

# **EL *TREATY SHOPPING* Y LAS CLÁUSULAS ANTIABUSO**

**Luis Guillermo Morales-Arias**



---

## EL TREATY SHOPPING Y LAS CLÁUSULAS ANTIABUSO

LUIS GUILLERMO MORALES-ARIAS<sup>1</sup>

*Que otros se jacten de las páginas que han escrito;  
a mí me enorgullecen las que he leído.*

**Jorge Luis Borges – Un lector  
Elogio de la sombra (poemas), 1969**

### Resumen

El presente artículo analiza, de manera general, el concepto y las diversas modalidades de *treaty shopping* como forma de abuso de los convenios para evitar la doble imposición, y las herramientas para combatirlo a la luz de las cláusulas generales antiabuso contenidas en el Modelo de Convenio de la Organización para la Cooperación Económica y el Desarrollo (OCDE) para evitar la doble imposición sobre la renta y el capital, así como desde la óptica de las medidas antielusión o antiabuso previstas en las legislaciones internas de los Estados contratantes, con particular énfasis en el principio de la prevalencia de la sustancia sobre la forma (*substance over form*) —creación del derecho anglosajón, pero cada vez más extendido a otros sistemas jurídicos—, y en los eventuales conflictos entre la legislación tributaria interna y las cláusulas de los convenios. Posteriormente, se contextualizan estos temas para el caso colombiano, donde escasamente existen cinco convenios suscritos, de los cuales apenas dos han entrado en vigor. Asimismo, se destaca la ausencia de normas generales antiabuso en nuestra legislación, al igual que el incipiente y casi nulo desarrollo legislativo, jurisprudencial y doctrinario de aquel principio en nuestro derecho interno, intentando exponer posibles alternativas para suplir este vacío acudiendo a algunas soluciones propuestas desde la perspectiva del derecho comparado.

---

1 Abogado de la Universidad de Los Andes; diploma en International and Comparative Law, The Center for American and International Law (CAIL), University of Texas at Dallas; Especialista en Tributación, Universidad de Los Andes; Especialista en Finanzas, Universidad de La Sabana. Actualmente se desempeña como consultor privado, miembro de la firma Payán, Urdaneta & Co. Abogados, Bogotá.

## EL *TREATY SHOPPING* Y LAS CLÁUSULAS ANTIABUSO

### 1. Introducción

La interacción del derecho interno y el derecho internacional es una de las cuestiones que genera conflictos en la problemática de la tributación internacional. El tema que nos proponemos desarrollar en este trabajo es uno de los primeros problemas que se puede presentar en esta materia, ya que conlleva la determinación del primer presupuesto en cuanto a la aplicación de los convenios para evitar la doble imposición, como es el aspecto personal de su alcance. Pero no es el único aspecto de conflicto cuando nos encontramos frente al tema del *treaty shopping*, ya que también puede presentarse otra cuestión relevante como el *treaty override*<sup>2</sup>. Además, también involucra a la problemática de la interpretación en la aplicación de los convenios, referida a cómo deben leerse éstos y a cómo definir las rutas para llegar a la dilucidación de un problema de tributación internacional. El derecho constitucional, herramienta primera para demarcar la prevalencia de unas normas sobre otras, y también los principios de derecho internacional público en la aplicación de los tratados internacionales, son dos pilares fundamentales frente al asunto de si puede o no prosperar el cuestionamiento sobre la aplicación de un tratado a la luz de la doctrina de la realidad económica (conocida en el derecho anglosajón como *substance over form*) y el *treaty shopping*.

La indagación profunda y exhaustiva de todos estos temas está, sin duda, por encima de los objetivos de este trabajo, además, por supuesto, de su dificultad. Sólo nos contentaremos con presentar algunas de las cuestiones más relevantes que se han suscitado en esta interesante problemática —cada día más desarrollada, en atención a la natural evolución de la tributación internacional— y en las herramientas legislativas y los tratados internacionales que intentan poner coto a los abusos, pero que muchas veces se encuentran a punto de traspasar los límites que existen entre los derechos del Estado y los de los contribuyentes.

2 Situación que se presenta cuando los Estados promulgan legislación que anula o pasa por encima de lo que se ha acordado en el tratado respectivo. Véase al respecto OCDE, *Treaty Override*, 2/11/89; y sobre la actual situación en Europa, Vogel, Klaus, "New Europe Bids Farewell to Treaty Override", *Bulletin for International Fiscal Documentation*, vol. 58, núm. 1, 2004, p. 5.

## 2. El alcance personal de los convenios

Antes de referirnos al tema en discusión, debemos detenernos un instante a revisar los postulados iniciales para la aplicación de los convenios a fin de evitar la doble imposición internacional. Si vamos a ver cuáles son los casos en que se puede impugnar su aplicación, qué mejor que repasar primero cuál es la fórmula básica para dicha aplicación.

El Capítulo I del Modelo de Convenio de la Organización para la Cooperación Económica y el Desarrollo (OCDE) para evitar la doble imposición sobre la renta y el capital<sup>3</sup> justamente se define como “Ámbito de aplicación del convenio” o “Alcance del convenio”, y contiene sólo dos artículos: el primero, referido a quiénes, resulta aplicable, y el segundo a los impuestos cubiertos por él. El primero se conoce, en la muy didáctica clasificación de Baker<sup>4</sup>, como el artículo del “alcance personal”, el cual prevé que “Este convenio se aplica a las personas residentes de uno o de ambos Estados Contratantes”.

Por lo pronto, se deben cumplir dos condiciones fundamentales para que alguien pueda pretender aplicar un convenio: 1) que se trate de una persona, y 2) que además sea residente de uno o de los dos Estados contratantes. Parecería que cumpliendo estos dos requisitos no cabría duda acerca de la aplicación del convenio en cuestión. Estamos ante dos conceptos —persona y residente— que están definidos en el convenio, quizás no con la amplitud que se necesita para solucionar todos los casos que se presentan en la práctica, pero sí al menos aportando los elementos necesarios para comenzar el camino de su dilucidación. El primero de ellos, definido en el artículo 3, “comprende las personas físicas, las socie-

3 *OECD Model Tax Convention on Income and on Capital*, cuya última actualización, aprobada por la OCDE el 17 de julio de 2008, es la base fundamental de los gobiernos de todo el mundo para la negociación de los tratados a fin de evitar la doble imposición, incluso para los países que no son miembros de dicha organización. La versión en inglés, tanto del Modelo como de sus Comentarios, puede consultarse en <http://www.oecd.org/dataoecd/14/32/41147804.pdf>. La versión en español está muy desactualizada.

4 Baker, Philip, *Double Taxation Conventions and International Tax Law*, 2 ed., London, Sweet & Maxwell, 1994, p. 15. Esta clasificación divide a las cláusulas de alcance, definición, sustantivas, para evitar la doble imposición, antielusión y misceláneas.

dades y cualquier otra agrupación de personas”; el segundo, definido en el artículo 4, requiere una revisión de la legislación interna respecto de la sujeción a impuestos en ese país<sup>5</sup>.

Si se trata de aplicar el test de alcance personal de un individuo que ha vivido toda la vida en Colombia, donde trabaja y paga sus impuestos, o una sociedad anónima con trayectoria en el país y eventual cotización de sus acciones en el mercado público de valores, no cabrá duda de que estamos frente a supuestos que califican para la aplicación. Pero no todos los casos son así, y es en estos otros donde podría presentarse al menos la duda acerca del cumplimiento del test. Incluso existen situaciones conflictivas acerca del cumplimiento del test de alcance personal sin que esté en juego la cuestión del *treaty shopping*. En efecto, la aplicación de los convenios a sociedades de personas o *partnerships*<sup>6</sup>, a los fideicomisos o *trusts* y, eventualmente, a entidades sin ánimo de lucro, forma parte de los supuestos donde no existe un consenso internacional acerca de la aplicación de los beneficios derivados de los convenios<sup>7</sup>.

### 3. ¿Qué se entiende por “*treaty shopping*”?

Existen distintas definiciones de *treaty shopping*. No cabe duda de que se trata de un concepto muy subjetivo, por lo que no hay un alcance unívoco del término. van Weeghel<sup>8</sup>, quien se dedicó en profundidad a

5 El artículo 4 del Modelo de Convenio dice: “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, está sujeta a imposición en el mismo por razón de su domicilio, residencia, sede administrativa o cualquier otro criterio de naturaleza análoga [...] Sin embargo, esta expresión no incluye a las personas que están 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”.

6 Véase al respecto el documento de la OCDE, “The Application of the OECD Model Tax Convention to Partnerships”, *Issues in International Taxation*, núm. 6, 1999, y los párrafos 2 a 6.7 de los Comentarios de la OCDE al artículo 1, que incorporan las conclusiones de aquel documento.

7 Quizás por esta razón el convenio suscrito por Canadá y Colombia fue explícito en incluir a los fideicomisos y a las sociedades de personas dentro de la definición del término “persona”, lo cual no ocurrió en los convenios celebrados por nuestro país con España, México, Chile y Suiza.

