

PLANIFICACIÓN FISCAL DE LAS TRANSFERENCIAS INDIRECTAS *OFFSHORE* DE ACTIVOS INMOBILIARIOS: *TREATY SHOPPING* Y ARBITRAJE DE INVERSIONES

Begoña Pérez Bernabeu

Catedrática de Derecho Financiero y Tributario

Universidad de Alicante

(España)

<https://orcid.org/0000-0003-0311-7338>

Title

Tax planning for indirect offshore transfers of real estate assets: treaty shopping and investment arbitration

Resumen

No resulta novedoso que los grupos societarios multinacionales recurran a las transferencias indirectas offshore de activos inmobiliarios como parte de sus controvertidas operaciones de planificación fiscal, aprovechando las dificultades que su gravamen entraña para el Estado de la fuente. Sin embargo, recientemente los contribuyentes han incluido en sus operaciones de planificación fiscal a los Acuerdos para la Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones para reforzar su posición frente al Estado de la fuente y facilitar la elusión fiscal, incluyendo en sus actuaciones de treaty shopping también a estos instrumentos jurídicos que tradicionalmente involucraban únicamente a los Convenios para evitar la Doble Imposición.

Palabras clave

Transferencia indirecta *offshore*, bien inmueble, Acuerdos para la Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones, Convenios de Doble Imposición, planificación fiscal, Estado de la fuente, arbitraje internacional de inversiones.

Abstract

It is not new for multinational groups to use indirect offshore transfers of real estate assets as part of their controversial tax planning, taking advantage of source States' difficulties in taxing the capital gains arising from such transactions. More recently, however, taxpayers have included Bilateral Investment Treaties in their tax planning strategy to strengthen

their position vis-à-vis the source State and to facilitate tax avoidance by including these legal instruments in their treaty shopping operations, which traditionally involved only double taxation treaties.

Keywords

Offshore indirect transfer, real estate, Bilateral Investment Treaties, Double Taxation Treaties, tax planning, source state, international investment arbitration.

Fecha de recepción: 3-11-2024 /Fecha de aceptación: 8-1-2025

Cómo citar: Pérez Bernabeu, B. (2025). Planificación fiscal de las transferencias indirectas offshore de activos inmobiliarios: Treaty shopping y arbitraje de inversiones. *Revista Técnica Tributaria*, (149), 41-78.

SUMARIO

1. La tributación de las transferencias indirectas offshore de activos inmobiliarios: principales obstáculos para la exigencia del gravamen
 - 1.1. Las transferencias indirectas offshore de activos inmobiliarios como instrumento de planificación fiscal
 - 1.2. Obstáculos que encuentra el gravamen a las transferencias indirectas offshore de activos inmobiliarios: problemas de naturaleza jurídica
 - 1.3. Obstáculos que encuentra el gravamen a las transferencias indirectas offshore de activos inmobiliarios: problemas fácticos
2. El papel de los APPRIs en la estrategia de planificación fiscal del contribuyente en las operaciones de transferencias indirectas offshore de activos inmobiliarios
 - 2.1. La creciente relevancia de los APPRIs en el ámbito tributario
 - 2.2. El caso Vodafone v. India: la tributación retroactiva en el Estado de la fuente
 - 2.3. El caso Tullow v. Uganda: la imposición unilateral en el Estado de la fuente o Treaty override
3. Reflexiones finales
 - 3.1. La debilidad del derecho de imposición del Estado de la fuente: origen y causas del problema
 - 3.2. Fortalecimiento del derecho de imposición del Estado de la fuente: la necesaria reforma del actual marco jurídico
4. Bibliografía

1. La tributación de las transferencias indirectas offshore de activos inmobiliarios: principales obstáculos para la exigencia del gravamen

1.1. Las transferencias indirectas offshore de activos inmobiliarios como instrumento de planificación fiscal

Cuando un grupo societario es titular de un activo inmobiliario situado en un determinado territorio y desea transmitirlo puede o bien enajenar el bien (en cuyo caso estaríamos ante una transmisión directa) o bien puede transmitir las acciones o participaciones de la sociedad filial que es titular de dicho inmueble lo que implicaría, no una transferencia del bien inmueble en sí, sino del poder de control y disposición de dicho activo inmobiliario sin que el titular legal del inmueble cambiara formalmente lo que, en el fondo, implica una transmisión del activo subyacente (de manera que estaríamos ante una transferencia indirecta)¹.

Ya se instrumentalice la operación a través de un vehículo jurídico o de otro, en ambos casos se generaría una ganancia patrimonial que, en principio, debería ser gravada por el Estado de la fuente donde se ubica el inmueble de igual manera en ambos casos. Sin embargo, la realidad demuestra que no sucede así pues, si bien en los casos de transferencias directas del bien inmueble, el gravamen de la ganancia patrimonial derivada del cambio de titularidad del bien inmueble no presenta especiales problemas para el Estado de la fuente y es gravada por la mayoría de Estados, la situación es muy distinta en el caso de las transmisiones indirectas, respecto de las cuales debemos establecer una distinción en función de si la sociedad filial titular del bien inmueble y cuyas acciones o participaciones se transmiten es residente en el Estado de la fuente (en cuyo caso estaríamos ante una transferencia indirecta nacional)² o si no lo es (en cuyo caso se trataría de lo que se denomina una transferencia indirecta *offshore* o transnacional).

Mientras que las ganancias derivadas de las transferencias indirectas nacionales de activos inmobiliarios suelen ser sometidas a gravamen en el Estado de la fuente, las plusvalías ocasionadas por las transferencias indirectas *offshore* raramente se someten a gravamen en dicho Estado a pesar de que tanto el Modelo de Convenio de la OCDE como de la ONU atribuyen el derecho de imposición al Estado de la fuente a través de su artículo 13(4) como más adelante analizaremos en detalle. Ello se debe a que solo un 35% de la red mundial de Convenios para evitar la Doble Imposición (en adelante, CDIs) contienen esta previsión a lo que se une que muy pocos Estados materializan esta potestad

1 Sobre el concepto de transmisión indirecta y el fundamento y finalidad de su gravamen, véase RIBES RIBES, A. (2017), «Transmisión indirecta de acciones como instrumento de elusión fiscal», *Fiscalidad Internacional y Negocios Transnacionales*, nº 5, pp. 83-118.

2 En relación con este supuesto véase BÁEZ MORENO, A. (2019), «Transferencias indirectas de sociedades residentes y convenios de doble imposición en Iberoamérica» en A. Báez Moreno; J. M. Castro Arango (Eds.), *Problemas de la tributación internacional en Iberoamérica: una visión desde los diez años de la OITI*, OITI y Universidad de Externado, pp. 653-682.

tributaria en su normativa interna, requisito imprescindible para poder someter a gravamen las rentas en dicho Estado³.

La consecuencia de esta ausencia de gravamen provoca que las transferencias indirectas *offshore* de activos inmobiliarios sean unas operaciones que facilitan las actuaciones de planificación fiscal al objeto de evitar el gravamen de la ganancia patrimonial en el Estado de la fuente donde radica el activo. Además, la elección de las transferencias indirectas como mecanismo de planificación fiscal normalmente va acompañada de la elección de un territorio extranjero para celebrar la operación de venta de las acciones o participaciones y, con cierta frecuencia, también se acompaña de la radicación de las sociedades filiales intermediarias titulares del activo inmobiliario y cuyas acciones se van a transmitir en una jurisdicción fiscal de baja o nula tributación que tiene un Acuerdo para la Promoción y Protección de las Inversiones (APPRI) firmado con el Estado de la fuente.

Desde el punto de vista fiscal, el resultado de esta operación es, por un lado, que formalmente se evita la generación de una ganancia patrimonial en el Estado de la fuente donde radica el inmueble a la par que se consigue eludir o reducir considerablemente el gravamen aplicable a la ganancia generada por la operación en el Estado de residencia de la filial transmitente donde se realiza la operación debido a su baja tributación o a los regímenes fiscales favorables.

Podemos ilustrar la primera situación en la que la sociedad filial se ubica en un territorio de baja tributación o jurisdicción no cooperativa con el caso que enfrentó a Uganda con las petroleras Tullow Uganda Limited y Heritage oil y Gas Limited Company (HOGL), residente esta última en Bahamas, que explotaban recursos petroleros ubicados en Uganda con motivo del impago del impuesto sobre las ganancias derivadas de una transferencia indirecta *offshore*.

El origen de esta controversia reside en la compra en 2010 de acciones de una sociedad residente fiscal en las Islas del Canal, filial de HOGL y que era titular de una explotación petrolífera en territorio ugandés por parte de Tullow por un importe de 1.450 millones de dólares. Las autoridades tributarias ugandesas exigieron el pago de un gravamen del 30% sobre las ganancias que ascendió a 434 millones de dólares.

Cuando las autoridades tributarias ugandesas exigieron el pago del gravamen sobre estas ganancias, HOGL recurrió ante los tribunales nacionales la exacción del impuesto y, además, cambió su residencia fiscal desde Bahamas a Mauricio para aprovecharse del CDI firmado entre Mauricio y Uganda en virtud del cual, el derecho de imposición sobre las ganancias de la operación corresponde en exclusiva a Mauricio. Como este territorio no aplica ningún gravamen sobre este tipo de ganancias, la intención de HOGL era (según la información

3 PLATAFORMA DE COLABORACIÓN EN MATERIA TRIBUTARIA (2020), *Tributación de las transferencias indirectas transnacionales: una guía práctica*, p. 7, disponible en www.tax-platform.org/sites/pct/files/publications/Guía%20práctica%20para%20la%20implementación%20de%20obligaciones%20documentales%20eficaces%20en%20materia%20de%20precios%20de%20transferencia%20en%20países%20en%20desarrollo.pdf

conocida en la filtración de los Papeles de Panamá)⁴ evitar toda imposición sobre la operación.

Una situación similar se produjo en la controversia surgida entre Namibia y las sociedades mineras Paladin Energy y China National Nuclear Corporation (CNNC). En este caso, Paladin Energy, una sociedad residente en Australia, era titular —a través de su filial namibia Langer Heinrich Uranium Ltd., controlada por otra sociedad residente en Mauricio llamada Langer Heinrich Mauritius Holding Limited (LHMHL)— de una explotación minera situada en Namibia y en 2014 vendió el 25% de las acciones de Langer Heinrich Uranium Ltd a China National Nuclear Corporation (CNNC). El valor de la operación de venta de acciones, que tuvo lugar fuera del territorio de Namibia, ascendió a 173 millones de dólares, con un beneficio de 58 millones de dólares para la vendedora.

