene la imposición en el Estado de la fuente sólo en un supuesto, cuando las ganancias derivadas de la enajenación de acciones, obtienen directa o indirectamente más del 50% de su valor de propiedad inmobiliaria situada en dicho Estado. En cualquier otro caso sólo se podrá gravar en el Estado de residencia de quien obtiene la ganancia.

El supuesto contemplado en el Modelo OCDE ha sido incorporado en todos los CDIs bajo análisis, aunque en el Convenio con Países Bajos el porcentaje de vinculación con la propiedad inmobiliaria es del 90% y en el Convenio con Singapur es del 75%. Adicionalmente, en algunos Convenios se han incluido excepciones de inmuebles que

⁵⁰ Artículo 701, inciso e) del Código Fiscal.

⁵¹ Mediante este Decreto se modificó diversos artículos del Decreto Ejecutivo N° 170 del 27 de octubre de 1993, aplicables al Régimen de ganancias de capital y pérdidas en la venta o enajenación de acciones y demás valores. Valor invertido económicamente de manera indirecta, es definido como todo aquel valor emitido por personas naturales o jurídicas, no domiciliadas en el territorio de Panamá, que a su vez sean propietarias directa o indirectamente de valores emitidos por personas jurídicas que devenguen ingresos gravables en Panamá.

no serán considerados para efectos del cómputo. En los Convenios con Luxemburgo y Países Bajos se exceptúa a los bienes inmuebles en donde se realiza la actividad empresarial⁵²; en el Convenio con Qatar se exceptúa al inmueble que se usa para proyectos industriales⁵³.

Como se mencionó, la ley interna de Panamá sujeta a imposición las ganancias de capital derivadas de enajenaciones indirectas. Como el supuesto incorporado en el Modelo OCDE no indica que las acciones enajenadas deben haber sido emitidas por una sociedad residente del Estado donde se ubican los inmuebles, y se prevé una vinculación con la propiedad inmobiliaria de manera directa o indirecta; la enajenación indirecta estaría comprendida.

La aplicación de este primer supuesto requiere una toma de posición sobre varias interrogantes no respondidas en el Comentarios al Modelo de la OCDE. Entre ellas, qué se debe entender por inmueble, cómo se calcula su valor, si se calcula en función de su valor en libros, el valor de mercado, el valor neto de depreciaciones, si se va tener en cuenta los pasivos para su determinación; qué porcentaje de la ganancia va a tributar en el país de la fuente; qué significa directa o indirectamente. Algunas de estas interrogantes ya tienen una respuesta en la legislación interna de Panamá. En efecto, el Decreto Ejecutivo 135 del 6 de febrero del 2012 ha plasmado la posición de que en la enajenación indirecta no se va gravar toda la ganancia sino sólo la proporción que se considera de fuente panameña, calculada en función de dos métodos previstos en esta norma⁵⁴.

Otras de las interrogantes planteadas, en cambio, no tienen una respuesta legislativa. Por ejemplo, un tema debatido en la práctica internacional es si se debe incluir entre los inmuebles para el cómputo, aquellos donde la empresa ejerce su actividad empresarial. El argumento en contra de su inclusión, se sustenta en que el Modelo OCDE incluye el supuesto comentado para gravar ganancias por venta de acciones en el Estado de la fuente, como una forma de evitar la elusión de la regla de distribución prevista en el artículo 13(1) para la enajenación de inmuebles, según la cual se mantiene la imposición en fuente. En ese sentido, no sería razonable incluir en el cómputo los inmuebles donde se realiza la actividad empresarial.

Corresponderá a la Administración Tributaria y al Tribunal Administrativo delimitar estos temas en la aplicación de los CDIs a los casos concretos.

Ahora bien, con excepción del Convenio con Luxemburgo, todos los demás Convenios incluyen otro supuesto que permitirá mantener la imposición en el Estado de la fuente.

⁵² El Convenio con Luxemburgo pone como ejemplos expresos a un hotel o una mina.

⁵³ De acuerdo con el Protocolo (artículo 4) del Convenio, el término "proyecto industrial" significa un proceso mediante el cual las materias primas se transforman en productos.