8 van Weeghel, Stef, “The improper use of tax treaties”, Series on international taxation, núm. 19, Kluwer, 1998, p. 119 (traducción libre del autor).

esta problemática, dice que el término “connota una situación en la cual una persona que no tiene derecho a los beneficios de un convenio hace uso —en el más amplio significado de la palabra— de un individuo o una persona jurídica a efectos de obtener esos beneficios del tratado que no están disponibles directamente”.

El International Bureau of Fiscal Documentation (IBFD), en su siempre útil *Tax Glossary*<sup>9</sup>, lo define como:

el análisis de cláusulas de un convenio entre países a efectos de estructurar una transacción internacional con el propósito de tomar ventaja de un particular convenio (con la intención de minimizar impuestos). El término es normalmente aplicado a situaciones en las cuales al menos una de las partes no es un residente de buena fe de un país del cual se busca protección conforme al convenio; por ejemplo, cuando un contribuyente residente en un país que tiene la intención de intervenir en otro país no efectúa una inversión directa en ese país sino que utiliza una serie de compañías conductoras ubicadas en varias jurisdicciones para verse favorecido por los beneficios de los convenios en los países en cuestión. Por ende, el contribuyente está habilitado para reclamar beneficios fiscales a los cuales no podría de otra manera tener derecho.

Si bien las definiciones citadas no son iguales, tienen una gran similitud acerca de las situaciones que deberían mínimamente presentarse para que se caiga en el instituto en cuestión: por lo pronto, la inexistencia inicial de una estructura jurídica que permita acceder al convenio y, en segundo lugar, la búsqueda de esa compañía conductora que permitirá acceder a los beneficios. Justamente esa “búsqueda” es la que da lugar al concepto de “*shopping*” como requerimiento intencionado de ir a “comprar” una jurisdicción o empresa conductora. La cuestión es determinar dónde se corta esa línea entre el libre derecho de colocarse en la situación impositiva más conveniente y la postura abusiva que se pretende reprimir: ¿hasta dónde llegan los compromisos internacionales y cuándo puede la ley interna regular o limitar la estructura legal que ha adoptado el contribuyente, ya sea aplicando el principio de la realidad económica (*subs-*

9 *International Tax Glossary*, 2 ed., IBFD, Amsterdam, 1992. Post scriptum: en su 6 y última edición revisada del año 2009, p. 453, aparece textualmente la definición de van Weeghel, que ya había sido adoptada íntegramente por el IBFD desde la 4 ed. del *Tax Glossary* del año 2001. Cfr. Holmes, Kevin, *International Tax Policy and Double Tax Treaties*, Amsterdam, IBFD, 2007, p. 361.

*tance over form*) u otro? Ciertamente, como dice Vogel<sup>10</sup>, es una máxima bien establecida del derecho tributario que los contribuyentes son libres de administrar sus asuntos económicos de la manera que consideren más beneficiosa para ellos. La cuestión es, ¿cuándo pueden esos derechos ser abusivos o considerarse limitados, y bajo qué circunstancias?

#### 4. Algunas formas típicas de *treaty shopping*

El Modelo de Convenio OCDE contiene un capítulo específico en los Comentarios al artículo 1 relativo al uso inapropiado de los convenios (parágrafos 7 a 12 *ibíd.*). Es así como al referirse a las tentaciones sobre abuso del derecho a las que podría enfrentarse un contribuyente, menciona el caso en el cual una persona —sea o no residente de un Estado contratante— actúa a través de una entidad legal creada en un Estado para obtener beneficios fiscales a los cuales no podría acceder directamente (parágrafo 9 *ibíd.*).

Las sociedades conductoras son una de las formas identificadas como *treaty shopping*. La OCDE publicó un trabajo sobre este tipo de sociedades<sup>11</sup> en el cual ejemplificó así estas situaciones: una sociedad residente en el Estado A recibe dividendos, intereses o regalías del Estado B. Conforme al convenio entre los Estados A y B, la sociedad reclama que está total o parcialmente excluida de retención de impuesto en el Estado B. La sociedad es de propiedad de un residente de un tercer Estado, sin derecho a los beneficios de un convenio entre los Estados A y B. Fue creada con la intención de tomar ventaja de estos beneficios del convenio, y con este propósito los activos y derechos que generan los dividendos, intereses o regalías fueron transferidos a ella. La renta es más o menos exenta de impuestos en el Estado A, por ejemplo en el caso de los dividendos, en virtud de un régimen de casa matriz-subsidiaria previsto en la legislación interna del Estado A o en el convenio entre A y B.

Esta ejemplificación de la OCDE bien puede considerarse desde el momento en que la sociedad del tercer Estado (C), que tiene una participación en B, decide aportar sus acciones a una sociedad del Estado A al

---

10 Vogel, Klaus, *Klaus Vogel on Double Taxation Conventions*, Boston, Kluwer, 1991, p. 51.

11 OCDE, *Double Taxation Conventions and the Use of Conduit Companies*, Paris, 1987.



solo efecto de canalizar los dividendos a través de A, para que así fluyan desde el Estado B hasta el Estado C sin retención impositiva.

Uno de los primeros casos jurisprudenciales sobre *treaty shopping* fue el de un boxeador de Suecia, Ingemar Johansson, contra el gobierno de los Estados Unidos en 1964. Johansson viajó a Estados Unidos para pelear contra Floyd Patterson, campeón del mundo de peso pesado de esa época. El conflicto se planteó por la aplicación del convenio Suiza-Estados Unidos que pretendió utilizar el sueco Johansson, considerándose empleado de una sociedad suiza. La corte analizó la cuestión de la existencia de una sociedad suiza creada para canalizar los ingresos de Johansson derivados de las peleas, y desestimó su existencia. Indicó que no se violaban principios de derecho internacional con esta posición al rehusarse la exención a una persona que era sólo técnicamente —si es que lo era— empleado de una sociedad suiza “de papel”<sup>12</sup>.

Otra forma de *treaty shopping* conocida es la de las compañías trampolín o “*stepping stone strategies*”. Estos casos son conocidos como una forma de utilización inapropiada de convenios mediante erosiones de la base imponible. Funciona de esta manera: la sociedad residente en el país Z tiene un crédito contra una sociedad residente en el país Y. Entre éstos no existe convenio. Por lo tanto, los intereses pagados de la sociedad residente en Y a la sociedad en Z estarán sujetos a la retención regular conforme al derecho interno. Entonces, la sociedad Z decide cederle el crédito a una sociedad residente en el país W la cual, a su vez, le entregará a cambio un título de crédito a favor de la sociedad en Z contra la sociedad en W. Existe un convenio entre los países Y y W. De esa manera, la sociedad en Y le paga los intereses a la sociedad en W, quien incluye los intereses en su base imponible, pero tienen una carga fiscal neutra, pues se deducen los intereses pagaderos a la sociedad residente en Z, no sujetos a retención en el momento del pago.

Una situación muy similar a esta se presentó en un caso que terminó generando la denuncia del convenio vigente en aquel momento entre Estados Unidos y Honduras. En el caso *Aiken Industries, Inc. v. Commissioner* de 1970, se cuestionó la siguiente operación: ECL, una sociedad

12 Citado por Baker, ob. cit., p. 95.

de Estados Unidos, emitió un pagaré a MPI, una sociedad vinculada de las Bahamas. Luego esta sociedad transfirió el pagaré a una sociedad de Honduras (“Industrias”), recibiendo a cambio un pagaré suyo. Capital e intereses eran iguales en ambos pagarés. Al respecto, dijo el Tribunal Fiscal estadounidense que:

En estas circunstancias, donde la transferencia del pagaré de MPI contra ECL a Industrias —a cambio de los pagarés de Industrias— dejó a Industrias con el mismo monto de fondos ingresados y egresados, y donde MPI, ECL e Industrias eran todos miembros del mismo grupo societario, no podemos considerar que esta transacción tuviera ningún propósito económico o de negocios. Su único propósito fue obtener los beneficios de la exención establecidos en el tratado para los intereses pagados por una sociedad de Estados Unidos a una sociedad de Honduras. Si bien tal motivo de elusión fiscal no es inherentemente fatal para una transacción —ver “Gregory v. Helvering”— tal motivo por sí solo no es un propósito de negocios suficiente para sostener la transacción a efectos impositivos<sup>13</sup>.

## 5. El combate del treaty shopping mediante legislación del derecho interno y/o del derecho internacional. La posición de la OCDE. Cláusulas modelo para el combate a través de los convenios

¿Puede la normatividad del derecho interno —como por ejemplo el principio de la realidad económica o “*substance over form*”— ser aplicable para combatir el *treaty shopping*? Esta es una difícil pregunta, cuya respuesta no es uniforme ni siquiera en la propia historia de los Comentarios del Modelo de la OCDE, y que es actualmente muy debatida en la doctrina.