En este caso en concreto, la tributación de la plusvalía derivada de la venta de acciones resultó controvertida, pues aunque el CDI firmado entre Namibia y Mauricio atribuye el derecho de imposición sobre las ganancias derivadas de la operación exclusivamente a Mauricio, territorio que no aplica ningún gravamen nacional sobre las mismas, la Administración tributaria de Namibia exigió un tributo sobre las ganancias del 34% previsto en su Ley del Impuesto sobre la Renta aprobada tres años antes, en 2011. La exacción de este tributo fue defendida por las autoridades ugandesas sobre la base de la aplicación de una cláusula general antiabuso contenida en el artículo 95 de dicha ley que, según defendía la Administración tributaria ugandesa, resultaba aplicable al contribuyente pues la operación había tenido como objetivo eludir el pago de impuestos en Namibia.

Paralelamente, podemos ejemplificar la situación en la que se evita el gravamen tanto en el Estado de la fuente como en el Estado de residencia de la sociedad transmitente sin necesidad de radicar la filial en una jurisdicción de baja tributación con el caso de ConocoPhillips and Perenco v. Vietnam. En este caso, la sociedad ConocoPhillips UK (una sociedad del grupo estadounidense ConocoPhillips) vendió en 2012 sus dos filiales (ConocoPhillips Gama Limited and ConocoPhillips Cuu Long) con sede en Reino Unido y titulares de dos explotaciones petrolíferas situadas en Vietnam a la empresa Perenco Overseas Holding Limited, sociedad con sede también en Reino Unido y parte de la multinacional petrolera anglo-francesa Perenco. La operación de venta tuvo lugar fuera del territorio vietnamita y el precio total pagado por Perenco Overseas Holding Limited por ambas entidades fue de 1.300 millones de dólares, generando una ganancia de 896 millones de dólares para ConocoPhillips UK.

A pesar de que el CDI firmado entre Reino Unido y Vietnam prevé en su artículo 13, apartado 2(a) que las plusvalías generadas por operaciones con acciones cuyo valor de bienes inmuebles situados en uno de los Estados de los Estados contratantes pueden someterse a imposición en la jurisdicción en la que esté situado el bien inmueble, la normativa tributaria vietnamita vigente en 2012 no respaldaba este derecho de imposición. En concreto, la normativa vigente en ese año no establecía de forma clara e inequívoca un gravamen sobre las ganancias derivadas de transmisiones indirectas transnacionales de activos

4 ALENCAR, H. (2020), *Capital gains taxes and offshore indirect transfers*, OXFAM, p. 14.

inmobiliarios cuando la operación de venta de las acciones de las filiales había tenido lugar fuera del territorio de Vietnam⁵.

Lo llamativo del caso es que esta operación no sólo no tributó en Vietnam como Estado de la fuente, sino que tampoco tributó en Reino Unido debido a la aplicación del régimen fiscal conocido como «*substantial shareholder exemption*» en virtud del cual los beneficios por la venta de acciones en empresas filiales que reúnan ciertas circunstancias no están sujetos al impuesto sobre plusvalías en el Reino Unido. Por lo tanto, la operación no resultó gravada en ninguna jurisdicción⁶.

Estos ejemplos que hemos traído a colación no hacen sino evidenciar los importantes obstáculos que los Estados de la fuente tradicionalmente han venido encontrado en su lucha contra la planificación fiscal de los grupos multinacionales cuando pretenden atajar las actuaciones que incluyen transferencias indirectas *offshore*. Seguidamente analizaremos estas dificultades que el Estado de la fuente donde radica el activo inmobiliario encuentra para exigir el impuesto sobre la ganancia derivada de la transferencia indirecta *offshore* distinguiendo entre, por un lado, problemas de naturaleza jurídica, debido a la ausencia o deficiencia de sustento jurídico del gravamen y, por otro lado, problemas de naturaleza fáctica, ilustrando nuestro análisis con múltiples ejemplos ofrecidos por la práctica arbitral.

En un momento posterior de nuestro trabajo, nos centraremos en cómo estas dificultades se han visto incrementadas en los últimos años con el recurso por parte de los grupos societarios multinacionales al APPRI firmado entre el Estado de la fuente y el Estado de residencia de la filial transmitente, alegando una transgresión de la protección conferida por las cláusulas sustantivas de estos Acuerdos e iniciando un arbitraje internacional de inversiones.

1.2. Obstáculos que encuentra el gravamen a las transferencias indirectas offshore de activos inmobiliarios: problemas de naturaleza jurídica

En cuanto a los problemas relativos a la ausencia o deficiencia de base jurídica, resulta pertinente recordar que para que el Estado de la fuente tenga la potestad de gravar estas plusvalías es imprescindible, en cualquier caso, que la normativa tributaria nacional de dicho Estado contenga una previsión específica que prevea el gravamen de esta ganancia. A esto debe añadirse que resulta muy aconsejable para el Estado de la fuente que su derecho de imposición

5 A diferencia de lo establecido en la normativa tributaria vietnamita a partir de 2015, año en el que entró en vigor (sin efectos retroactivos) el Decreto 12/2015/ND-CP que estableció de forma clara e inequívoca a gravar las plusvalías derivadas de las transmisiones de acciones cuando el valor inmueble subyacente a la operación se encontrara en territorio vietnamita, con independencia de dónde se realizara la transacción, ALENCAR, H. (2020), *Capital gains taxes and offshore indirect transfers*, ob. cit., p. 16.

6 THANH HUYEN, D. (2021), Tax related investment arbitration. A critical view from a developing country's perspective». *Vietnam Law Magazine*, <https://vietnamlawmagazine.vn/tax-related-investment-arbitration-a-critical-view-from-a-developing-countrys-perspective-27534.html>

(materializado en su normativa tributaria) venga previamente reconocida de forma expresa por un CDI firmado con el Estado de residencia de la sociedad filial transmitente.

Por lo que se refiere a los CDIs, sin perjuicio de que la concreta redacción que pueda presentar el convenio aplicable al caso concreto presente variaciones, tanto el Modelo de Convenio de la OCDE como el de la ONU abordan la tributación de las ganancias procedentes de las transferencias indirectas transnacionales de inmuebles en sus respectivos artículos 13(4) estableciendo, con una redacción similar, una tributación compartida al prever que las ganancias derivadas de las transferencias indirectas de bienes inmuebles también pueden ser gravadas por el país en el que se encuentra ubicado el bien (además del por el Estado de residencia del transmitente).

La presencia de este apartado 4 es clave para el Estado de la fuente, puesto que ante su ausencia, el Modelo de Convenio de la OCDE atribuye el derecho exclusivo de imposición al Estado de residencia del transmitente en virtud de la cláusula residual recogida en el apartado 5 de este precepto que prevé que las ganancias derivadas de la enajenación de la propiedad de cualquier elemento no mencionado expresamente en el artículo 13⁷, sólo podrá ser gravadas en el Estado de residencia de la sociedad transmitente.

En el caso del Modelo de Convenio de la OCDE, el apartado 4 del artículo 13 se incluyó en el año 2003. En la redacción inicial de este precepto se preveía que las ganancias obtenidas por un residente de un Estado contratante en la enajenación de acciones, en las que más del 50% de su valor procedía, de forma directa o indirecta, de la propiedad inmobiliaria situada en el otro Estado contratante (Estado de la fuente), podían gravarse en el Estado donde se ubicaba la propiedad inmobiliaria.

Procede resaltar que la exigencia del 50% del valor se refiere al valor que el bien inmueble representa en el valor total del título que se vende y no al valor de la ganancia. Ello significa que el poder de imposición sobre toda la plusvalía puede asignarse a un Estado distinto del que obtiene la mayor parte de la ganancia⁸.

Para el cálculo de este valor deben tenerse en cuenta dos aspectos. El primero de ellos y más relevante exige que el activo subyacente a la transmisión

7 Téngase en cuenta que, junto con este apartado 4 que grava las ganancias procedentes de las transferencias indirectas de bienes inmuebles, el apartado 1 grava las ganancias derivadas de las enajenaciones directas de bienes inmuebles, el apartado 2, las derivadas de las enajenaciones directas de bienes muebles y el apartado 3 grava las ganancias originadas por la enajenación de buques y aeronaves. Una lectura detenida de este precepto revela que el Modelo de Convenio de la OCDE no prevé de forma expresa una norma de atribución de la potestad tributaria en el caso de las transmisiones indirectas de bienes muebles (como, por ejemplo, las licencias de explotación o los bienes que no sean considerados inmuebles según artículo 6 del Modelo de Convenio de la OCDE), por lo que las ganancias derivadas de estas transmisiones se verían incluidas en la regla del apartado 5 del artículo 13 del Modelo de Convenio de la OCDE.

8 Si bien la normativa doméstica podría limitar el gravamen sobre estos beneficios de una forma proporcional al valor del activo inmobiliario de manera que el Estado donde radica el inmueble no gravara la totalidad de la ganancia sino solo aquella parte proporcional al valor del bien inmueble que radica en su territorio, PLATAFORMA DE COLABORACIÓN EN MATERIA TRIBUTARIA (2020), *Tributación de las transferencias indirectas transnacionales: una guía práctica*, ob. cit., p. 36.

de acciones y del que proviene el valor de éstas en más de un 50% tenga la consideración de bien inmueble según lo dispuesto en el artículo 6 del Modelo de Convenio de la OCDE. Este precepto, aunque lleva a cabo una serie de precisiones sobre el concepto de bien inmueble a efectos del Convenio, se remite, principalmente, a la normativa interna del Estado impositor. El cumplimiento de esta primera exigencia es fundamental, puesto que si el activo inmobiliario que se transmite no tiene la consideración de bien inmueble a los efectos del citado artículo 6, las ganancias no podrán ser también gravadas por el Estado de la fuente donde radican sobre la base de este artículo 13(4), sino que serán gravadas únicamente por el Estado de residencia de la sociedad transmitente en virtud de lo dispuesto en el artículo 13(5).

En segundo lugar, y una vez constatado que se trata de un bien inmueble según el artículo 6 del Modelo de Convenio de la OCDE, es preciso calcular si el valor del derecho de participación que se transmite se deriva en más de un 50% de los bienes inmuebles situados en el Estado de la fuente. A tal fin debe procederse al cálculo de la proporción que representa el valor del inmueble transmitido respecto del valor de todos los activos inmobiliarios que tiene la sociedad transmitente sin tener en cuenta las deudas y otros pasivos. Para llevar a cabo este cálculo debe concretarse qué valor debe seguir el contribuyente, siendo los más habituales el valor contable o el valor de mercado del bien. A estos efectos, sería recomendable que el Estado de la fuente que va a gravar estas plusvalías ofreciera unas pautas sobre los métodos de valoración a seguir por el contribuyente junto a otras orientaciones de carácter práctico.

El hecho de que la atribución del poder tributario se hiciera depender de que el valor del derecho de participación se derivara en más del 50% del activo inmobiliario situado en el Estado de la fuente sin tener en cuenta las deudas o pasivos generaba un riesgo de manipulación de la valoración de este umbral del 50% a través de operaciones que, realizadas poco antes de la operación, supusieran una inyección de efectivos u otros instrumentos financieros ya fuera mediante préstamo o capital social o incluso activos financieros, como las acciones mediante una operación de recompra⁹. Con esta manipulación artificiosa se conseguiría modificar la atribución de la potestad tributaria, pues si no se supera ese 50% sólo el Estado de residencia de la sociedad transmitente podría gravar esa plusvalía, mientras que si se supera dicho porcentaje, se aplicaría la potestad compartida prevista en el artículo 13(4) y el Estado de la fuente podría gravarla.