⁵⁴ Ver Artículo 117-G del Decreto Ejecutivo N° 170 de 1993, incorporado por el Decreto Ejecutivo N° 135 del 6 febrero del 2012.

Se trata de un supuesto desarrollado en el Modelo ONU, de acuerdo con el cual, las ganancias obtenidas por un residente de uno de los Estados, por la enajenación de acciones emitidas por una empresa residente en el otro Estado, se podrán gravar en éste último si se ha tenido un porcentaje de participación mínimo - establecido en la negociación - por un período menor a 12 meses. No se trata de cualquier porcentaje de participación, sino que es una participación sustancial la que justifica la regla de distribución pactada.

Se ha pactado un porcentaje mínimo de tenencia de 10% en los Convenios de España, Países Bajos y Qatar; 18% en el Convenio con México; 25% en los Convenios con Barbados, Corea y Francia, 50% en el Convenio con Singapur.

El texto incluido en los Convenios podría generar dudas respecto a su aplicación a la enajenación indirecta. Su lectura textual hace referencia a la enajenación de acciones emitidas por una sociedad residente en el Estado fuente. A modo de ejemplo, a continuación se transcribe el apartado 5 del Artículo 13 del Convenio con Corea:

“5. Las ganancias, distintas de aquellas a las que se les aplica el apartado 4, obtenidas por un residente de un Estado Contratante de la enajenación de acciones de una sociedad que es residente del otro Estado Contratante, pueden someterse a imposición en ese otro Estado si el enajenante, en cualquier momento durante el período de doce meses precedentes a la enajenación, mantuvo directa o indirectamente al menos el 25 por ciento del capital de dicha sociedad.[Subrayado incorporado].

Por el contrario, el texto del Convenio con España no es tan claro y su interpretación podría ser aun más controversial. El apartado 4 del Artículo 13 del Convenio con España señala lo siguiente:

“4. Las ganancias obtenidas por un residente de un Estado Contratante de la enajenación de acciones o participaciones análogas podrán ser sometidas a imposición en el otro Estado cuando haya mantenido una participación de más del 10 por ciento en el derecho de voto, en el valor o en el capital social de una compañía residente de ese Estado Contratante, durante un período inferior a 12 meses.”

Como se observa del texto anterior, sólo se hace mención a enajenación de acciones, sin limitar su ámbito de aplicación a que éstas sean acciones de “una sociedad residente del otro Estado contratante”. El otro requisito para mantener la imposición en fuente es que se haya mantenido una participación de más del 10% en derecho de voto, valor o capital, pero al menos respecto de los dos últimos supuestos, esta participación podría ser indirecta.

Otro tema en discusión en la práctica internacional es sí la regla de distribución aplica únicamente cuando se transmite la totalidad de la participación sustantiva, o sí será aplicable también en el caso que se venda 1 sola acción, siempre que se cumpla con el

requisito de participación sustantiva por debajo del período pactado⁵⁵. La redacción de esta cláusula en los CDIs no es uniforme y podría generar dudas de interpretación si la participación debe enajenarse en bloque.

A modo de ejemplo, a continuación se transcribe el texto previsto en el apartado 4 del Artículo 13 del Convenio con Barbados:

4. Las ganancias obtenidas por un residente de un Estado Contratante de la enajenación de acciones o participaciones análoga, que representen una participación de más del 25 por ciento de los derechos de voto o del capital de una sociedad residente en el otro Estado Contratante, cuando dichas acciones o participaciones análogas hayan sido poseídas por el enajenante por un período menor a doce meses con anterioridad a la fecha de la enajenación, también pueden someterse a imposición en ese otro Estado." [Subrayado incorporado].

4.6. Cláusulas anti-abuso

La aplicación de normas internas anti-elusivas para neutralizar la aplicación de un CDI a un caso concreto, por considerar que su uso es abusivo o elusivo, ha sido objeto de debate académico por mucho tiempo. Uno de los principales cuestionamientos es que la aplicación de la norma interna sobre el Convenio implicaría una vulneración del último, así como del principio internacional del *pacta sunt servanda*⁵⁶, y al artículo 27 de la Convención de Viena⁵⁷.

Por ello, la práctica internacional se ha inclinado por incorporar dentro del mismo Convenio normas anti-elusivas del derecho interno de los Estados, ya sea de manera específica o a través de una cláusula general que remita a su aplicación, ahí donde un Estado contratante cuente con dichas normas.