Existen dos normas plenamente aplicables, que siempre han sido tenidas en cuenta para la dilucidación de los conflictos que pueden llegar a presentarse entre normas de derecho interno y normas de derecho internacional. Ellas son los artículos 26 y 27 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados. El primero de ellos, que contiene el conocido principio *pacta sunt servanda*, prevé que “Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe”. Clara norma que, sumada al

<sup>13</sup> Traducción libre del autor. Véase Baker, ob. cit., p. 96. Y sobre el caso Gregory vs. Helvering, véase la nota de pie de página 30 del presente trabajo.

principio de supremacía aceptado en la mayoría de los países, genera una fuerte vocación de acatamiento del tratado sobre la ley interna.

El segundo de los artículos mencionados de la Convención de Viena tiene como título “El derecho interno y la observancia de los tratados”. En esta norma se consigna que “Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46”<sup>14</sup>. En algunos casos, valerse del derecho interno para modificar cuestiones acordadas en un convenio internacional puede derivar en un caso de *treaty override*, es decir, denegación de las obligaciones asumidas bajo el convenio recurriendo a normatividad de derecho interno.

Estos dos grandes pilares del derecho internacional público pueden generar una situación en la cual, cumplidas las condiciones previstas en los convenios, y siempre que no exista violación alguna de lo que en ellos se establezca, el Estado contratante no podría recurrir a una norma de derecho interno para limitar la aplicación de los mismos. Sin embargo, en el momento de traducir estos principios a la complicada hermenéutica de los convenios para evitar la doble imposición, se generan posiciones encontradas.

Los Comentarios de la OCDE decían en su versión anterior a enero de 2003 que:

El propósito de los convenios de doble imposición es promover, mediante la eliminación de la doble imposición, intercambios de bienes y servicios y el movimiento de capital y personas; ellos no deberían, sin embargo, ayudar a la elusión o evasión. Ciertamente, los contribuyentes tienen la posibilidad, más allá de los convenios de doble imposición, de explotar diferencias en niveles de impuestos entre los Estados y las ventajas proporcionadas por las leyes de varios países, pero les corresponde a los Estados respectivos adoptar las cláusulas en sus leyes internas para contrarrestar tales maniobras. Dichos Estados querrán entonces, en sus convenios bilaterales de doble imposición,

14 El artículo 46 se refiere a las disposiciones de derecho interno concernientes a la competencia para celebrar tratados, y establece que si al obligarse internacionalmente un Estado existe violación del derecho interno relativo a la mencionada competencia, no podrá ser alegada esa violación por dicho Estado como vicio de su consentimiento, a menos que sea manifiesta y afecte a una norma de importancia fundamental de su derecho interno.

que se preserve la aplicación de cláusulas de esta clase contenidas en su legislación interna<sup>15</sup>.

Luego de ejemplificar algunos casos de abuso y *treaty shopping*, se continuaba en el párrafo 10 de los Comentarios anteriores a enero de 2003:

Algunas de estas situaciones son tratadas en la Convención, p. ej., mediante la introducción del concepto del beneficiario efectivo (en arts. 10, 11 y 12) y de cláusulas especiales, para las llamadas compañías de artistas (§ 2, art. 17). Puede ser apropiado para los Estados contratantes acordar en negociaciones bilaterales que cualquier alivio de impuestos no debería aplicarse en ciertos casos, o acordar que la aplicación de ciertas cláusulas de derecho interno contra la elusión no debería ser afectada por el convenio.

De la transcripción de los párrafos anteriores resulta claro el alcance que se pretendía dar a las cuestiones de interacción de normatividad de derecho interno contra abusos: consignarlo en los propios tratados. El hecho de que fuera necesario incluir en un tratado que ciertas normas antielusión del derecho interno no deberían ser afectadas por el mismo tratado lleva a concluir que, ante la inexistencia de una cláusula de ese tenor, el derecho interno podría entrar en colisión con una cláusula del tratado que tuviera supremacía sobre la ley. Es así como los Comentarios incluyeron, en versión resumida, el tipo de cláusulas que deberían contener los convenios para contrarrestar ciertas prácticas de sociedades conductoras. Estas cláusulas modelo que aún rigen en la redacción actual de los Comentarios son las del *look through approach* o cláusulas de transparencia; las cláusulas de exclusión o *exclusion approach*; las cláusulas de sujeción a impuesto o *subject to tax approach*, y las cláusulas de canalización o *channel approach*.

El *look through approach* —“criterio de mirar a través”, o cláusulas de transparencia— es una solución que tiende a indagar quién está detrás de la sociedad cuya residencia en el Estado contratante da lugar a la aplicación del convenio que se pretende acreditar. Implica una revisión de la propiedad directa o indirecta de la participación en la sociedad objetivo. Por ello, se excluye de los beneficios del convenio a la utilidad respec-

<sup>15</sup> Comentarios OCDE al artículo 1 vigentes hasta enero de 2003, párrafo 7, traducción libre del autor.

tiva si la sociedad es de propiedad de, o controlada en forma directa o indirecta por, personas que no son residentes del Estado contratante en cuestión. Se recomienda definir el criterio para determinar la propiedad o el control que dan lugar a esta exclusión<sup>16</sup>.

Los propios Comentarios sugieren complementar esta cláusula con una de buena fe para prevenir situaciones de inequidad que se podrían presentar. La realidad es que una cláusula de transparencia aplicada en el marco de un gran grupo multinacional con diversas y efectivas sociedades en distintas partes del mundo, podría generar situaciones injustas al limitar o excluir de los beneficios del convenio a sociedades que, aun cuando estén controladas por sujetos de otros países, no cumplan condiciones subjetivas que justifiquen la denegatoria.

Uno de los aspectos que prevén los Comentarios es que los Estados contratantes adopten en la cláusula en cuestión la forma de determinar el criterio conforme al cual la sociedad será considerada de propiedad de, o controlada por, dichos sujetos no residentes. En efecto, la definición de control puede tener distintos presupuestos, y la propiedad no necesariamente implicará el 100% de la participación sino que, en algunos casos, con una participación menor también se podría llegar a generar la aplicación de esta cláusula de *look through*.

El Modelo hace alusión también a ciertas cláusulas que podrían establecer los Estados contratantes que tiendan o que estén destinadas a las entidades que se benefician de regímenes fiscales preferenciales. Este tipo de cláusulas tratan de evitar los beneficios obtenidos por sociedades que tienen ciertos privilegios en el país de la residencia y que, a través de acuerdos de conducción, dan lugar a prácticas fiscales dañosas. El *exclusion approach* es una de las formas para contrarrestar estas prácticas, y consiste en prohibir la aplicación del convenio a cierto tipo de entidades con origen en el respectivo país de residencia. Otra solución que sugieren los Comentarios es la inclusión de una cláusula de salvaguardia que se aplicaría a la renta recibida o pagada por tales compañías y la cual, a modo de ejemplo, podría establecer lo siguiente: “ninguna cláusula de esta convención que confiera una exención o una reducción de impues-

---

16 Parágrafo 13 de los Comentarios al artículo 1.

tos será aplicada a la renta recibida o pagada por una sociedad tal como se define en el artículo ... de la ley ..., o con arreglo a cualquier tipo de norma similar emitida por ... después de la firma de esta convención”. Los Comentarios indican que de esta forma el convenio tiende a poner un límite a la aplicación de sus cláusulas con respecto a cierto tipo de entidades con regímenes fiscales beneficiosos, estableciendo adicionalmente que el alcance de este tipo de cláusulas podría ser restringido a ciertos tipos de rentas, tales como dividendos, intereses, ganancias de capital u honorarios de directores<sup>17</sup>.

Se presentan también, en este caso, situaciones en las cuales no resulta posible establecer una identificación específica de aquellas entidades que tienen estos regímenes privilegiados; por tanto, la OCDE sugiere la utilización de cláusulas más amplias que apunten a negar los beneficios de la convención a entidades que de otra manera calificarían como residentes de un Estado contratante pero que se beneficiarían, en ese Estado, de un régimen preferencial restringido a entidades cuyos titulares son de un tercer Estado (es decir, no disponible para entidades que son de propiedad de residentes de ese Estado), y es así como sugiere una redacción de este tenor:

Cualquier sociedad, fideicomiso o *partnership* que sea residente de un Estado contratante y que sea efectivamente de propiedad de, o controlada directa o indirectamente por, una o más personas que no son residentes de ese Estado, no tendrá derecho a los beneficios del convenio si el monto de impuesto aplicable sobre la renta o capital de esa sociedad, fideicomiso o *partnership* por tal Estado (después de tomar en cuenta cualquier reducción o compensación del monto del impuesto de cualquier manera, inclusive un reembolso, contribución, descuento o deducción a la sociedad, fideicomiso o *partnership*, o a cualquier otro tipo de persona) es sustancialmente menor que el monto que hubiera sido aplicado por el Estado si todas las acciones del capital de la sociedad o todos los intereses en el fideicomiso o *partnership*, según el caso, fueran de propiedad efectiva de uno o más residentes de ese Estado<sup>18</sup>.

Claramente, este tipo de cláusulas pretende imposibilitar la aplicación de convenios para regímenes de exención aplicables a sujetos del Estado contratante que son de titularidad de sujetos de otros Estados.