Por ello, en 2017, al objeto de evitar esta posibilidad de alteración del umbral de valoración del 50% y en consonancia con la Acción 6 del Plan de Acción del Proyecto contra la erosión de bases imponibles y traslado de beneficios de la OCDE (en adelante, Proyecto BEPS), se cambió la redacción de este precepto introduciendo dos modificaciones principales.

Por un lado, dado que inicialmente el apartado 4 se aplicaba únicamente en el caso de la enajenación de acciones, se añadió en el texto del precepto la referencia a las «participaciones análogas» ampliando de esta forma el ámbito objetivo de aplicación de este precepto. Se trata de una ampliación que ya se preveía

9 PLATAFORMA DE COLABORACIÓN EN MATERIA TRIBUTARIA (2020), *Tributación de las transferencias indirectas transnacionales: una guía práctica*, ob. cit., p. 43.

en los Comentarios de este artículo en su párrafo 28.5 al ofrecer a los Estados la posibilidad de ampliar el ámbito de aplicación a las ganancias procedentes de la enajenación de las participaciones en otras entidades como sociedades de personas o fideicomisos, que no emiten acciones, siempre que el valor de esas participaciones proceda, de forma similar, principalmente de bienes inmuebles.

Por otro lado y al objeto de reducir el citado riesgo de manipulación de la valoración del umbral del 50%, se incluyó la prueba de los 365 días. Tras esta modificación, el artículo 13(4) del Modelo de Convenio de la OCDE permite someter a gravamen en el Estado de la fuente donde radican los activos inmobiliarios las ganancias obtenidas por un residente del otro Estado contratante derivadas de la enajenación de acciones o derechos asimilables, como derechos de participación en una sociedad colectiva o un fideicomiso si, en cualquier momento durante los 365 días anteriores a la enajenación, estas acciones o derechos de participación asimilables obtuvieron más del 50% de su valor, de forma directa o indirecta, de propiedad inmobiliaria, como se define en el artículo 6, situada en ese otro Estado.

Tal y como aclaran los Comentarios 28.7 a 28.10 a este artículo 13(4), los Estados pueden establecer la posibilidad de que el Estado de la fuente donde radique el inmueble reconozca la existencia de una pérdida (derivada de la transmisión indirecta) a los efectos de compensaciones de pérdidas reconocidas en su normativa tributaria doméstica o conceder exenciones a ciertas ganancias de capital como, por ejemplo, las ganancias derivadas de las transmisiones de acciones de sociedades que cotizan en bolsa, de acciones acontecidas en el marco de una reorganización empresarial, de acciones cuyo valor deriva de un bien inmueble donde se realizan sus propias actividades comerciales (si bien esta exención se prevé con menor frecuencia), de acciones en manos de fondos de pensiones o del derecho de participación de un pequeño inversor en un fideicomiso de inversiones inmobiliarias.

En relación con la exención aplicable a los casos de transmisión de bienes inmuebles afectos a actividades económicas, señala ALMUDÍ CID que rara vez se incluye en los CDIs firmados por España, si bien destaca este autor la Sentencia de la Audiencia Nacional 5530/2017 de 29 de septiembre de 2017 Recurso número 184/2016, en la que el tribunal alcanza una conclusión similar al resolver a favor de una sociedad residente en Luxemburgo entendiendo que la plusvalía obtenida por aquella no debía tributar en España pues lo que se transmitía era una actividad económica sustentada en inmuebles, no siendo atribuible la mayor parte del precio satisfecho a los inmuebles en sí sino al fondo de comercio correspondiente a la explotación económica llevada a cabo con dichos inmuebles.

Debe tenerse en cuenta que, dado que este artículo 13(4) se introdujo por primera vez en 2003, como ya hemos tenido ocasión de indicar, los CDIs anteriores no contendrán (salvo modificación posterior) esta regla de atribución del derecho de imposición al Estado de la fuente donde radica el bien. Además, incluso en los CDIs concluidos con posterioridad a 2003, es poco frecuente encontrar este apartado 4¹⁰. Esta falta de previsión implica que estos CDIs pueden ser

10 PLATAFORMA DE COLABORACIÓN EN MATERIA TRIBUTARIA (2020), *Tributación de las transferencias indirectas transnacionales: una guía práctica*, ob. cit., p. 41.

utilizados en las operaciones de planificación fiscal para eludir el gravamen por parte del Estado de la fuente. Además debe tenerse igualmente en cuenta que los CDIs firmados entre 2003 y hasta 2017 que presenten la redacción original propuesta por el Modelo de Convenio no evitan el riesgo de manipulación de la valoración del umbral de este 50% a través de operaciones que, realizadas poco antes de la operación, supusieran una inyección de efectivos u otros instrumentos financieros, por lo que podrían ser utilizados frente a CDIs que sigan la redacción actualizada de 2017 en operaciones de planificación fiscal para alterar artificiosamente la valoración de dicho umbral y evitar el gravamen en el Estado de la fuente donde radica el inmueble.

Por su parte, en el Modelo de Convenio de la ONU, el artículo 13(4) estuvo presente desde su primera versión de 1980, si bien también ha sufrido cambios en su redacción a lo largo del tiempo, especialmente en las versiones de 2011 y de 2017.

En la versión de 2011 el artículo 13(4) atribuía el derecho de imposición sobre las ganancias derivadas de la enajenación de acciones de capital de una sociedad o de la participación de una sociedad colectiva, fideicomiso o en los supuestos de sucesión de la actividad empresarial cuyo activo consistía en su mayoría, directa o indirectamente, en bienes inmuebles tanto al Estado de la fuente donde radicaban los bienes inmuebles como al Estado de residencia del transmitente.

El propio precepto aclaraba que el activo estaba constituido en su mayoría, directa o indirectamente, por bienes inmuebles cuando el valor de esos bienes inmuebles era un 50% superior al valor total de todos los activos de propiedad de la sociedad, sociedad colectiva o fideicomiso. Además, preveía unos supuestos de exención a los que no se aplicaban las disposiciones de este artículo 13(4).

Posteriormente, en 2017, la redacción de este precepto en el Modelo de Convenio de la ONU varió, siguiendo la misma redacción que adoptó en ese mismo año el Modelo de Convenio de la OCDE.

Cabe destacar que el Modelo de Convenio de la ONU es más ambicioso que el de la OCDE y, a diferencia de éste, somete también a gravamen en el Estado de la fuente las ganancias derivadas de transferencias indirectas de bienes que no son inmuebles. Para ello contiene un apartado 13(5) que no tiene equivalente en el Modelo de Convenio de la OCDE¹¹ y que amplía el poder de imposición del Estado de la fuente al atribuirle también (junto al poder de imposición del Estado de residencia del transmitente) la facultad de gravar las ganancias que no se recojan en el apartado 13(4) y que deriven de la enajenación de las acciones de una sociedad o derechos asimilables, como derechos de participación en una

11 Aunque es posible encontrar CDIs que siguen el Modelo de Convenio de la OCDE y que sí cuentan con esta previsión, como es el caso de los CDI firmados por China con Alemania, Singapur y Hong Kong cuya similar redacción prevé que las ganancias derivadas de la enajenación por un residente en un Estado contratante de acciones de una sociedad residente en otro Estado contratante pueden ser gravadas en ese otro Estado contratante si el transmitente fue, durante los 12 meses anteriores, el propietario, ya fuera de forma directa o indirecta, de, al menos, el 25% de las acciones de la sociedad, LORENZ & PARTNERS, NL216 Restructuring and capital gains tax (CGT) in China- an updates introduction and discussion, LORENZ & PARTNERS. <https://www.lorenz-partners.com/restructuring-and-capital-gains-tax-cgt-in-china-an-updated-introduction-and-discussion/>

sociedad colectiva o un fideicomiso, siempre que el enajenante, en cualquier momento durante el período de 365 días anteriores a dicha enajenación, tuviera una participación directa o indirecta de, al menos, un determinado¹² porcentaje en el capital de esa sociedad.

No obstante, como la Plataforma de Colaboración en materia Tributaria (PCT) advierte, aunque puede servir para atajar determinados mecanismos de elusión fiscal (como por ejemplo, ciertas estrategias de distribución de dividendos o cambio de residencia), dado que únicamente se aplica a la propiedad directa transnacional en tales entidades (puesto que este apartado no se aplica si intervinen intermediarios en la operación de enajenación, debiendo ser el titular de las acciones el enajenante directo), no es adecuado para garantizar el derecho de imposición del Estado de la fuente de las ganancias en el caso de las transferencias indirectas¹³.

En cualquier caso y como ya hemos prevenido en anteriores páginas de este trabajo, para asegurar el gravamen de estas ganancias, la **normativa tributaria doméstica** del Estado de la fuente debe contener las previsiones necesarias para materializar la potestad tributaria del Estado de la fuente sobre estas plusvalías, de lo contrario, las rentas no podrán someterse a gravamen en dicho Estado de la fuente.

Esta situación se ilustra con la operación llevada a cabo para adquirir Petro-Tech Peruana S.A, la tercera empresa petrolera de Perú, dedicada a la exploración, desarrollo, producción y procesamiento de hidrocarburos en este país y cuyo accionariado estaba en manos de la sociedad Offshore International Group Inc., una empresa residente en EEUU, con sede en Delaware. La petrolera estatal de Colombia, Ecopetrol y a la Compañía Nacional de Petróleo de Corea (KNOC) deseaban adquirir la empresa Petro-Tech; no obstante, para eludir un derecho de tanteo de una tercera empresa peruana sobre las acciones de Petro-Tech, la colombiana Ecopetrol y la coreana KNOC en lugar de adquirir directamente las acciones de Petro-Tech, optaron por comprar en 2009 la firma Offshore International Group Inc. La operación se cerró por un importe de 900 millones de dólares. Sin embargo, la normativa peruana vigente en aquel momento no gravaba las ganancias derivadas de la transferencia indirecta de acciones, por lo que la operación no resultó gravada ni en Perú ni tampoco en Delaware, debido a su beneficioso régimen fiscal, suponiendo a la transmitente un ahorro fiscal de aproximadamente 482 millones de euros¹⁴.

Al objeto de colmar estas lagunas normativas que perjudican el derecho de imposición del Estado de la fuente, la PCT propone dos esquemas o modelos de tributación que son los más frecuentemente previstos por los Estados en su normativa interna. Aunque lo normal es que el Estado de la fuente opte por uno de estos modelos, ambos modelos podrían ser utilizados por el mismo Estado si

12 Que no es concretado por el Modelo de Convenio de la ONU y que debe ser recogido en el CDI resultado de las negociaciones bilaterales

13 PLATAFORMA DE COLABORACIÓN EN MATERIA TRIBUTARIA (2020), *Tributación de las transferencias indirectas transnacionales: una guía práctica*, ob. cit., p. 37.