Los Convenios con los Países Bajos⁵⁸ y España⁵⁹ incluyen esta remisión a la normativa interna.

⁵⁵ Al respecto ver: JOSE MANUEL CALDERÓN CARRERO, NÉSTOR CARMONA FERNÁNDEZ; ADOLFO J. MARTÍN JIMÉNEZ, MONSERRAT TRAPÉ VILADOMAT. *Convenios Fiscales y la Fiscalidad de la Unión Europea*. Coordinador: NÉSTOR CARMONA FERNÁNDEZ. España: Grupo Wolters Kluwer. 2011. P.445.

⁵⁶ Recogido en el Artículo 26 de la Convención de Viena.

⁵⁷ El artículo señala que los Estados no pueden invocar las disposiciones de su derecho interno para la no aplicación de las disposiciones de un Tratado.

⁵⁸ Artículo 27 del Convenio.

⁵⁹ Protocolo VIII (A)

El desarrollo contra el abuso de los CDIs o el *treaty shopping* ha evolucionado en la práctica internacional, y a la fecha, es común encontrar en el texto de los Convenios cláusulas especiales anti-abuso desarrolladas especialmente para ser aplicadas en el contexto del Convenio, o un artículo general de limitación de beneficios.

La red de convenios de Panamá no es ajena a esta práctica. Por el contrario, la mayoría de los Convenios incluyen diversas cláusulas anti-abuso. Su identificación y aplicación correcta es de vital importancia, porque como consecuencia de su aplicación, los beneficios del Convenio podrían ser negados a una persona a pesar que es considerada residente de uno de los Estados contratantes y que cumple con los requisitos de la regla de distribución correspondiente.

Únicamente el Convenio con México cuenta con un artículo general de limitación de beneficios (artículo 10 del Protocolo), que se aplica para efectos de todos los beneficios del Convenio, y en síntesis tiene por objetivo garantizar dos condiciones: que quien busca aplicar el Convenio tenga una vinculación efectiva con el Estado del cual se considera residente, y que no haya erosión de la base.

En ese sentido, por ejemplo, en el caso de compañías, la cláusula de limitación de beneficios del Convenio con México exige que quienes se encuentren detrás de estas compañías sean en su mayoría, directa o indirectamente, personas físicas residentes en alguno de los Estados Contratantes. En cuanto a la erosión de la base, se requiere que el mayor porcentaje del ingreso bruto de dichas entidades se mantengan en los Estados contratantes en lugar de ser utilizado para pagos por obligaciones generadas con residentes de terceros Estados, con su correspondiente deducción en cabeza de la entidad⁶⁰.

Resulta interesante la consulta previa entre las Autoridades Competentes de ambos Estados que ha sido previsto como requisito, antes que se niegue la desgravación fiscal a un residente de un Estado Contratante en aplicación de esta cláusula general de limitación de beneficios. Sin embargo, no queda claro si las Autoridades deben ponerse de acuerdo sobre el tema o si es suficiente con que el Estado que va aplicar la cláusula de limitación de beneficios notifique previamente a la autoridad del otro país, haga la consulta, e independientemente de recibir una respuesta diferente a su opinión, aplique igualmente la cláusula.

De otro lado, todos los Convenios incorporan la figura del “beneficiario efectivo” en los artículos de dividendos, intereses y regalías. En los Convenios con Barbados y Luxemburgo también se incluye esta figura en el artículo de servicios. Además de incluirse expresamente en los artículos de dividendos, intereses y regalías, los Convenios con Francia (Artículo 25 apartado 2)⁶¹ y España (Protocolo VIII-B)

⁶⁰ Ver el último párrafo del literal B del artículo 10 del Protocolo del Convenio con México.

incorporan una provisión aparte para aplicar esta figura a todos los artículos del Convenio.

Desarrollar los alcances del concepto del “beneficiario efectivo”, de los casos suscitados en torno a este término y de los problemas relacionados con su aplicación, podría ser tema de una ponencia especial. Por ello, sólo se va comentar que en función de este concepto, el Estado de la fuente no está obligado a otorgar los beneficios del Convenio (no imposición o tasa reducida) si quien recibe la renta, aun cuando sea un residente del otro Estado, no es el beneficiario efectivo.