---

17 Comentarios del artículo 1, parágrafo 21.

18 *Ibíd.*, parágrafo 21.2.

Otro tipo de cláusulas que suelen incluirse en los tratados para evitar situaciones de sociedades conductoras, son las que requieren la sujeción al impuesto de la renta en cuestión. Conocidas como *subject-to-tax provisions*, conforme a ellas los beneficios del tratado sólo serán utilizables si la renta está sujeta a impuesto en el Estado de la residencia. Los Comentarios prevén que, por diversas razones, el Modelo no recomienda este tipo de cláusula<sup>19</sup>. Una cláusula de este tenor podría redactarse de la siguiente manera: “Cuando la renta generada en un Estado contratante es recibida por una sociedad residente en el otro Estado contratante y una o más personas no residentes en ese otro Estado contratante: a) tienen directa o indirectamente o a través de más sociedades, de cualquier lugar que sean residentes, un interés sustancial en aquella sociedad, en la forma de participación o de cualquier otro modo, o b) ejercen directa o indirectamente, individual o conjuntamente, la dirección o control de tal sociedad, cualquier cláusula de este Convenio que otorgue una exención o una reducción de impuesto solamente será aplicable a la renta que esté sujeta a impuesto en el Estado contratante mencionado en último término, de conformidad con las reglas generales de su ley de impuestos”.

Los Comentarios prevén que la definición de ese interés sustancial pueda ser especificada en el Convenio en cuestión. En ese caso, los Comentarios sugieren la determinación de un porcentaje del capital o de los votos sociales de la compañía en cuestión.

La OCDE reconoce, por último, bondades y desventajas de este tipo de cláusula. Reconoce también que una cláusula de este tenor puede llegar a generar irrazonables consecuencias para situaciones con propósitos que no deberían ser cuestionados y, por eso, indica que sería bueno insertar cláusulas de buena fe para la aplicación de esos casos, dando así cierta flexibilidad. Pero también se reconoce que, en definitiva, este tipo de cláusulas no ofrece una adecuada protección contra esquemas de elusión como las estrategias de *stepping stone*, a las cuales nos hemos referido antes.

También ha sido discutida en el seno de la OCDE la posibilidad de concluir convenios con cláusulas que, de una manera más directa, ataquen

---

19 Comentarios al artículo 1, parágrafo 15.

casos puntuales de uso inapropiado de los tratados a través de compañías conductoras, y por eso se sugirió en este caso la denominada cláusula de canalización (*channel approach*), conforme al siguiente texto:

Cuando la renta originada en un Estado Contratante es recibida por una sociedad que es residente de otro Estado Contratante y una o más personas que no son residentes de ese otro Estado Contratante: a) tienen directa o indirectamente, o a través de una o más sociedades de donde sea que son residentes, un interés sustancial en tal sociedad en la forma de participación o de cualquier otro modo, o b) ejercite directa o indirectamente, sola o en conjunto, la dirección o el control de esa sociedad, cualquier cláusula de este Convenio que otorgue una exención o una reducción de impuesto no será aplicable si más del 50% de esa renta es utilizada para satisfacer reclamos de tales personas (incluyendo intereses, regalías, desarrollos, promoción y gastos de viaje y depreciación de cualquier tipo de activo de negocios, inclusive aquellos como bienes inmateriales o procesos)<sup>20</sup>.

Este tipo de cláusula trata de combatir los mencionados esquemas de *stepping stone* o uso de tratados a través de erosiones de la base imponible. Reconocen los Comentarios que Suiza y Estados Unidos han incluido a este tipo de cláusulas en algunos de sus tratados<sup>21</sup>. Tal como lo hemos mencionado, la existencia de este tipo de cláusulas como forma de evitar situaciones de abuso puede ser una solución a casos extremos como los planteados. Sin embargo, también es cierto que en la realidad práctica de los negocios, y sin que exista un ánimo especial de abusar del tratado, estas cláusulas pueden llegar a ser demasiado limitativas de situaciones de buena fe, donde se termina castigando a quien no se debería. Aquí podemos hacer nuestras las palabras de González:

Simplificando extraordinariamente el problema, podría llegarse a la siguiente conclusión: cuanto mayores sean las posibilidades que el ordenamiento ofrece para presumir la maquinación artificiosa, tanto más efectiva será la lucha contra el abuso de las formas jurídicas, sobre todo en su versión más peligrosa, que es el fraude a la ley tributaria, y en mayor peligro quedará sumida la seguridad jurídica de los administrados, y viceversa<sup>22</sup>.

20 *Ibid.*, parágrafo 17.

21 Cfr. artículo 21 del convenio entre Colombia y Suiza.

22 González García, Eusebio, "El abuso de las formas jurídicas en derecho tributario", en *Temas de Derecho Tributario Contemporáneo*, Bogotá, Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, Facultad de Jurisprudencia, 2006, p. 33.



Esto también se reconoce en los Comentarios. Es por ello que, aun cuando la OCDE menciona este tipo de cláusulas para contrarrestar situaciones anómalas, también considera que necesitan ser acompañadas por cláusulas que aseguren los beneficios de tratados cuando son otorgados en situaciones de buena fe. Estas últimas cláusulas son, por ejemplo<sup>23</sup>:

- a) *Cláusula de buena fe*: las cláusulas anteriormente previstas no serán aplicables cuando la sociedad establezca que su objeto principal, la conducción de sus negocios y la adquisición o tenencia de la participación u otra propiedad de las cuales la renta en cuestión es derivada, son motivados por reales razones de negocios y no tienen como propósito primario obtener beneficios fiscales bajo el Convenio.
- b) *Cláusula de la actividad*: las cláusulas anteriores no serán aplicables cuando la sociedad realice operaciones de negocios sustantivas en el Estado Contratante en el cual es residente, y el alivio de la tributación reclamado del otro Estado sea con respecto a la renta relacionada con tales operaciones.
- c) *Cláusula del monto de impuesto*: las cláusulas anteriormente previstas no serán aplicables cuando la reducción de impuesto reclamada no sea mayor que el impuesto efectivamente aplicable por el Estado Contratante del cual la sociedad es residente.
- d) *Cláusula del mercado de valores*: las cláusulas anteriores no serán aplicables a una sociedad que es residente de un Estado Contratante si su principal clase de acciones está registrada en un mercado de valores aprobado en un Estado Contratante, o si esa sociedad es de propiedad directa o indirecta de una sociedad residente en el Estado mencionado en primer término, cuya clase principal de acciones está asimismo registrada en tal mercado.
- e) *Cláusula del alivio alternativo*: en los casos donde una cláusula anti-abuso se refiera a los no residentes de un Estado Contratante, puede preverse que “no se considerará que incluye a residentes de terceros Estados que tienen convenciones de impuestos en vigor con el Estado Contratante del cual se obtiene el alivio que es reclamado bajo tales convenciones, y el alivio que se otorga no es menor que el alivio de impuesto reclamado con arreglo a esta Convención”.

---

23 Parágrafo 19 de los Comentarios al artículo 1.

El Modelo de Convenio también identifica la posibilidad de utilizar el criterio de la “limitación de beneficios”<sup>24</sup> como una forma de prevenir el abuso de los tratados. Esta es una óptica diferente para determinar cómo se aplican los convenios; es decir, ya no a la luz de las reglas del régimen general establecido en el artículo 1, conforme al cual toda persona residente en uno o ambos Estados contratantes tiene derecho al convenio en cuestión, y eventualmente se limita el acceso para algunas situaciones en distintas cláusulas del convenio. En el caso de la cláusula de limitación de beneficios, se habilita la posibilidad de utilizar el convenio solamente para aquellos sujetos que cumplan con alguno de los estrictos test que se establecen en esta cláusula. Como ejemplo se puede mencionar la cláusula que contiene el convenio para evitar la doble imposición entre México y Estados Unidos, en vigor desde 1994 (art. 17, Limitación de beneficios)<sup>25</sup>. El parágrafo 20 de los Comentarios al artículo 1 del Modelo OCDE también contiene un ejemplo detallado de este tipo de cláusula.

Estados Unidos es, precisamente, el país que tiene como modalidad y regla incluir este tipo de cláusulas a efectos de evitar que beneficiarios de terceros países con quienes Estados Unidos no ha suscrito sus convenios puedan, en definitiva, sacar provecho y canalizarlos a través de entidades ubicadas en países con los cuales Estados Unidos sí tiene convenios para evitar la doble imposición. Por ejemplo, las cláusulas de limitación de beneficios entre Estados Unidos con Japón, Francia u Holanda son algunas de las más complejas herramientas para prevenir el abuso de los tratados.

También la OCDE, en sus Comentarios, sugirió cláusulas modelo para aquellos convenios que tienen por intención denegar los beneficios en relación con la renta que está sujeta a baja imposición o, directamente, a ningún impuesto de conformidad con un régimen preferencial. En este caso, la cláusula en cuestión establece que no serán aplicables las cláusulas del convenio para las ganancias que puedan ser gravadas en un

24 Este es el sistema utilizado como regla por los Estados Unidos de América, y se encuentra incluso en su propio modelo de convenio. Véase Doernberg, Richard, y van Raad, Kees, *The 1996 United States Model Income Tax Convention. Analysis, Commentary and Comparison*, La Haya, Kluwer Law International, 1997.