14 THANH HUYEN, D. (2021), *Tax related investment arbitration. A critical view from a developing country's perspective*. ob. cit.

bien estableciendo una norma de prelación entre ellos para evitar su aplicación concurrente¹⁵.

Según el primero de los modelos propuestos o Modelo 1 las transferencias indirectas *offshore* de acciones son tratadas fiscalmente como una enajenación (directa) implícita del activo subyacente en donde el contribuyente no es la entidad transmitente, sino la entidad que realmente posee los activos de los que las acciones derivan su valor. El esquema que esta opción plantea se completa cuando, en un segundo momento, se considera que el contribuyente vuelve a adquirir el activo a su valor de mercado cuando se produce un traspaso de control debido a la venta (en otro Estado) de las acciones.

Paralelamente, en virtud del Modelo 2, se grava al vendedor no residente al considerar que hay una transferencia efectuada por el vendedor real en el extranjero, pero se establece que la fuente de las ganancias derivadas de esta transferencia se localiza en el país del activo inmobiliario (cuando el valor del derecho de participación enajenado se deriva en su mayor parte, directa o indirectamente, de bienes inmuebles situados en ese país), permitiendo así que este Estado grave las ganancias.

En el caso español, el derecho de imposición sobre este tipo de rentas de España como país de la fuente donde radica el bien se recoge en el artículo 13.1.i. 3º del Real Decreto Legislativo 5/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de no Residentes. Este precepto, siguiendo el Modelo 2 propuesto por la PCT y que acabamos de comentar, somete a gravamen las ganancias patrimoniales derivadas tanto de la transmisión directa de inmuebles situados en territorio español (primer párrafo), como de la transmisión de derechos o participaciones en una entidad, residente o no, cuyo activo esté constituido principalmente, de forma directa o indirecta, por bienes inmuebles situados en territorio español (segundo párrafo) o que atribuyan a su titular el derecho de disfrute sobre bienes inmuebles situados en territorio español (tercer párrafo).

Junto al aseguramiento del derecho de imposición del Estado de la fuente, la PCT recomienda también completar la regulación del modelo elegido con una norma antiabuso ya sea general (GAAR, por su denominación inglesa *General Anti-Avoidance Rule*) o especial (SAAR, por su denominación inglesa *Specific Anti-Avoidance Rule*). La principal diferencia entre ambos tipos de normas antiabuso radica en que en el caso de una SAAR el contenido de la norma antiabuso se conoce de antemano, de manera que el contribuyente puede anticipar el resultado de su aplicación, mientras que el resultado de la aplicación de la GAAR sólo se conoce con posterioridad a la realización de la operación debido a que su redacción suele contener amplias declaraciones de principios.

En el caso de España, el legislador ha preferido optar por una cláusula antiabuso de carácter general o GAAR, siendo esta la prevista en el artículo 15 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria. No obstante, son reseñables las cláusulas antiabusos de otros países.

15 PLATAFORMA DE COLABORACIÓN EN MATERIA TRIBUTARIA (2020), *Tributación de las transferencias indirectas transnacionales: una guía práctica*, ob. cit., pp. 44-54.

La modificación introducida en el año 2012 en la Ley del Impuesto sobre la renta en India es un claro ejemplo de una SAAR al prever que *«any share or interest in a company or entity registered or incorporated outside India shall be deemed to be ... situated in India, if the share or interest derives, directly or indirectly, its value substantially¹⁶ from the assets located in India»*. Por lo tanto, en virtud de esta cláusula antiabuso específica, la transferencia de dichas acciones daría lugar a la realización de ingresos devengados o producidos en la India y gravables para un transmitente no residente.

Por su parte, China, siguiendo la habilitación recogida en el artículo 47 de su Ley del Impuesto sobre Sociedades, publicó en el año 2015 el conocido como *Announcement on Several Issues Relating to Corporate Income Tax (CIT) on Transfer of Assets between Non-resident Enterprises (STA Announcement nº 7)* que contiene una GAAR que especifica una serie de criterios administrativo según los cuales las autoridades fiscales chinas pueden determinar la sujeción a gravamen de una transferencia indirecta sobre la base de una evaluación a posteriori. Es decir, si las autoridades chinas consideran que la operación que lleva a cabo el contribuyente extranjero constituye un uso abusivo de las formas de organización o acuerdos indirectos para transferir la participación en el capital de una empresa residente china, y tales acuerdos carecen de un «propósito comercial razonable¹⁷» y se celebran para eludir las obligaciones del impuesto sobre la renta de las empresas, dicha operación será recalificada por las autoridades fiscales chinas como una transferencia directa de una sociedad residente china y gravada como tal.

Resulta interesante traer a colación la norma antiabuso peruana¹⁸ aplicable a partir de 2011 por cuanto adopta un enfoque mixto que reúne características tanto de las GAAR como de las SAAR en virtud de la cual se consideran rentas de fuente peruana las ganancias derivadas de la transferencia indirecta si se cumplen una serie de requisitos¹⁹ y también si la entidad no residente en Perú es residente en un paraíso fiscal o en una jurisdicción de baja tributación, a menos que pueda demostrarse que no se cumplen los requisitos exigidos en el resto de casos, recayendo la carga de la prueba de que no se cumplen los requisitos en el contribuyente, en caso de que la Administración tributaria peruana iniciara un procedimiento de inspección²⁰.

16 Se ha propuesto que «sustancialmente» se defina como el 50 por ciento o más del valor total de los activos de una empresa.

17 Sobre el concepto de propósito comercial razonable, fundamental en la aplicación de la GAAR china, véase KPMG (2016), «PRC non-resident Enterprise tax series: beneficial ownership & Indirect Disposals», KPMG. <https://assets.kpmg.com/content/dam/kpmg/cn/pdf/en/2016/09/beneficial-ownership-indirect-disposals.pdf>

18 Introducida por el artículo 2 de la Ley 29757 que modifica el texto único ordenado de la Ley del Impuesto a la Renta, aprobado mediante Decreto Supremo 179-2004-EF, respecto de la enajenación indirecta de acciones y participaciones representativas de capital.

19 Que el valor de mercado de las acciones de la sociedad peruana de propiedad directa o indirecta de la entidad no residente sea igual o superior al 50% del valor de mercado de todas las acciones acciones representativas del capital social de la entidad no residente («regla del 50% del valor de mercado») durante los 12 meses anteriores a la transferencia y que se haya producido una transmisión (o transmisiones) de acciones que representen el 10% o más del capital social de la entidad no residente dentro del período de 12 meses, correspondiendo a la Administración tributaria peruana demostrar que se cumplen estas condiciones en caso de iniciar un procedimiento de inspección.

20 Sobre la cláusula antiabuso peruana, véase RIBES RIBES, A. (2017), «Transmisión indirecta de acciones como instrumento de elusión fiscal», ob. cit., pp. 99 ss.

1.3. Obstáculos que encuentra el gravamen a las transferencias indirectas offshore de activos inmobiliarios: problemas fácticos

En cuanto a los problemas de orden fáctico, el primer obstáculo que encuentra el Estado de la fuente es, en muchas ocasiones, tan simple como el desconocimiento de que la operación se ha llevado a cabo, dado que tanto la sociedad propietaria de las acciones transferidas, como la sociedad adquirente son sociedades no residentes y, además, la venta de dichas acciones tiene lugar fuera de su territorio. Por este motivo, hay operaciones que no son objeto de gravamen debido, sencillamente, a la falta de conocimiento de la operación por el Estado de la fuente.

Este problema puede ser ejemplificado con los casos ConocoPhillips and Perenco v. Vietnam así como con la controversia surgida entre Rio Tinto y Mozambique. En el primero de los casos, la sociedad ConocoPhillips vendió a la empresa Perenco Overseas Holding Limited (sociedad residente en Reino Unido) sus dos filiales residentes en Reino Unido que eran titulares de acciones de dos explotaciones petrolíferas situadas en Vietnam. El Estado de la fuente, en este caso Vietnam, no fue informado de esta transmisión y tuvo noticia de la misma cuando, a la vista de los cambios introducidos en la denominación social por el nuevo propietario, las dos sociedades filiales transmitidas, solicitaron a Vietnam modificar el titular en las licencias de explotación para reflejar su nueva denominación.

Una vez conocedor de la transmisión, Vietnam reclamó el pago de un gravamen por un importe estimado de 179 millones de dólares ante lo cual, ConocoPhillips y Perenco acudieron al arbitraje internacional de inversiones sobre la base del APPRI firmado entre Reino Unido y Vietnam²¹, Aduciendo que la exigencia de dicho gravamen suponía una violación de los estándares de trato recogidos en dicho acuerdo. Lo llamativo del caso es que esta operación no sólo no tributó en Vietnam como Estado de la residencia, sino que tampoco tributó en Reino Unido debido al régimen fiscal conocido como «*substantial shareholder exemption*» en virtud del cual los beneficios por la venta de acciones en empresas filiales que reúnan ciertas circunstancias no están sujetos al impuesto sobre plusvalías en el Reino Unido. Así pues, la operación no fue gravada en ninguna jurisdicción²².

Igualmente destacamos la controversia surgida en 2011 entre el grupo anglo-australiano Río Tinto y las autoridades fiscales Mozambiqueñas. Esta disputa vino motivada por la adquisición por parte de Rio Tinto en la bolsa australiana de las acciones de un grupo de empresas entre las que se encontraba Riversdale,

21 PETERSON, L.E. (3 abril 2018), Vietnam faces unusual BIT arbitration with seller and purchaser of assets teaming up to file a joint claim in face of country's threat to impose a capital gains tax, *Investment Arbitration Reporter*. <https://www.iareporter.com/articles/vietnam-faces-unusual-bit-arbitration-with-seller-and-purchaser-of-assets-teaming-up-to-file-a-joint-claim-in-face-of-countrys-threat-to-impose-a-capital-gains-tax/>

22 THANH HUYEN, D. (2021), Tax related investment arbitration. A critical view from a developing country's perspective». ob. cit.

una empresa pública australiana que –de forma indirecta y a través de su holding con sede en Mauricio y su filial Riversdale Mozambique Limitada con sede en Mozambique– era la titular de los derechos de una importante explotación de carbón en Mozambique.

El gobierno mozambiqueño no fue informado de esta operación –valorada en unos 3.900 millones de dólares–, si bien fue conocedor de la misma gracias a la publicación de las cuentas anuales de Rio Tinto correspondientes a 2012. Sin embargo, a pesar de haber llevado a cabo varios intentos de negociación con Rio Tinto, las autoridades tributarias Mozambiqueñas no consiguieron recaudar el impuesto debido a la falta de cooperación por parte del contribuyente y ante la ausencia de un CDI firmado entre Mozambique y Australia²³ que atribuyera el derecho de imposición al Estado de la fuente.