Los comentarios del Modelo OCDE no prevén una definición precisa de este término. Sin embargo, si hacen un énfasis en el poder de decisión que se debe tener sobre la renta, aun cuando no se sea el propietario legal de ésta⁶², a fin de que quien recibe el ingreso no esté actuando como un mero intermediario.

En abril del 2011, la OCDE ha publicado un borrador de las modificaciones a los Comentarios al Artículo 10 en lo que respecta al beneficiario efectivo, en donde se ponen varios ejemplos de sujetos que no pueden ser considerados beneficiario efectivo, entre los que está el agente, la figura de “nominee”, los vehículos instrumentales que actúan como fiduciarios o administrador⁶³; bajo el argumento que dichos sujetos no tienen un derecho total a usar o disfrutar la renta que reciben.

En ese borrador se vuelve a hacer énfasis en el derecho total a usar y disfrutar del ingreso, pero se explica que no habrá ese derecho cuando existan limitaciones impuestas por contrato o ley que lo obliguen a entregar el ingreso a otra persona. Además, se enfatiza en que las limitaciones generalmente serán determinadas por documentos legales, pero que también pueden establecerse de acuerdo con los hechos y circunstancias que permitan demostrar que en lo sustancial, antes que en la forma, no se cuenta con el derecho absoluto a usar y disfrutar del ingreso.

Finalmente se establece que el beneficiario efectivo no es necesariamente la persona física que tiene el último control sobre una entidad, acuerdo o capital; significado otorgado al término en otros instrumentos internacionales, como por ejemplo en el contexto del GAFI (Grupo de Acción Financiera Internacional)⁶⁴.

⁶¹ De acuerdo con el Artículo 25, apartado 2 del Convenio con Francia, para denegar los beneficios del Convenio, adicionalmente a que el perceptor de la renta no sea el beneficiario efectivo de ésta, se requiere que la operación le permita al beneficiario soportar una carga impositiva más baja sobre dicho ingreso que él habría soportado si hubiera percibido directamente de ese ingreso. Sin embargo, este doble requisito no debería aplicar en el caso de los artículos de dividendos, intereses y regalías, ya que el encabezado del Artículo 25, apartado 2 inicia con la frase “sin perjuicio de las disposiciones de cualquier otro artículo del Convenio...”.

⁶² Párrafo 12.1 del Comentario al Artículo 10 del Modelo OCDE.

⁶³ Borrador del Párrafo 12.4 agregado en el Borrador al Comentario al Artículo 10 del Modelo OCDE. 2011.

⁶⁴ Borrador del Párrafo 12.6 agregado en el Borrador al Comentario al Artículo 10 del Modelo OCDE. 2011.

Otro tipo de cláusulas anti-abuso han sido desarrolladas en el informe sobre Convenios de Doble Tributación y el uso de compañías instrumentales (1986). Ahí se desarrollan algunos mecanismos para hacer frente al problema del uso de compañías instrumentales, creadas con el objetivo de obtener los beneficios de un Convenio suscrito por el Estado en donde se ubicará a la compañía. Estos mecanismos y la referencia al Informe citado, son incluidos en los Comentarios al Artículo 1 del Modelo OCDE⁶⁵.

Entre estos mecanismos, se encuentra el del “levantamiento del velo”, como una de las soluciones más radicales que pueden ser incluidas en los Convenios, a efectos de enfrentar el problema comentado. Bajo esta figura, se aplicará los beneficios del Convenio a una compañía sólo si ésta es de propiedad de personas residentes del Estado en donde la compañía es a su vez residente.

La cláusula del “levantamiento del velo” ha sido incluida en los Convenios con España y los Países Bajos, en el artículo de dividendos. Su aplicación es parte de las condiciones previstas para reconocer la exención de los dividendos en el Estado de la fuente. Sólo en estos dos Convenios se ha previsto la posibilidad de que los dividendos distribuidos estén exentos en fuente, bajo ciertos requisitos. En todos los demás Convenios, sólo hay una reducción en la tasa impositiva.