25 El texto completo de este convenio se puede consultar en <http://www.unclefed.com/ForTax-Profes/Treaties/mexico.pdf>.

Estado contratante derivadas de actividades cuya ejecución no requiere sustancial presencia, tales como las financieras, marítimas, bancarias, de seguros, de comercio electrónico, de *management*, o coordinación o administración de sociedades, actividades que pueden dar lugar a renta pasiva, etc., cuando las leyes o prácticas administrativas de ese Estado establecen un régimen preferencial de imposición. Este tipo de cláusula también podrá prever cuál es el nivel de preferencia impositiva que genera un beneficio distintivo en relación con otros supuestos.

Otro tipo de cláusulas antiabuso previstas por la OCDE en sus Comentarios son aquellas que se refieren específicamente a algún tipo de renta en el país de la fuente. En este sentido, tales cláusulas pretenden limitar o excluir la aplicación de los beneficios para ítems de renta tales como dividendos, intereses, regalías u otras rentas cuando existe alguna relación de aprovechamiento de la situación, estableciendo que:

Las cláusulas de este artículo no serán aplicables si el propósito principal o uno de los propósitos principales de una persona en relación con la creación o cesión de las acciones o derechos, deudas o activos respecto de los cuales los dividendos, intereses o regalías u otras rentas son pagados, es tomar ventaja de este artículo por medio de tal creación o cesión<sup>26</sup>.

Esta es una típica cláusula antiabuso que requiere la demostración efectiva de la relación entre el objeto de la persona que da lugar a la generación de ese tipo de renta y la caracterización que se desprende de ese supuesto. Esto requerirá la demostración de que el objeto principal o uno de sus objetivos fue la generación del beneficio del convenio por sobre otros propósitos.

También existen cláusulas sugeridas por la OCDE orientadas a limitar la aplicación de regímenes preferenciales adoptados luego de la firma de la convención<sup>27</sup>. En este caso, se prevé una especie de connivencia del otro Estado contratante con motivo de la creación de regímenes beneficiosos *a posteriori* de la redacción pertinente y, al respecto, los Comentarios dicen que los Estados podrán desear prevenir el abuso de las conven-

26 Comentarios OCDE, artículo 1, parágrafo 21.4.

27 *Ibíd.*, parágrafo 21.5.

ciones que involucren normas adoptadas por un Estado contratante después de la firma de la convención. Por ende, se establece una cláusula que tiende a proteger al Estado contratante de tener que otorgar beneficios fiscales con respecto a rentas que obtienen ventajas de un régimen *off shore* especial creado después de que el convenio entró en vigencia. Y es así como esta cláusula establece que:

Los beneficios de los artículos 6 a 22 de esta convención no serán otorgados a las personas con derecho a cualquier beneficio fiscal especial según: a) una ley de cualquiera de los Estados que haya sido identificada en un intercambio de notas entre los Estados, o b) cualquier ley sustancialmente similar que fuera emitida en forma posterior.

La realidad es que parece un tanto utópico que los propios Estados contratantes acuerden limitar o excluir de los beneficios a los residentes de su país por legislación emitida por el propio Estado contratante. Y más aún, cuando se pretende que haya un intercambio de notas diplomáticas entre los Estados, identificando cuáles serían las leyes que generarían la limitación.

## **6. Las cláusulas antiabuso en los convenios para evitar la doble imposición suscritos por Colombia**

A diferencia de otros países latinoamericanos y por diversas razones, quizás técnicas, presupuestarias o políticas, cuando escribíamos estas frases Colombia había suscrito apenas un puñado de convenios (con España, Chile, Suiza, Canadá y México) y se encontraba negociando unos cuantos más con algunos otros países. De los ya celebrados, se encontraban en vigor solamente dos (con España y con Chile). El convenio con Suiza estaba siendo revisado por la Corte Constitucional; el convenio con México había sido suscrito unos pocos meses atrás (agosto 13 de 2009), y el convenio con Canadá, celebrado el 21 de noviembre de 2008, estaba surtiendo su trámite de aprobación por el Congreso Nacional.

Cubides resume así las medidas antielusión o antiabuso contenidas en algunos de los convenios suscritos por Colombia:

En el caso colombiano, la cláusula 21 del CDI con Suiza es una típica cláusula antiabuso, que tiene su fundamento en las cláusulas antiabuso propues-

tas por los comentarios al artículo 1 del Modelo de la OCDE. El artículo 27 del CDI con Chile contiene una cláusula de limitación de beneficios, que se inspira en el artículo 22 del Modelo de los E.U. Por su parte el CDI suscrito con España no trae ese tipo de cláusula, lo cual se puede explicar en las limitaciones que, desde la perspectiva del derecho comunitario Europeo, tiene España para su aplicación<sup>28</sup>.

Nosotros agregamos que la cláusula antiabuso del artículo 21 del convenio con Suiza sigue el enfoque de la canalización o *channel approach* previsto en el párrafo 17 de los comentarios al artículo 1 del Modelo OCDE, que pretende evitar la forma de *treaty shopping* conocida como *stepping stone strategy*, discutida en la Sección 4 supra (uso inapropiado de los convenios mediante erosiones de la base gravable a través de compañías trampolín), como reflejo de la legislación suiza contra el abuso de tratados por ciertos tipos de compañías helvéticas. Con test más complejos y estrictos que los del convenio colombo-chileno, las detalladas normas antiabuso del tratado suscrito con México (art. 26) también son similares a otras sofisticadas cláusulas de limitación de beneficios contenidas en los convenios celebrados por ese país, derivadas de la cláusula ya mencionada de su convenio con los Estados Unidos vigente desde 1994. Las cláusulas antiabuso del convenio celebrado con Canadá (art. 26) contienen el *exclusion approach* o cláusula de exclusión, de tipo más general, contemplada en el párrafo 21.2 de los comentarios al artículo 1 del Modelo de la OCDE.

En la mayoría de los convenios se ha incluido la famosa “cláusula del beneficiario efectivo” como forma de identificar al sujeto habilitado para recibir el beneficio derivado de la aplicación del convenio en muchas de sus cláusulas, particularmente respecto de renta pasiva. Asimismo, en algunos de los convenios se han incluido cláusulas de buena fe como las recomendadas por el párrafo 19 de los Comentarios al artículo 1 del

---

28 Cubides Pinto, Benjamín, “Los convenios para evitar la doble imposición”, en *El Impuesto sobre la Renta en el Derecho Comparado: reflexiones para Colombia*, Bogotá, Instituto Colombiano de Derecho Tributario, 2008, p. 165. Post scriptum: en su nueva obra *Normas y convenios para evitar la doble imposición internacional en el impuesto de renta y en el impuesto al patrimonio en Colombia*, Medellín, Centro de Estudios Tributarios de Antioquia, 2010, pp. 115 a 121, el mismo autor desarrolla el tema con mayor amplitud y esboza algunas dificultades prácticas que, en su opinión, tendrá la implementación de estas cláusulas en Colombia.

Modelo de la OCDE, a las que ya hicimos alusión en la Sección 5 anterior, con miras a que se garanticen los beneficios de los tratados no obstante la apariencia de situaciones anómalas cobijadas, en principio, por una cláusula antiabuso.

## 7. Cláusulas antielusión en el derecho interno y su eventual conflicto con los convenios. La posición de la OCDE

Los Comentarios<sup>29</sup> contienen dos preguntas que se generan con motivo del uso impropio de los tratados. La primera, de tipo general, está relacionada con todas las cláusulas que hemos comentado hasta ahora. Consiste en determinar si los beneficios de las convenciones deben ser otorgados cuando se llevan a cabo operaciones que constituyen un abuso de sus cláusulas. La segunda pregunta, que da lugar a un desarrollo doctrinario interesante, es aquella que cuestiona si ciertas cláusulas específicas o jurisprudencia de derecho interno de un Estado que tiende a prevenir el abuso de los tratados, entra en conflicto con los propios convenios. Es así como a partir del parágrafo 22 de los Comentarios al artículo 1 se trata la cuestión de otras formas de abuso de tratados y las posibles modalidades para lidiar con ellas, incluyendo cláusulas de sustancia sobre forma o realidad económica y cláusulas generales antiabuso del derecho interno. En particular, se plantea el interrogante de si estas reglas del derecho interno pueden generar conflicto con los tratados mencionados.

El principio de la realidad económica (*substance over form*) es una típica cláusula antiabuso relacionada con los supuestos mencionados. García señala que este principio, en cuanto mecanismo para afrontar la elusión fiscal por la vía interpretativa, es una creación de la jurisprudencia norteamericana de los años treinta, por lo que puede catalogarse como una técnica antielusiva propia de los sistemas de *common law*<sup>30</sup>. Para Altamirano<sup>31</sup>:

29 Artículo 1, parágrafo 9.1.

30 García Novoa, César, "Interpretación de los convenios de doble imposición internacional", en *Estudios de derecho internacional tributario*, Bogotá, Instituto Colombiano de Derecho Tributario, Legis, 2006, p. 56.