A la luz de estas dificultades y con la finalidad de asegurar el conocimiento de la operación por parte del Estado de la fuente, resultaría recomendable que éste introdujera en su normativa tributaria doméstica una previsión legal que impusiera la obligación de informar de la operación, como exigen, por ejemplo, China, Australia y Japón que imponen obligaciones de reporte que recaen sobre el transmitente, como es el caso de India que exige hace recaer esta obligación de información sobre el transmitente o como prevé Canadá que hace recaer la obligación de comunicar la transmisión tanto en el transmitente como en el adquirente²⁴. En cuanto al momento de llevar a cabo esta comunicación, la legislación doméstica de algunos Estados impone la obligación de informar a la Administración tributaria una vez la operación ha tenido lugar, como es el caso de Chile, y en otros casos, como por ejemplo Canadá, la normativa exige el cumplimiento de las obligaciones de información tanto antes como después de realizar la operación²⁵ o como el caso de Tanzania cuya ley nacional del Impuesto sobre la Renta recoge la obligación de los contribuyentes de declarar la transacción antes y después del cambio de titularidad²⁶.

Esta obligación de información a la Administración tributaria del Estado de la fuente podría verse reforzada si fuera acompañada de otras medidas como, por ejemplo, la restricción de la validez, cambio de titularidad, concesión o renovación de las licencias concernientes a la explotación del activo inmobilia-

23 TOLEDANO, P., BUSH, J., MANDELBAUM, J. (2017), *Designing a Legal Regime to Capture Capital Gains Tax on Indirect Transfers of Mineral and Petroleum rights: A Practical Guide*. Columbia Center on Sustainable Investment, p. 5, disponible en <https://ccsi.columbia.edu/sites/default/files/content/docs/publications/Designing-a-legal-regime-to-capture-capital-gains-tax-CCSI-ISLP-Oct-2017.pdf>

24 TOLEDANO, P.; BUSCH, J.; MANDELBAUM, J. (2017), *Designing a legal regime to capture capital gains tax on indirect transfers of mineral and petroleum rights: a practical guide*, ob. cit, p. 24.

25 TOLEDANO, P.; BUSCH, J.; MANDELBAUM, J. (2017), *Designing a legal regime to capture capital gains tax on indirect transfers of mineral and petroleum rights: a practical guide*, pp. 25-27.

26 Tanzania Income Tax Act, Artículo 332.

56. (1) «Where the underlying ownership of an entity changes by more than fifty percent as compared with that ownership at any time during the previous three years, the entity shall be treated as realising any assets owned and any liabilities owed by it immediately before the change. (...)

(5) The entity shall have the duty to report to the Commissioner immediately before and after the changes referred to under subsection (1) have occurred», véase LASSOUD, T. (2022), *Offshore Indirect Transfers: Taxing the Sale of Mining Assets -Primer from Land-based mining practices*, Intergovernmental Forum on Mining, Minerals and Sustainable Development, https://www.isa.org.jm/wp-content/uploads/2022/12/IGF_presentation_OEWG_meeting.pdf

rio transmitido²⁷, la revocación de los derechos derivados de la propiedad del inmueble, como hace Guinea, el bloqueo o embargo del propio activo inmobiliario hasta que no se acreditara el pago o la no sujeción del oportuno impuesto en el Estado de la fuente, como prevé la normativa de India, la consideración del comprador como responsable del pago del tributo impagado por el vendedor que obtuvo la ganancia, tal y como establece la regulación canadiense, la imposición de sanciones, como es el caso de Chile, o la exigencia de una retención a cuenta, como prevé la normativa tributaria de Canadá e India²⁸.

En el caso español, el conocimiento de esta transmisión también podría resultar problemático en ciertos casos debido a que el Registro Mercantil español no contiene respecto de cada sociedad un listado actualizado de socios, con indicación de los porcentajes de titularidad de cada uno de ellos (como sucede, por ejemplo en el caso alemán). En España, como regla general, la identidad de los socios de una sociedad de capital española no tiene acceso al Registro Mercantil salvo en dos casos puntuales: por un lado, en relación con los socios fundadores cuando se constituye la sociedad y, por otro lado, en relación con las sociedades limitadas, cuando tiene lugar una ampliación de capital con aportaciones no dinerarias o mediante compensación de créditos contra la sociedad o por transformación de reservas o beneficios.

En el ámbito mercantil español, es la normativa de lucha contra el blanqueo de capitales²⁹ la que ha introducido la obligación de transmitir información sobre la titularidad de las acciones al establecer obligaciones de información sobre el «titular real» de estas que será la persona o personas físicas³⁰ que en último término posean o controlen, directa o indirectamente, un porcentaje superior al 25 por ciento del capital o de los derechos de voto de una persona jurídica, o que por otros medios ejerzan el control, directo o indirecto, de una persona jurídica³¹. De esta manera, con efecto a partir de los ejercicios cerrados

27 PLATAFORMA DE COLABORACIÓN EN MATERIA TRIBUTARIA (2020), *Tributación de las transferencias indirectas transnacionales: una guía práctica*, ob. cit., p. 57.

28 TOLEDANO, P.; BUSCH, J.; MANDELBAUM, J. (2017), *Designing a legal regime to capture capital gains tax on indirect transfers of mineral and petroleum rights: a practical guide*, ob. cit., pp. 24-30.

29 Directiva (UE) 2015/849 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de mayo de 2015, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo y las normas españolas que la han desarrollado (en concreto el artículo 4 de la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo y artículos 8 y 9 del RD 304/2014, de 5 de mayo por el que se aprueba el Reglamento de la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo).

30 El titular real será siempre una (o varias) persona física. Si el socio fuera una persona jurídica y no existieran titulares reales de dicho socio, deberá facilitarse el nombre de los administradores (personas físicas).

31 Tendrán la consideración de titulares reales los definidos conforme al apartado 2 del artículo 4 de la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo» que afirma que «A los efectos de la presente ley, se entenderá por titular real: a) La persona o personas físicas por cuya cuenta se pretenda establecer una relación de negocios o intervenir en cualesquiera operaciones. b) La persona o personas físicas que en último término posean o controlen, directa o indirectamente, un porcentaje superior al 25 por ciento del capital o de los derechos de voto de una persona jurídica, o que por otros medios ejerzan el control, directo o indirecto, de una persona jurídica. A efectos de la determinación del control serán de aplicación, entre otros, los criterios establecidos en el artículo 42 del Código de Comercio. Serán indicadores de control por otros medios, entre otros, los previstos en el artículo 22 (1) a (5) de la Directiva 2013/34/UE del Parlamento

a partir del 1 de enero de 2017, los administradores³² de las sociedades de capital³³ están obligados a depositar en el Registro Mercantil, junto con sus cuentas anuales, una declaración relativa a su titular real³⁴. Este documento tiene naturaleza extra-contable y no forma parte de las cuentas anuales, pero debe acompañar obligatoriamente todas las cuentas individuales³⁵. De hecho, si este documento no se presentara junto con dicha cuentas anuales individuales, estas serían suspendidas por el defecto subsanable correspondiente («cuentas no completas»).

Paralelamente, también en el ámbito tributario se prevé esta obligación de información sobre el titular real en diversas normas. En primer lugar destacamos la obligación de informar sobre el titular real prevista en relación con el Impuesto sobre Sociedades, en concreto, en el Modelo 200 en el que se ha introducido el cuadro F denominado «Identificación del titular real de la entidad» en la página 2 bis de este modelo. Esta obligación –que tiene su origen en la modificación del artículo 93 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria– recae sobre todas aquellas entidades que depositen cuentas anuales salvo aquellas que coticen en un mercado regulado en los términos previstos en el artículo 3.6.a). i) de la Directiva (UE) 2015/849 y en el artículo 9.4³⁶ del Reglamento de la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo, deberán identificar al titular real de la entidad.

Europeo y el Consejo, de 26 de junio de 2013 sobre los estados financieros anuales, los estados financieros consolidados y otros informes afines de ciertos tipos de empresas, por la que se modifica la Directiva 2006/43/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan las Directivas 78/660/CEE y 83/349/CEE del Consejo.b bis) Cuando no exista una persona física que posea o controle, directa o indirectamente, un porcentaje superior al 25 por ciento del capital o de los derechos de voto de la persona jurídica, o que por otros medios ejerza el control, directo o indirecto, de la persona jurídica, se considerará que ejerce dicho control el administrador o administradores. Cuando el administrador designado fuera una persona jurídica, se entenderá que el control es ejercido por la persona física nombrada por el administrador persona jurídica. Los sujetos obligados verificarán su identidad y consignarán las medidas tomadas y las dificultades encontradas durante el proceso de verificación».

32 Aunque la obligación recae sobre los administradores, las personas físicas que dejaran de ser titulares reales podrán requerir a los administradores para que rectifiquen o actualicen los datos registrales en la forma antes establecida mediante nueva declaración con indicación de la fecha de referencia.

33 Los sujetos obligados a transmitir esta información son los administradores de las sociedades, para lo cual, previamente, el transmitente debe haber comunicado al administrador (que no olvidemos que es el encargado de llevar el libro registro de socios o de participaciones) sobre dicha transmisión.

34 El acceso a la información sobre la titularidad real se hará de conformidad con las reglas de «publicidad formal» del Registro Mercantil, esto es, el artículo 12 del Código de Comercio y los artículos 77 y siguientes del Reglamento del Registro Mercantil.

35 Este documento extra-contable no es exigible si se presentan cuentas consolidadas. En este caso, la sociedad dominante que presente cuentas individuales y cuentas consolidadas deberá presentar este documento extra-contable con los demás documentos que conforman o acompañan las cuentas individuales. Por su parte, las filiales y subfiliales también deben acompañar el documento de declaración de titular real dentro de sus cuentas individuales (la formulación del documento por la matriz no excusa a las filiales de formular el propio).

36 Art. 9.4 Real Decreto 304/2014, de 5 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo. 2No será preceptiva la identificación de los accionistas o titulares reales de empresas cotizadas o de sus filiales participadas mayoritariamente cuando aquéllas estén sometidas a obligaciones de información que aseguren la adecuada transparencia de su titularidad real».

Por su parte, en el caso de tratarse de sociedades anónimas cotizadas cuyas acciones están representadas por anotaciones en cuenta (situación frecuente en las grandes sociedades cotizadas), la transmisión de las acciones debe registrarse en el sistema correspondiente, lo que garantiza la validez de la operación en el mercado de valores.

Asimismo, destacamos la obligación de comunicar en el Censo de obligados tributarios la titularidad real de las personas jurídicas y entidades. Esta obligación está prevista en el apartado uno del artículo único de la Ley 13/2023, de 24 de mayo, por la que se modifican la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, en transposición de la Directiva (UE) 2021/514 del Consejo de 22 de marzo de 2021, por la que se modifica la Directiva 2011/16/UE relativa a la cooperación administrativa en el ámbito de la fiscalidad, y otras normas tributarias que introdujo la letra e) del número 1 del artículo 93 LGT que ha sido recientemente desarrollado por la Orden HAC/1526/2024, de 11 de diciembre que entró en vigor el 3 de febrero de 2025. Las obligaciones de información reguladas en esta Orden afectan a los modelos 030 y 036 que se presenten a partir de su entrada en vigor. Deberá presentarse el Modelo 036 –en el que se ha añadido un nuevo apartado– para comunicar en el Censo de obligados tributarios la titularidad real de las personas jurídicas y entidades.