En ese sentido se prevé que la empresa que recibe los dividendos y que se considera residente en uno de los Estados contratantes, a efectos de no ser objeto de imposición en el Estado fuente (donde está la empresa que distribuye los dividendos), debe ser propiedad directa o indirecta de residentes en cualquiera de ambos Estados. Los Convenios establecen un porcentaje mínimo de esta participación, y se complementan con excepciones de buena fe.

El uso indebido o abusivo del Convenio puede ser atacado, también, a través de una cláusula anti-elusiva más general, por la que se niegue los beneficios del Convenio cuando las transacciones han sido efectuadas con el objetivo principal de beneficiarse de éste. El principal problema en su aplicación será de prueba, porque corresponderá a las Administraciones Tributarias demostrar la intención u objetivo señalado.

El Convenio con España incluye esta cláusula general en el Protocolo VIII (C) pero sólo limitado a los artículos de dividendos, intereses y regalías. Asimismo, el Convenio con Francia la incluye en el Artículo 25, apartado 1.

El Convenio con Corea contiene en el Artículo 27 una cláusula anti-elusiva que combina la figura del “levantamiento del velo”, con la del objetivo principal de beneficiarse del Convenio. Sin embargo, su aplicación se encuentra limitada a los artículos 10 (Dividendos), 11 (Intereses), 12 (Regalías), 13 (Ganancias de Capital) y 21 (Otras Rentas).

⁶⁵ Párrafos 13 a 20 de los Comentarios al Artículo 1.

Otra cláusula anti-elusiva que ha sido recogida en algunos Convenios, es la de exclusión de entidades que tiene por objetivo denegar los beneficios del Convenio a determinadas entidades que disfrutaran de regímenes preferenciales en su país de residencia. Su objetivo es evitar la doble no imposición que podría surgir si la entidad no está sujeta en uno de los Estados contratantes por razón del CDI y tampoco lo está en el otro Estado por razón de los beneficios de la ley interna.

Esta cláusula ha sido incluida en el Convenio con España (Protocolo VII) para los fideicomisos, fundaciones de interés privado (cuando no se pueda obtener información sobre los beneficiarios y renta distribuida), organizaciones no gubernamentales. También se aplica la exclusión a las entidades bajo el régimen SEM en Panamá. Si bien en este último caso no se hace referencia a estas entidades con nombre propio, sí se alude a su concepto o ámbito de aplicación, con el siguiente texto:

“VII. No será de aplicación los artículos 6 al 22 del Convenio:

- 1) A las entidades residentes en un Estado Contratante cuando las rentas obtenidas estén exentas en ese Estado como consecuencia de que los servicios prestados surten sus efectos en el exterior, salvo cuando estén relacionados con actividades de almacenaje o manufactura cuando estas se desarrollan en ese Estado.”*

La Ley N°41 creó el Régimen especial para el establecimiento y la operación de sedes de empresas multinacionales (SEM). De acuerdo con el artículo 21 de esta Ley, las empresas poseedoras de una licencia de sede de empresa multinacional⁶⁶ estarán exentas del pago de Impuesto Sobre la Renta de la República de Panamá, por los servicios brindados a entidades de cualquier naturaleza domiciliadas en el exterior que no generen renta gravable dentro de Panamá. Ahora bien, la descripción prevista en el Protocolo podría incluir también a las empresas dedicadas a almacenaje que se encuentran ubicadas en la Zona Libre de Colón y cuya actividad se relaciona con operaciones cuyo destino final no será Panamá, sino fuera por la exclusión expresa que se hace en el Protocolo citado.

El Convenio con los Países Bajos también tiene una cláusula de exclusión de entidades pero es mucho más general. El Artículo I del Protocolo establece que serán las Autoridades Competentes de los Estados quienes por acuerdo amistoso, decidirán en qué medida un residente de uno de los Estados que está sujeto a un régimen especial, no tendrá derecho a los beneficios del Convenio.

Junio, 2012

⁶⁶ De acuerdo con las definiciones previstas en el Artículo 3 de la Ley, una sede de empresa multinacional es aquella que empresa multinacional que desde Panamá realiza operaciones dirigidas a ofrecer los servicios señalados en la Ley, a su casa matriz, a sus subsidiarias, a sus filiales o compañías asociadas, o que fije su casa matriz en Panamá.