31 Altamirano, Alejandro C., "La regla del 'substance over form' y la influencia del derecho anglosajón sobre el derecho argentino", en José Osvaldo Casás (coord.), *Interpretación*

El concepto de sustancia (legal) individualiza o apunta a los derechos y obligaciones en una relación legal; por ejemplo, si una transacción debe caracterizarse como venta o alquiler. La función principal del concepto de la sustancia legal implica recurrir a la naturaleza de la operación para desentrañar si es simulada o errónea, con el fin de hacer recaer la obligación tributaria sobre el contribuyente.

El mismo autor, refiriéndose al caso argentino, enfatiza que la doctrina del *substance over form* tiene origen en un sistema legal (anglosajón) de una sensibilidad jurídica diferente a la de su país. Es por ello que, de admitirse su utilización como pauta hermenéutica para otros sistemas legales, debería privilegiarse el abanico de garantías constitucionales que el ordenamiento acuerda al contribuyente condicionando al Estado (principios de legalidad, generalidad, igualdad y capacidad contributiva), que contrabalancearían aquellas pautas hermenéuticas foráneas vigentes en ordenamientos jurídicos seguramente mejor entrenados para hacer un prudente uso de ellas.

En Colombia esta doctrina no ha tenido ni siquiera un desarrollo incipiente en materia de derecho tributario, a diferencia de otros países, incluso latinoamericanos<sup>32</sup>. Quizás el único caso contemplado en nuestra legislación fiscal —explícito aunque casuista, pero diferente de otras presunciones y ficciones legales previstas en el ordenamiento tributario— sea el artículo 690-1 del Estatuto Tributario<sup>33</sup> que, en palabras de Sanín, “mate-

---

*económica de las normas tributarias*, Buenos Aires, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 2004, pp. 465 y 502, donde se resume el paradigmático caso *Gregory vs. Helvering* del año 1934, punto de partida de numerosos fallos jurisprudenciales de la Corte Suprema de los Estados Unidos que se ocupan de la doctrina de la prevalencia de la sustancia sobre la forma en materia fiscal.

32 Por ejemplo Argentina, donde desde 1946 (siguiendo la legislación alemana de 1919 y 1933) se adoptó el principio de la realidad económica en la aplicación de la ley tributaria y existen presupuestos muy concretos para su procedencia, como la existencia de estructuras jurídicas inadecuadas que no sean manifiestamente las que el derecho privado ofrezca para llevar adelante el negocio económico que los sujetos en cuestión tienen intención de realizar (arts. 1 y 2, Ley 11.683, de Procedimiento Tributario).

33 Dice la norma: “En el caso de acciones que se enajenan a través de bolsa de valores, cuando la administración tributaria pruebe que la constitución de la sociedad, la transferencia de bienes a la misma o la venta de sus acciones, constituyeron un mecanismo jurídico para disminuir los impuestos que se hubieren generado de realizarse la operación económica real, determinará la renta o ganancia ocasional generada por dicha operación como la diferencia entre el precio de venta de las acciones y su precio de adquisición”.



realiza el principio aplicado en el derecho tributario anglosajón de ‘esencia o sustancia sobre forma’ y de que la verdad real (operación económica final) prima sobre la verdad formal (enajenación de acciones no gravadas), dejándose sin efecto la exclusión de tributación nominalmente contenida en el artículo 36-1 del Estatuto Tributario<sup>34</sup>. No conocemos ningún caso de aplicación práctica de aquella norma por parte de la administración de impuestos o de los jueces administrativos, aunque Sanín menciona que dicho artículo “trae a colación una prevalencia de la verdad real sobre la verdad formal, típica del sistema anglosajón, que ha venido siendo promocionada y argumentada por parte de la DIAN y del Consejo de Estado<sup>35</sup>. La norma en comento parece aún más inocua si se tiene en cuenta que está dirigida a empresas que negocian sus acciones en el mercado público de valores (o, eventualmente, a sus accionistas) y que, por razón de sus estrictos códigos de gobierno corporativo, con seguridad serán las que menos se presten para realizar operaciones elusivas como las que describe el artículo 690-1.

La parte motiva de una sentencia aislada de la Corte Constitucional bosquejó —sin ninguna consecuencia práctica— la doctrina de la prevalencia de la sustancia sobre la forma en materia tributaria, indicando que “pone en manos de la administración un arma poderosa para luchar contra los flagelos de la evasión y la elusión fiscales<sup>36</sup>, lo cual no pasó de ser un saludo a la bandera formulado hace casi dos decenios, o a lo sumo, como sugiere Cahn-Speyer, “un llamado al legislador para que estructure el texto de las leyes, de forma que se anuncie el resultado económico pretendido, tal como es la política en [...] otras naciones<sup>37</sup>. Ese llamado —añadimos nosotros— tampoco llegó a su presunto destinatario.

---

34 Sanín Bernal, Ignacio, *Un nuevo derecho societario: el propuesto desde el Estatuto Tributario*, Medellín, Biblioteca Jurídica Diké, 1999, p. 173.

35 Sanín Bernal, Ignacio, *Injerencia recíproca societaria y tributaria (Bitácora de un conversatorio)*, Medellín, Centro de Estudios Tributarios de Antioquia, 2007, p. 68.

36 Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-15 de 1993, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz, Gaceta de la Corte Constitucional, Tomo I, 1993, p. 221.

37 Cahn-Speyer Wells, Paul, *La defraudación fiscal y el fraude a la ley tributaria: luces y sombras*, ponencia presentada en las XXVIII Jornadas Colombianas de Derecho Tributario, *Memorias*, Tomo I, Bogotá, ICDT, 2004, p. 144.



Cubides<sup>38</sup> señala que, debido a la tradición jurídica colombiana y a su apego por el principio de legalidad, no ha sido posible desarrollar en nuestro país el principio de la realidad económica. Sugiere que en el derecho interno se dé “una mayor aplicación práctica al principio de prevalencia de la sustancia sobre la forma, contenido en el artículo 228 de la Constitución Política, sin que por esa vía se viole el principio de legalidad, pero creando herramientas expresas, a través de normas que reconozcan la posibilidad de desconocer el acto elusivo”. Para García,

la única manera de defender la aplicación desde el derecho interno del principio *substance over form* sería a partir de su incorporación a una cláusula general antielusión, prevista en el ordenamiento interno del Estado al que se efectúa la remisión. El problema se convierte entonces en un problema de aplicación de cláusulas antiabuso internas a situaciones de elusión derivadas de la aplicación del CDI<sup>39</sup>.

A falta de normas expresas como las que señalan los autores citados, quizás puede haber llegado la hora —con motivo de la entrada en vigencia y la aplicación práctica de los convenios suscritos por Colombia— de que en nuestro derecho tributario interno ocurra una verdadera transformación en esta materia a instancias de los así llamados “operadores jurídicos” competentes, con la debida ponderación y el juicioso análisis de los hechos y las pruebas en cada caso particular, similar a la que tuvo lugar en el derecho civil colombiano desde 1935 gracias a la profusa jurisprudencia sobre la teoría del abuso del derecho desarrollada por la Corte Suprema de Justicia a partir del artículo 2341 del Código Civil, en ausencia de normas exactamente aplicables a casos específicos, con base en el principio de interpretación legal consagrado en el artículo 8 de la Ley 153 de 1887<sup>40</sup>, siguiendo los lineamientos de la jurisprudencia y la doctrina francesas sobre el particular.

38 Cubides Pinto, Benjamín, ob. cit., p. 173.

39 García Novoa, ob. cit., p. 58.

40 “Artículo 8. Cuando no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulen casos o materias semejantes, y en su defecto, la doctrina constitucional y las reglas generales de derecho”. Post scriptum: en Chile, por ejemplo (país cuyo derecho civil no en vano es, en múltiples aspectos, idéntico al colombiano gracias a la impronta de don Andrés Bello), más allá de las reglas que prohíben la interpretación analógica en materia tributaria (también limitada en Colombia, sin mayor sustento jurídico, con el trillado pero pobre argumento de que las normas tributarias exceptivas son de aplicación

Cahn-Speyer<sup>41</sup>, en principio, no está de acuerdo con esta postura:

Se puede cuestionar si la figura del abuso de las formas jurídicas o fraude a la Ley podría ser aplicada en materia tributaria en Colombia sin necesidad de regulación fiscal, como sucede en otras ramas del Derecho. Si la Corte de Casación italiana consideró que ello no es viable por la relevancia que tiene el principio de reserva de Ley en materia impositiva, aun teniendo consagración en el ordenamiento civil, sería muy discutible que en Colombia sí fuese aplicable, tomando en consideración que el Código Civil no lo contempla, y que sólo obedece a un desarrollo jurisprudencial<sup>42</sup>.