Sobre la base de esta obligación de información sobre la titularidad real de las sociedades, la Administración tributaria española tiene acceso a la información relativa a los cambios de titularidad de acciones de sociedades que constituyen una transmisión indirecta de un bien inmueble. No obstante, a pesar de la reiteración de esta obligación tanto en el ámbito mercantil como tributario (existiendo incluso duplicación en este ámbito) debido al umbral de titularidad de más del 25% del capital o de los derechos de voto de una persona jurídica o que por otros medios ejerzan el control, directo o indirecto, de una persona jurídica establecido por la norma es posible que la Administración tributaria desconozca las transmisiones que no excedan dicho umbral, si bien creemos que estos casos serán residuales en relación con la particular casuística que analizamos en este trabajo, debido a que para consumir una transmisión indirecta *offshore* que implique también la transmisión del efectivo poder de disposición sobre el activo inmobiliario el porcentaje de participación a transmitir será superior al 25%.

Pero incluso si el Estado de la fuente es conocedor por cualquier medio de la operación, surgen también obstáculos desde el punto de vista fáctico para poder someter a gravamen la operación debido a la falta de información acerca del valor bien inmueble y de la valoración total del título que se transmite, información imprescindible para determinar si se cumple la condición del artículo 13(4) del CDI aplicable y poder someter a gravamen las rentas derivadas de la operación en el Estado de la fuente según su normativa interna³⁷. Sin embargo, las sociedades no residentes involucradas en la transmisión son reticentes a facilitar información sobre la operación que ha tenido lugar en otra jurisdicción

37 Puesto que muchas jurisdicciones fiscales hacen depender en su normativa tributaria interna el derecho de imposición sobre las ganancias de que dicha renta provenga en más de un 50% del activo inmobiliario subyacente en la operación. Para ilustrar la importancia de conocer en qué porcentaje la ganancia que se pretende gravar se deriva del activo inmobiliario subyacente traemos a colación

fiscal y cuando lo hacen las autoridades fiscales del Estado de la fuente se ven obligadas en muchos casos a confiar en la información que la sociedad transmitente le ha facilitado careciendo con frecuencia de medios para comprobar este valor. Ante esta situación, aunque no de forma unánime, hay autores que ven en el intercambio de información entre jurisdicciones fiscales derivado de la Acción 13 del Proyecto BEPS una fuente de información que puede ayudar a paliar este problema de falta de información por parte de los Estados de la fuente³⁸.

Los problemas para conocer el valor real de la operación pueden ilustrarse con una segunda disputa entre Río Tinto y Mozambique debido a que, posteriormente, en 2014, Río Tinto vendió sus derechos sobre la explotación carbonífera a International Coal Ventures, un consorcio estatal de India. Río Tinto en esta ocasión sí declaró la operación, si bien la empresa declaró que el valor de la operación se limitó a 50 millones de dólares. Las autoridades mozambiqueñas consideraron que este valor no se ajustaba a la realidad y no reflejaba el valor real de mercado de los activos. Las autoridades fiscales mozambiqueñas fijaron la cuantía del impuesto debido por esta segunda transacción en 239.000 millones de dólares³⁹. En este segundo caso, al igual que el primero que implicó a Río Tinto, pese a los esfuerzos llevados a cabo por las autoridades tributarias Mozambiqueñas, no fue posible llevar a cabo la recaudación del impuesto debido.

En cualquier caso, se ponen de manifiesto los importantes problemas fácticos con los que se encuentra el Estado de la fuente a la hora de gravar las ganancias derivadas de la transferencia indirecta *offshore* de activos inmobiliarios, que se ven agravados si –dado que las partes intervinientes en la operación son no residentes– el contribuyente no posee en el Estado de la fuente otros activos que puedan asegurar el pago del impuesto debido o si el pago de la operación tuvo lugar fuera del Estado de la fuente de manera que éste no pudo bloquear o embargar el importe de esta contraprestación para asegurar el pago del tributo⁴⁰. Con el fin de superar las dificultades que para la correcta exacción y cobro del impuesto se derivan de la extraterritorialidad de las partes y de la operación, el Estado de la fuente podría hacer recaer sobre el contribuyente la obligación de designar un representante legal residente en su territorio sobre

la normativa tributaria de Canadá y Sudáfrica. En el caso canadiense, la Ley canadiense de la ley de impuesto sobre la renta en sus artículos 39.1 y 248.1 prevé que si la ganancia se deriva en más de un 50% del activo inmobiliario radicado en Canadá, este país tendrá un derecho de imposición sobre esta ganancia. El caso sudafricano es muy similar, si bien el derecho de imposición de este país se hace depender de que la ganancia derive en más de un 80% del bien inmueble radicado en Sudáfrica, según lo previsto en su Ley del impuesto sobre la renta, artículo 200, parágrafo 2.2 del Capítulo Octavo. En el caso contrario encontramos a Vietnam, cuya normativa doméstica asigna al Estado un poder de imposición sobre estas rentas independientemente del porcentaje que el valor del bien inmueble radicado a Vietnam representen en el valor de la ganancia objeto de gravamen. Véase, THANH HUYEN, D. (2021), Tax related investment arbitration. A critical view from a developing country's perspective», ob. cit.

38 TOLEDANO, P.; BUSCH, J.; MANDELBAUM, J., Designing a legal regime to capture capital gains tax on indirect transfers of mineral and petroleum rights: a practical guide, ob. cit., p. 14.

39 HENRIQUES, B., Mozambique sues Rio Tinto for 239M in unpaid taxes, *360° Mozambique*. <https://360mozambique.com/business/mining/mozambique-sues-rio-tinto-for-239m-in-unpaid-tax-revenues/>

40 PLATAFORMA DE COLABORACIÓN EN MATERIA TRIBUTARIA (2020), Tributación de las transferencias indirectas transnacionales: una guía práctica, ob. cit., p. 57.

el que recaería el cumplimiento de las obligaciones tributarias derivadas de la operación.

Al objeto de paliar las dificultades que el cobro del impuesto presenta en estas circunstancias, algunos Estados como Estados Unidos, Canadá, India, China y Australia⁴¹ aplican un mecanismo de retención sobre las ganancias de un vendedor no residente, aunque, si tanto comprador como vendedor son no residentes (como suele ser frecuente en estas operaciones), persisten⁴² las dificultades para obligar a los obligados tributarios a declarar y realizar el pago correspondiente a la retención y los obstáculos para conocer el verdadero monto de la operación.

En consideración a esta situación, y con el propósito de superar estos obstáculos, consideramos que sería preferible que el Estado de la fuente adoptara en su normativa interna el Modelo 1 ya que, al considerar esta opción legislativa que las ganancias imponibles fueron realizadas por la entidad local propietaria de los activos, se superan gran parte de los problemas fácticos que el gravamen de estas plusvalías encuentra en el Estado de la fuente, facilitando, por tanto, la aplicación y recaudación del impuesto.

No obstante, junto a esta solución de carácter normativo, algún autor ha propuesto una solución alternativa consistente en que las autoridades fiscales del Estado de la fuente prevean la posibilidad de alcanzar un «*advance tax ruling*» con el objetivo de fomentar el cumplimiento voluntario de las obligaciones tributarias por parte del contribuyente superando las dificultades que la imposición de estas plusvalías conlleva, promoviendo la claridad y la coherencia en la aplicación de la normativa tributaria del Estado de la fuente⁴³.

2. El papel de los APPRIs en la estrategia de planificación fiscal del contribuyente en las operaciones de transferencias indirectas offshore de activos inmobiliarios

2.1. La creciente relevancia de los APPRIs en el ámbito tributario

A las dificultades ya analizadas que entraña la aplicación del gravamen de las transferencias indirectas *offshore* de activos inmobiliarios en la jurisdicción

41 PLATAFORMA DE COLABORACIÓN EN MATERIA TRIBUTARIA (2020), Tributación de las transferencias indirectas transnacionales: una guía práctica, ob. cit., p. 58.

42 Si bien la PLATAFORMA DE COLABORACIÓN EN MATERIA TRIBUTARIA mantiene una visión más optimista de los efectos derivados de la obligación de practicar retención al afirmar que «el riesgo de incumplimiento de la obligación de efectuar una retención en el contexto de las TIT (en particular, cuando el comprador también es no residente) se minimiza debido a que es probable que un comprador prudente no acepte ni facilite la evasión de las obligaciones tributarias del vendedor (y, por lo tanto, es más probable que cumpla con su deber de retener el impuesto). Por otro lado, si el comprador no efectuara la retención, se expondría a recibir sanciones y a la posible confiscación del activo local por parte de las autoridades tributarias», PLATAFORMA DE COLABORACIÓN EN MATERIA TRIBUTARIA (2020), Tributación de las transferencias indirectas transnacionales: una guía práctica, ob. cit., p. 58.

43 LASSOUD, T. (2022), *Offshore Indirect Transfers: Taxing the Sale of Mining Assets -Primer from Land-based mining practices*, ob. cit.

fiscal donde radican dichos activos, debe añadirse otro nuevo obstáculo al que deben enfrentarse los Estados de la fuente que pretenden gravar las ganancias derivadas de este tipo de operaciones: el recurso a los APPRIs como instrumento de planificación fiscal. Es decir, los grupos societarios multinacionales recurren, en el marco de su estrategia de planificación fiscal, a las cláusulas sustantivas contenidas en los APPRIs y el acceso al arbitraje como medio de resolución de controversias entre inversor y Estado anfitrión que estos Acuerdos ofrecen alegando un incumplimiento de los estándares de trato contenidos en estos APPRIs y solicitando una cuantiosa indemnización al Estado de la fuente (que en el ámbito de un APPRI se configura como el Estado anfitrión) o incluso forzando a este Estado a llegar a un acuerdo que incluya un trato fiscal privilegiado. Los casos *Vodafone v. India*⁴⁴ y *Total E&P v. Uganda*⁴⁵, que serán analizados seguidamente en este trabajo, son una clara muestra del éxito de esta estrategia para los contribuyentes.

La inclusión de los APPRIs en las operaciones de planificación fiscal por parte de los contribuyentes es un fiel reflejo de una doble realidad. Por un lado, de la creciente importancia que los APPRIs están alcanzando en la esfera tributaria y, por otro lado, de la preferencia de los contribuyentes a solucionar sus controversias tributarias con el Estado de la fuente en el marco de un arbitraje internacional de inversiones previsto en los APPRIs frente al MAP (por sus siglas derivadas de su denominación inglesa *Mutual Agreement Procedure*) o Procedimiento Amistoso previsto en los CDIs, instrumento normativo regulador por excelencia de las relaciones tributarias en el ámbito internacional.

En cuanto a la primera cuestión, si bien es cierto que APPRIs no regulan las cuestiones tributarias de manera directa, no es menos cierto que la amplitud de los términos contenidos en sus cláusulas permite que sus efectos alcancen también a las medidas tributarias cuando el inversor extranjero considere que su adopción por el Estado anfitrión perjudica la viabilidad económica o la rentabilidad esperada de su inversión. De hecho, la práctica arbitral más reciente demuestra que, cada vez con mayor frecuencia, los inversores presentan reclamaciones ante los tribunales internacionales de inversión relacionadas con aspectos tributarios, siendo resueltas estas controversias según lo dispuesto en los APPRIs en lugar de resolver estas controversias al amparo de lo previsto en los CDIs⁴⁶. No en vano según los registros históricos, de un total de 1.000 arbitrajes de inversión llevados a cabo, algo más de 140 de ellos han estado relacionados con medidas de carácter fiscal⁴⁷.

Por lo que se refiere al segundo tema relativo a la preferencia de los contribuyentes por el arbitraje internacional de inversiones en detrimento del MAP

44 *Vodafone International Holdings BV v. Government of India* [I], PCA Case No. 2016-35, Award 25 Septiembre 2020. Para más información sobre este caso, véase <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement/cases/581/vodafone-v-india-i>

45 *Total E&P Uganda BV v. Republic of Uganda* (ICSID Case No. ARB/15/11). Para más información sobre este caso, véase <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-dispute-settlement/cases/657/total-e-p-v-uganda>

46 Sobre esta cuestión véase PÉREZ BERNABEU, B. (2024), *Medidas tributarias y Acuerdos de protección de inversiones*, Tirant lo Blanch, pp. 35 ss.

47 UNCTAD (2021), *International investment agreements and their implications for tax measures: what tax policymakers need to know*, UNCTAD, p. 3.

previsto en los CDIs, se constata que esta preferencia se debe a diversos motivos⁴⁸ que hacen que los contribuyentes ostenten una posición más sólida en cuanto a legitimación y derechos en el marco de un procedimiento arbitral que en el MAP previsto en los CDIs⁴⁹.

Seguidamente, analizaremos dos casos que ilustran fielmente cómo el recurso al arbitraje internacional por parte de los contribuyentes constituye no sólo una pieza fundamental, sino la clave del éxito de sus estrategias de planificación fiscal con el fin de eludir la imposición en el Estado de la fuente sobre las ganancias derivadas de las transferencias indirectas *offshore* de activos inmobiliarios.

2.2. El caso Vodafone v. India: la tributación retroactiva en el Estado de la fuente

El caso Vodafone v. India⁵⁰ es un claro ejemplo de éxito de esta estrategia que venimos comentando por la que el contribuyente consiguió eludir el gravamen aplicado por India, acudiendo al APPRI firmado entre India y Países Bajos para iniciar un arbitraje internacional de inversiones contra el Estado de la fuente. En este caso, el contribuyente obtuvo un laudo que condenaba a India como Estado de la fuente por un incumplimiento del estándar de Trato Justo y Equitativo (cláusula FET, por su denominación inglesa *Fair and Equitable Treatment*) previsto en dicho Acuerdo cometido al aplicar a las ganancias derivadas de una transferencia indirecta *offshore* un gravamen previsto en su normativa tributaria nacional de forma retroactiva.

Como consecuencia de este laudo arbitral, India se vio obligada a devolver el impuesto que en concepto de retenciones había obligado a pagar a Vodafone y a pagar una compensación parcial por las costas del procedimiento en que incurrió el contribuyente reclamante.

Los hechos que condujeron a este desenlace se detallan a continuación. En 2006 el grupo británico Vodafone Group Plc. operaba en India a través de su filial Vodafone International Holdings B.V. (residente en Países Bajos). Paralelamente Hutchinson Telecommunications Internacional Limited residente en Hong Kong operaba en India a través de su filial Hutchison Essar Limited, una sociedad residente en India pero cuyo accionariado pertenecía a otra sociedad del grupo llamada CGP Investments Holdings Limited, residente en las Islas Caiman. Cuando el grupo Hutchinson decidió salir del mercado indio vendió – a través de la filial CGP Investments Holdings Limited residente en Islas Caiman – a la filial del grupo Vodafone residente en Países Bajos Vodafone International Holdings BV el 67% del capital social de Hutchison Essar Limited.

48 Para profundizar en estos motivos véase PÉREZ BERNABEU, B. (2024), *Medidas tributarias y Acuerdos de protección de inversiones*, ob. cit., pp. 49 ss.

49 MARTÍN JIMÉNEZ, A., «International Investment Agreements and anti-tax avoidance measures: incoherencies in the International Law system, systemic interpretation and taxpayer rights» en P. Pistone (Ed.), *Building Global International Tax Law*, IBFD, Países Bajos, 2022, p. 538.

50 Vodafone International Holdings BV v. Government of India [I], PCA Case No. 2016-35, Award 25 Septiembre 2020.

La operación se celebró en 2007 en Islas Caimán y se acordó un precio de 11.000 millones de dólares. Tras la operación, Hutchison Essar Limited, la sociedad india cuyas acciones se habían transmitido, cambió su denominación a Vodafone Essar Limited.

La Administración tributaria india tras un procedimiento de inspección exigió en 2009 a la vendedora residente en Hong Kong el pago del impuesto por las ganancias obtenidas apoyándose en el artículo 195 de la Ley del Impuesto sobre la renta de 1961 y a Vodafone le exigió el pago de 2.100 millones de dólares en concepto de retención que debería haber practicado sobre las ganancias derivadas de la operación sobre la base de los artículos 201 y 201(1A) de dicha norma. Pero el nudo gordiano del derecho de imposición de India sobre las plusvalías derivadas de esta transferencia indirecta transnacional residía en el artículo 9 de la citada Ley del Impuesto sobre la Renta de 1961. Este precepto no preveía de forma expresa el gravamen de las plusvalías, pero las autoridades tributarias lo interpretaron aplicando el enfoque *look through*⁵¹ en virtud del cual la operación de venta de acciones realizada era considerada una venta de activos radicados en India.

Vodafone recurrió la decisión de la Administración tributaria india ante los tribunales nacionales. En una primera instancia, la Corte Suprema de Bombay se pronunció a favor de la Administración tributaria sobre la base de que el objeto de la transmisión era una sociedad residente en India, es decir, consideró que la operación llevada a cabo era, en el fondo, una venta de activos radicados en India.

Descontenta con este pronunciamiento, Vodafone recurrió en segunda instancia al Tribunal Supremo del país el cual, el 20 de enero de 2012, falló a favor del contribuyente al considerar que se trataba de una venta de acciones y no de una venta de activos y que, al celebrarse fuera de India entre dos sociedades no residentes, no podía ser gravada por las autoridades indias.

El gobierno de India solicitó el 17 de febrero de 2012 la revisión del pronunciamiento ante el Tribunal Supremo, pero este rechazó la petición. Ante este fracaso judicial y sin renunciar a sus pretensiones, el Gobierno indio introdujo en 2012 una modificación del artículo 9(1)(i) de la Ley del Impuesto sobre la renta de 1961 –añadiendo las explicaciones 4 y 5 del precepto– al objeto de someter a gravamen las ganancias derivadas de este tipo de operaciones, siempre que el valor del activo subyacente de la transmisión estuviera ubicado en India. Lo más llamativo del caso es que dicha modificación fue introducida con efectos retroactivos desde el año 1962. Tras la entrada en vigor de esta modificación normativa, la Administración tributaria volvió a reclamar a Vodafone el pago de las retenciones que debería haber practicado sobre esta nueva base jurídica retroactiva.

Vodafone, en lugar de volver a recurrir la decisión ante los tribunales nacionales, recurrió al APPRI firmado entre India y Países Bajos –que no excluía la

51 Sobre la aplicación del enfoque *look through* por India, véase RIBES RIBES, A. (2017), «Transmisión indirecta de acciones como instrumento de elusión fiscal», ob. cit., pp. 90 ss.

arbitrabilidad de las cuestiones fiscales⁵²— para presentar una demanda de arbitraje internacional de inversiones alegando un incumplimiento de la cláusula que obliga al Estado anfitrión a dispensar el estándar de Trato Justo y Equitativo (cláusula FET). En 2020 el tribunal arbitral⁵³ falló a favor de Vodafone apreciando una transgresión de dicho estándar de trato cometido por la aplicación retroactiva de la normativa tributaria.

Este no ha sido el único pronunciamiento habido en relación con la aplicación retroactiva de la normativa de India con el fin de gravar las plusvalías derivadas de las transferencias indirectas *offshore*, pudiendo citar también los casos de Cairn Energy⁵⁴, Vendata Resources⁵⁵ y Earlyguard⁵⁶.

Consecuencia de ello, India comenzó a denunciar en 2015 la práctica totalidad de APPRIs que tenía en vigor⁵⁷, sustituyéndolos por otros nuevos firmados siguiendo un nuevo Modelo de APPRI que contiene en su artículo 2.4.ii una *carve out* o cláusula de exclusión total de los asuntos fiscales del ámbito objetivo del APPRI.

2.3. El caso Tullow v. Uganda: la imposición unilateral en el Estado de la fuente o Treaty override

El caso Tullow v. Uganda⁵⁸ es otro claro ejemplo de cómo los contribuyentes recurrieron a las previsiones del APPRI para demandar al Estado de la fuente ante un tribunal arbitral de inversiones al objeto de forzar a dicho Estado a dis-

52 En concreto el artículo 9 de este APPRI prevé que, como paso previo, inversor y Estado anfitrión deben optar por la negociación amistosa y, si tras un periodo de 3 meses, la disputa no puede resolverse mediante negociaciones, pueden someterse a conciliación según las Reglas de Conciliación de 1980 de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. Una vez iniciado el procedimiento de conciliación y si éste fracasa, las partes pueden iniciar un procedimiento de arbitraje con arreglo a este artículo.

53 Vodafone International Holdings BV v. India, Final Award, PCA Case No. 2016-35, 25 de septiembre de 2020.

54 Cairn Energy PLC and Cairn UK Holding Limited v. The Republic of India, PCA Case No. 2016-07, 21 de diciembre de 2020. Sobre este asunto véase JALAN, N.; RAO, A., (2021), «The Cairn award: retrospective taxation of indirect share transfers in India breaches Bilateral Investment Treaty». *Bulletin for International Taxation*, Vol. 75, n° 5, pp. 220-229; KUZNIACKI, B.; VAN WEEGHEL, S. (2023), «Cairn Energy: when retroactive taxation not justified by prevention of tax avoidance is unfair and inequitable», *Arbitration International*, Vol. 39, Issues 1, pp. 125-154; VASUDEVAN, S.; NAGAPPAN, M. (2017), «Indirect transfer taxation in India: from Vodafone to Cairn». *Intertax*, Vol. 45, Issue 10, pp. 665-676.