Pero a renglón seguido expresa que el derecho no puede concebirse sin que la sustancia prime sobre la forma, es decir, sea carente de contenido, y efectúa unas muy válidas recomendaciones para preparar adecuadamente a la administración tributaria y a los jueces administrativos antes de adoptar alguna modalidad de cláusula general o sectorial antielusión<sup>43</sup>. Y concluye que “gústenos o no, Colombia tiene que prepararse, porque no puede continuar a espaldas del mundo y de ‘la evolución arrolladora del principio de la primacía de la sustancia sobre la forma’ en materia fiscal”.

restringida), y en ausencia de un principio general antiabuso en la normativa tributaria de aquel país, atendiendo a la carencia de reglas administrativas y jurisprudenciales sobre la materia, la discusión doctrinaria se ha centrado en determinar si las normas o los principios del derecho civil nacional relativos al fraude a la ley o al abuso del derecho, pueden o no ser aplicados para definir una norma general antiabuso en materia tributaria. Gutiérrez Puente, Carlos D. y Schudeck Díaz, Astrid, “Abuso de los convenios de doble imposición”, en *Derecho Tributario Global*, Revista del Instituto Latinoamericano de Derecho Tributario, 1/2010, Buenos Aires/Bogotá, Abeledo Perrot, enero de 2010, p. 76. Queda, pues, planteado el debate también para Colombia.

41 Cahn-Speyer Wells, ob. cit., pp. 151 a 155.

42 En el mismo sentido, Hoyos Jiménez, Catalina, “La cláusula antielusiva en Colombia”, *Revista Latinoamericana de Derecho Tributario*, 02, Caracas, ILADT, Ediciones Tributarias Latinoamericanas, 2006, p. 230, quien opina que “El principio general del fraude a la ley no puede ser aplicado en materia tributaria, porque el mismo no tiene una consagración expresa en nuestro ordenamiento y porque la elaboración jurisprudencial que ha habido en torno al mismo en otras ramas del derecho, a nuestro parecer, no puede ser extendida a materias tributarias”.

43 Véanse también, al respecto, las acertadas consideraciones de Lewin sobre la forma en que la legislación fiscal interna y las autoridades tributarias y judiciales colombianas deberían prepararse para la aplicación práctica e interpretación de los convenios de doble imposición ahora en vigor. Lewin Figueroa, Alfredo, *Notas acerca de la interpretación y aplicación de los convenios internacionales para evitar la doble imposición y su relación con la legislación interna colombiana*, XXXI Jornadas Colombianas de Derecho Tributario, *Memorias*, tomo I, Bogotá, ICDT, 2008, pp. 474 a 487.

Pero volvamos al tema que nos ocupa principalmente en este trabajo: el *treaty shopping* como forma de abuso de los tratados. Dada la importancia de la cuestión relativa a la interpretación de los convenios y su interacción con la ley interna —principio de la realidad económica— que tienen los comentarios del Modelo de la OCDE, y ante la inexistencia de una versión en español, transcribimos a continuación las partes relevantes en una traducción libre:

22. Otras formas de abuso de tratados (p. ej., el uso de compañías base) y posibles formas de lidiar con ellas, incluyendo “sustancia sobre forma”, “sustancia económica” y reglas generales antiabuso también han sido analizadas, particularmente en lo que concierne a la cuestión de si estas reglas pueden generar conflictos con convenios de doble imposición, que es la segunda pregunta mencionada en § 9.1 arriba<sup>44</sup>.
- 22.1. Tales reglas son parte de las normas de derecho interno establecidas por las leyes de impuestos para determinar cuáles hechos dan lugar a una responsabilidad fiscal; estas reglas no están referidas en los tratados de doble imposición y no están, por lo tanto, afectadas por ellos. Por ende, como regla general, teniendo en cuenta lo determinado en § 9.5<sup>45</sup>, no habrá conflictos. Por ejemplo, en la medida en que la aplicación de las reglas a las que se refiere el § 22 dé lugar a una recharacterización de la renta o a una redeterminación del contribuyente que se considera que obtiene tal renta, las cláusulas de la convención serán aplicadas teniendo en cuenta estos cambios.
- 22.2. Mientras estas reglas no entren en conflicto con los convenios de doble imposición, hay un acuerdo consistente en que los países miembros deberían observar cuidadosamente las obligaciones específicas derivadas o previstas en los convenios de doble imposición para otorgar alivio a la doble imposición en la medida en que no haya clara evidencia de que los tratados estén siendo materia de abuso.

Lo mencionado anteriormente se complementa con el párrafo 9.6 de los Comentarios al artículo 1, que se refiere a la necesidad de incluir

44 En el párrafo 9.1 se consignan las dos preguntas indicadas precedentemente.

45 El párrafo 9.5 prevé que “Es importante notar, sin embargo, que no debería asumirse a la ligera que un contribuyente está llevando a cabo este tipo de transacciones abusivas referidas anteriormente”.

cláusulas antiabuso en los convenios aun a pesar de la existencia de cláusulas generales antiabuso en el derecho interno. Es así como se sostiene que:

La potencial aplicación de cláusulas generales antiabuso no significa que no haya necesidad de incluir, en los convenios para evitar la doble imposición, cláusulas específicas tendientes a prevenir formas particulares de elusión. Cuando las técnicas específicas de elusión han sido identificadas o cuando el uso de tales técnicas es específicamente problemático, será usualmente útil adicionar al convenio cláusulas focalizadas directamente en la estrategia elusiva relevante. Esto será necesario también cuando el Estado que adopta la posición descrita en § 9.2 arriba, considera que su legislación interna carece de reglas o principios antiabuso necesarios para enfrentarse apropiadamente a tal estrategia.

Tal como lo hemos mencionado, existe en los Comentarios un cambio con respecto a la posición de la OCDE en cuanto a si las cláusulas antiabuso de derecho interno pueden entrar en conflicto con las obligaciones asumidas en los tratados. Antes de 2003 la OCDE no era categórica en esta posición.

Para Brian Arnold<sup>46</sup>,

la posición del comentario del artículo 1º (en cuanto a que no hay conflicto entre los tratados y las cláusulas antiabuso de derecho interno) yace en la proposición básica de que las reglas antiabuso de derecho interno establecen los hechos a los cuales los tratados se aplican. Esta proposición básica está sujeta a cuestionamiento.

En ese profundo trabajo se trae a colación el ejemplo de un caso canadiense<sup>47</sup>. Al decir de Arnold, el análisis del tribunal fiscal canadiense estuvo de acuerdo con los nuevos Comentarios, ya que se aplicó una

46 Arnold, Brian, "Tax Treaties and Tax Avoidance: The 2003 Revisions to the Commentary to the OECD Model", *Bulletin for International Fiscal Documentation*, vol. 58, núm. 6, 2004, p. 244, traducción libre del autor.

47 "RMM Canadian Enterprises Inc. and Equilease Corporation v. The Queen", 1CTC 2300 (TCC), 1998, en el cual una sociedad de Estados Unidos vendió sus acciones a una sociedad canadiense como forma de evitar la carga tributaria sobre los resultados acumulados en dicha sociedad, si se hubieran distribuido como dividendos. Las autoridades fiscales aplicaron una regla antielusión canadiense y trataron a las ganancias derivadas de la venta

regla antielusión de derecho interno para establecer que la ganancia era en realidad un dividendo a efectos fiscales canadienses. Si bien no contamos con todos los antecedentes del caso, podría ser relevante conocer los detalles de la operación ya que, como regla, no es lo mismo jurídicamente desprenderse de las acciones que recibir un dividendo, aun cuando en Canadá parece que se entendió como abuso por parte de la propia regla de derecho interno. En principio, este caso no resultaría compatible con la norma antiabuso colombiana del artículo 690-1 del Estatuto Tributario, ya comentada.

En el trabajo de Arnold se discuten en forma profunda las distintas reglas que surgen a partir de los Comentarios y, en particular, la implicación que tiene lo indicado en el párrafo 9.5 citado en cuanto a la utilización del principio según el cual los beneficios del tratado no deberían ser negados, salvo que uno de los objetivos principales de la transacción sea obtener beneficios del tratado en circunstancias que no estén de acuerdo con sus propósitos. En este sentido, se menciona que el principio se entiende como una especie de test que debe ser cumplido antes de que los beneficios puedan ser denegados, actuando de tal manera como una cláusula antielusión contenida en el propio tratado, ya que surgiría mediante este Comentario como una regla principal para la aplicación de los tratados en forma general y, en tal caso, la relación entre la cláusula y las reglas antielusión de derecho interno será más dificultosa de lo que sugería el Comentario revisado del artículo 1. Así, se indica que si la cláusula antiabuso de derecho interno es lo mismo que la regla del tratado, ello no generaría ninguna dificultad en cuanto a la aplicación o interacción. Cualquier transacción que ofenda a la regla interna también ofendería al tratado; pero si la regla de derecho interno no contiene un test de propósito, el problema no es, como el Comentario lo indica, si el tratado entra en conflicto con la regla de derecho interno, sino si se satisfacen los dos test. Si el tratado es cumplido, pero se aplica la regla de derecho interno, no hay abuso del tratado. Este análisis es perverso, destaca el autor citado, porque contradice la clara intención de los Comentarios para que los tratados no entren en conflicto con reglas de derecho interno.

---

de acciones como un dividendo, en la medida en que el producido de la venta excedía el capital integrado de las acciones; por ende, le aplicaron la retención del 10% sobre el dividendo presunto prevista en el tratado.

Por eso Arnold cuestiona el lugar en el cual se incluyeron los Comentarios (parágrafo 9.5). En nuestra opinión, pareciera ser que los Comentarios establecen en el parágrafo 9.5 un principio general para la aplicación de los convenios, pero que no necesariamente entra en conflicto con los principios sentados a partir del parágrafo 22, donde prevén que la existencia del tratado no entra en conflicto *per se* con las medidas antielusión del derecho interno.

La nueva tendencia de los Comentarios relativos a esta interacción puede ser interpretada de distintas formas, e incluso trae para Arnold consecuencias negativas, dependiendo de la diferente visión respecto de los efectos de la aplicación de doctrinas antielusión tales como sustancia frente a forma, y las reglas antiabuso generales del derecho interno. Así es como sostiene que el argumento para la aplicación del nuevo criterio de los Comentarios puede basarse en la óptica de la OCDE de lo que llama “la visión de los hechos” (donde las normas antielusión del derecho interno se aplican para establecer los hechos sobre los cuales se determina la responsabilidad fiscal), y el criterio sustentado por Arnold de la interpretación, conforme al cual las normas antiabuso del derecho interno no son más que principios de interpretación bajo los cuales se aplica la norma del derecho tributario interno solamente para operaciones con sustancia económica o propósito de buena fe comercial. Por ende, en este criterio la cuestión de si los tratados pueden evitar la aplicación de la normatividad antielusión de derecho interno se transforma en una pregunta respecto de cómo deben interpretarse los tratados.

La posibilidad de utilizar cláusulas antielusión de derecho interno en el contexto de la aplicación de un tratado no es un tema nuevo. La supremacía constitucional de los convenios para evitar la doble imposición por sobre la legislación interna no sería, *per se*, un factor decisivo para negar la aplicación de las normas antielusión en el contexto de un convenio, siempre que su aplicación —generalmente permitida bajo una interpretación amplia del artículo 3.2 del Modelo OCDE<sup>48</sup> y reglas similares de los

---

48 “Para la aplicación del Convenio en cualquier momento por un Estado contratante, todo término o expresión no definida en el mismo tendrá, a menos que de su contexto se infiera una interpretación diferente, el significado que en ese momento le atribuya la legislación de ese Estado relativa a los impuestos que son objeto del Convenio, prevaleciendo el significado atribuido por la legislación fiscal sobre el que resultaría de otras ramas del derecho de ese Estado”.

convenios suscritos por Colombia— no constituya una violación al texto y al propósito del tratado y/o a las obligaciones del Estado al cual se le atribuye jurisdicción tributaria en el marco del convenio.

Este es, a nuestro juicio, el *quid* para la dilucidación de esta cuestión, donde los principios de la Convención de Viena, la supremacía de los tratados sobre la ley interna y los principios aplicables para la interpretación de los tratados bien pueden, en algunos casos, permitir que se utilicen las normas antiabuso de un derecho interno para determinar el tratamiento fiscal aplicable, pero no por ello es posible sostener que siempre las normas antielusión deben inexcusablemente ser utilizadas. Las reglas generales de interpretación y aplicación de los convenios también cuentan aquí, y mucho. La ya antigua discusión acerca de cuál ley debe utilizarse para establecer el significado de un término (la del país de la fuente o la del país de la residencia) a fin de determinar el tratamiento fiscal conforme al convenio, es un tema —aunque con algunas dispares opiniones— muy bien reseñado por Avery Jones<sup>49</sup>, quien concluye que corresponde utilizar el significado del país de la fuente, que es el que primero aplica el convenio. Este es un aspecto que se debe tener en cuenta en la problemática bajo análisis, pues si el país de la fuente aplica su normatividad antielusión de derecho interno para denegar ciertos beneficios, la cuestión es si el país de residencia también aceptará esta posición en el momento de aplicar el tratado. Indudablemente, la falta de coincidencia entre los Estados puede dar lugar a situaciones de doble imposición.

Finalmente, otra de las cuestiones principales que se generan a partir de los cambios en la posición de la OCDE en cuanto a la interacción entre el derecho interno y el derecho internacional es la determinación de los efectos que tienen los Comentarios respecto de convenios firmados precedentemente y los nuevos tratados. Respecto de los nuevos tratados suscritos por aquellos países que en su momento efectuaron observaciones a los mismos, tales como Bélgica, Irlanda, Luxemburgo, los Países Bajos, Portugal y Suiza, está claro que continúan con una posición que convalida la existencia de un conflicto entre normas de derecho interno

49 Avery Jones, J. F., "The 1992 OECD Model Treaty: Article 3(2) of the OECD Model Convention and the Commentary to it: Treaty Interpretation", *European Taxation*, vol. 33, núm. 8, 1993, p. 252.



antiabusivas y cláusulas del convenio. El resto de los países, tal como lo indica Arnold, no se tienen que preocupar por incluir cláusulas específicas en sus tratados, ya sea para preservar la aplicación de las cláusulas antielusión de derecho interno en el contexto de los tratados, o para asegurar que esos tratados no sean abusados. El comentario al artículo 1 establece que tales cláusulas explícitas no son necesarias. Sin embargo, la OCDE mantiene en sus Comentarios al artículo 1 la mención de que para ciertos tipos de maniobras elusivas es conveniente o necesario incluir cláusulas específicas antielusión, y por eso aquellos países que las han incluido en sus tratados difícilmente dejan de establecer tales cláusulas específicas.

A *contrario sensu* de lo que dice Arnold, pareciera que en forma clara para el pasado, es decir, para los tratados concluidos con anterioridad, no se aplica la posición de la OCDE en cuanto a la inexistencia del conflicto. Sin embargo, más adelante establece que la aplicación de los cambios a los Comentarios de la OCDE a los tratados existentes es, como regla general, un tema controvertido y que, por tanto, será aún más controvertido con relación a las cuestiones de antiabuso<sup>50</sup>. Sostiene Arnold que la revisión a los Comentarios configura una alteración dramática de la relación entre los tratados y las normas de derecho interno que no puede ser considerada como una mera clarificación. Por esta razón, un cambio tan importante en la interpretación y aplicación de los convenios no puede generar sino un punto de inflexión para el futuro, pero no podría de ninguna manera violentar situaciones del pasado ya consolidadas.

## 8. Conclusión

La problemática acerca de la aplicación de la normatividad antielusión en las operaciones internacionales es una de las cuestiones siempre vigentes en el derecho tributario internacional. Evitar situaciones de abuso ha sido desde antaño planteado por la OCDE con el fin de llegar a una tributación equitativa, que promueva el intercambio de bienes y servicios, y los movimientos de capital y de personas, pero preservando el Estado de derecho, sin erosionar injustamente la base recaudatoria. La inclusión

---

50 Véase, adicionalmente, Avery Jones, J. F., "The Effects of Changes in the OECD after a Treaty is Concluded", *Bulletin for International Fiscal Documentation*, núm. 56, 3, 2002, p. 102.



de cláusulas antiabuso en los convenios también ha sido promovida, pero la realidad indica que muchos países no han tenido la política de adoptarlas. La interacción entre las normas antielusión de derecho interno, los principios de la Convención de Viena, los principios constitucionales de un Estado y los principios universales para la interpretación y aplicación de los convenios, no siempre es considerada de la misma manera por los contribuyentes o las administraciones de uno u otro Estado. Los abusos son perniciosos cuando son cometidos por cualquiera, ya sea el contribuyente o la administración. Por ello, si bien como regla general no puede existir a priori un impedimento para aplicar las normas antielusión del derecho interno a situaciones internacionales, incluso con convenios, ello no puede significar una patente de corso para el avasallamiento de derechos y la inexacta interpretación de los convenios. Muchas veces el principio de la realidad económica (*substance over form*) puede ser forzado para incluir en él situaciones no previstas, y al amparo de la “sustancia sobre la forma” se pueden ignorar estructuras jurídicas apropiadas que están manifiestamente disponibles conforme al derecho privado. Por eso estará en el intérprete que en su momento corresponda tener presentes todos estos principios; y si bien los Comentarios de la OCDE son siempre una fuente de derecho —con mayor o menor fuerza dependiendo del país de que se trate—<sup>51</sup> tampoco pueden, al amparo de los mismos, forzarse los principios rectores en materia de interpretación y aplicación de convenios por mero afán recaudatorio.

---

51 Para una discusión amplia de este punto, véase García Novoa, César, *La relación entre los convenios de doble imposición y la normativa tributaria interna. Problemas de interpretación jurídica de los convenios*, XXXI Jornadas Colombianas de Derecho Tributario, *Memorias*, Tomo tomo I, Bogotá, ICDT, Bogotá, 2008, especialmente las pspp. 558 et seq. ss.