55 Vendata Resources PLC v. The Republic of India, PCA Case No. 2016-05 Judgement of the High Court of Singapore, 8 de octubre de 2020.

56 Todavía pendiente. La demanda arbitral se presentó el 17 de febrero de 2021.

57 A pesar de la denuncia unilateral de India, dado que los APPRIs ahora terminados incluían «cláusulas de extinción», los inversores extranjeros que invirtieron en India antes de la terminación de los APPRIs todavía tienen derecho a invocar las protecciones del tratado durante un periodo adicional de 10 a 15 años. Esta situación se ejemplifica con el caso Por ejemplo, en el caso Earlyguard contra India, en el que en 2021, cuatro años después de que este país pusiera fin al APPRI entre India y el Reino Unido, una filial de una empresa británica (al parecer propiedad del conglomerado japonés Mitsui) interpuso un arbitraje contra India en virtud del tratado por una factura fiscal retroactiva de 324 millones de dólares.

58 Tullow Uganda Operations Pty Ltd and Tullow Uganda Limited v. Republic of Uganda, ICSID Case No. ARB/13/25.

pensarle un trato fiscal preferencial, objetivo que consiguió en el marco de un acuerdo entre las partes bajo la presión del arbitraje internacional de inversiones iniciado.

El origen de esta controversia reside en la venta por parte de la británica Tullow de una parte de las acciones de una sociedad filial residente fiscal en las Islas del Canal (Tullow Uganda Limited) que era titular de una explotación petrolífera en territorio ugandés por un importe de 1.450 millones de dólares. Las autoridades tributarias ugandesas exigieron el pago de un gravamen del 30% sobre las ganancias que ascendió a 434 millones de dólares.

Aunque el CDI firmado entre Reino Unido y Uganda atribuye el derecho de imposición exclusivamente a Reino Unido, las autoridades ugandesas con el fin de gravar estas ganancias e ignorando este derecho de imposición exclusivo del Estado de residencia del transmitente, recurrieron a la normativa nacional del impuesto sobre la renta, en concreto al Artículo 88(5) vigente en aquel momento, que contenía una cláusula general *anti-treaty shopping* que denegaba los beneficios del CDI a una empresa cuya «propiedad subyacente» se encuentre mayoritariamente en un tercer país⁵⁹ y procedieron a gravar la operación en Uganda.

Esta actuación de las autoridades fiscales ugandesas resulta controvertida pues el recurso a la normativa doméstica en contra de lo dispuesto en el CDI constituye un claro supuesto de *treaty override*. Las autoridades fiscales ugandesas defienden su actuación sobre la base del artículo 88(2) de su ley nacional sobre el impuesto sobre la renta el cual, si bien otorga prioridad al CDI sobre la legislación nacional con carácter general, niega tal preferencia en relación con la cláusula 88(5) y otras normas contra la evasión, lo que a la postre otorga prioridad a la cláusula general antiabuso del artículo 88(5) sobre el CDI. Si ya esta declaración legal es problemática por sí misma, la situación se vuelve más compleja desde un punto de vista jurídico si tenemos en cuenta que Uganda es signataria de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, que pretende atajar la situación de *treaty override* por la legislación nacional⁶⁰.

En el fondo, la postura de la Administración tributaria ugandesa está directamente relacionada con el objetivo que persigue la Acción 6 del Proyecto BEPS al tratar de impedir la utilización abusiva de los CDIs, pero comete el error de recurrir a su normativa interna para aplicar una cláusula antiabuso general en lugar de haber introducido cláusulas antiabuso específicas en sus CDIs para asegurar su derecho de imposición tal y como propone la OCDE⁶¹.

59 «Where an international agreement provides that income derived from sources in Uganda is exempt from Ugandan tax or is subject to a reduction in the rate of Ugandan tax, the benefit of that exemption or reduction is not available to any person who, for the purposes of the agreement, is a resident of the other contracting state where 50 percent or more of the underlying ownership of that person is held by an individual or individuals who are not residents of that other Contracting State for the purposes of the agreement».

60 HEARSON, M.; KANGAVE, J. (2016), *A review of Uganda's tax treaties and recommendations for action*, Working Paper nº 50, Institute of Development Studies, International Centre for Tax and Development, London, p. 20.

61 De hecho el Modelo de Convenio de la ONU (que es el que sigue Uganda en sus negociaciones bilaterales) contiene cláusulas específicas antiabuso, pero su incorporación a los tratados de Uganda es desigual. Véase para un estudio en profundidad sobre esta cuestión HEARSON, M.; KANGAVE, J. (2016), «A review of Uganda's tax treaties and recommendations for action». ob. cit., p. 19.

Ante la imposición del gravamen por Uganda, Tullow recurrió la decisión de la Administración tributaria ugandesa ante los tribunales nacionales alegando no sólo la ausencia de un derecho de imposición por parte de Uganda según lo dispuesto en el CDI, sino también el derecho al disfrute a una exención del gravamen según lo previsto en un contrato de inversión firmado con el Gobierno de aquél país. No obstante, los tribunales ugandeses fallaron a favor de la Administración tributaria nacional confirmando la obligación de pagar el impuesto sobre las ganancias derivadas de la operación.

Ante este revés judicial, Tullow en 2012 decidió, sobre la base del APPRI firmado entre Reino Unido y Uganda, recurrir al arbitraje internacional de inversiones contra Uganda al objeto de evitar el pago del impuesto. Este procedimiento arbitral presionó a las autoridades fiscales ugandesas que, en 2015, alcanzaron un acuerdo extrajudicial en virtud del cual aceptaron reducir la cuantía del impuesto debido a 250 millones de dólares lo que supuso un considerable ahorro fiscal para el contribuyente.

Desde el punto de vista tributario y a la luz de las consideraciones realizadas en este trabajo no resulta difícil afirmar que el principal obstáculo que encuentra Uganda para gravar las plusvalías derivadas de la transferencia está constituido por el hecho de que los CDIs firmados por Uganda no contienen el artículo 13(4) del Modelo de Convenio de la ONU (que es el modelo que sigue Uganda en sus negociaciones bilaterales⁶²) que le hubiera permitido gravar la ganancia patrimonial obtenida por la venta de acciones de empresas ugandesas realizadas por residentes neerlandeses. En consecuencia, según los CDIs firmados y vigentes, las plusvalías derivadas de esta operación no resultaban gravadas en el Estado de la fuente, puesto que se aplicaba la cláusula residual del artículo 13 que atribuía el derecho de imposición en exclusiva al Estado de residencia del transmitente.

Una actitud previsor de Uganda hubiera optado por incluir la cláusula del artículo 13(4) a través de la firma de un Protocolo adicional en los (escasos⁶³) CDIs firmados por Uganda, prestando una especial atención a aquellos CDIs firmados con Estados que tienen un alto riesgo de ser utilizados como jurisdicciones propicias para realizar actuaciones de *treaty shopping* que, en el caso de Uganda son Países Bajos y Mauricio⁶⁴ y, en cierto modo tras el Brexit, Reino Unido. Si la red de CDIs de Uganda hubiera sido más extensa, tal vez, al objeto de facilitar la inclusión de esta cláusula en los CDIs ya existentes, la opción más

62 Como ponen de manifiesto HEARSON y KANGAVE, el verdadero problema de fondo para Uganda es que aunque el Modelo de Convenio que presenta en sus negociaciones bilaterales es el de la ONU, su débil posición negociadora le obliga en muchas ocasiones a aceptar las cláusulas modelo de la OCDE en muchos casos, sin presentar ninguna observación sobre estas lo que contribuye a una aceptación tácita de las disposiciones del modelo de la OCDE, en lugar de apoyar una posición emergente de los países en desarrollo en oposición a más disposiciones basadas en la residencia que reforzarían la posición de los países en desarrollo, HEARSON, M.; KANGAVE, J. (2016), «A review of Uganda's tax treaties and recommendations for action», p. 21.

63 Uganda sólo ha firmado 9 CDIs con otros Estados: Dinamarca, India, Italia, Mauricio, Países Bajos, Noruega, Sudáfrica, Reino Unido y Zambia. Parece ser que también ha firmado un CDI con China que todavía no ha sido ratificado.

64 Porque estos dos Estados o bien no prevén un gravamen a las ganancias derivadas de las transferencias indirectas *offshore* en su legislación interna (como Mauricio) o bien lo prevén pero conceden una exención (como es el caso de Países Bajos).

eficaz y rápida hubiera sido la firma del Convenio Multilateral para aplicar las medidas relacionadas con los tratados fiscales para prevenir la erosión de las bases imponibles y el traslado de beneficios (conocido como MLI por su nombre en inglés *Multilateral Instrument*) propuesto por la OCDE y al que haremos referencia más adelante en este trabajo.

3. Reflexiones finales

3.1. La debilidad del derecho de imposición del Estado de la fuente: origen y causas del problema

El objetivo de este estudio ha sido evidenciar cómo los contribuyentes, en ocasiones, llevan a cabo estrategias de planificación fiscal en relación con las transferencias indirectas *offshore* de activos inmobiliarios a través de actuaciones constitutivas de *treaty shopping* que afectan no sólo a los CDIs, sino también (y en este aspecto ponemos el acento en nuestro trabajo) a los APPRIs.

El origen subyacente de estas actuaciones de planificación fiscal es, principalmente, una cuestión de asignación de beneficios o del derecho de imposición (*profit allocation* o *allocation of taxing rights*) sobre un determinado tipo de rentas —en concreto, sobre las ganancias derivadas de las transferencias indirectas *offshore* de activos inmobiliarios— que no fue suficientemente abordado por el Proyecto BEPS⁶⁵ y que actualmente carece una de solución satisfactoria para los Estados de la fuente donde radica el activo inmobiliario.

Efectivamente, las dificultades que el gravamen de este tipo de rentas plantea no es una cuestión novedosa y aunque el Proyecto BEPS se refirió a esta problemática en los apartados 41 a 44 de su Informe sobre la Acción 6 al analizar las «Operaciones que eluden la aplicación del artículo 13(4)»⁶⁶, se limitó a constatar los cambios introducidos en este precepto en el marco del Modelo de Convenio de la OCDE (sin referirse al Modelo de Convenio de la ONU aunque se esperaba que el Comité de expertos abordara posteriormente también los problemas específicos de este Modelo de Convenio, como así fue) sin ofrecer una solución satisfactoria para asegurar el gravamen de estas rentas.

Consecuencia de esta falta de atención por el Proyecto BEPS, en la actualidad la problemática concerniente al gravamen de las transferencias indirectas *offshore* de activos inmobiliarios es únicamente abordada por una minoría de CDIs que incluyen el artículo 13(4) o por un grupo reducido de Estados que han aprobado medidas unilaterales en su normativa interna.

65 Sobre los motivos que pudieron llevar a la OCDE a no abordar este tema en su Proyecto BEPS, véase VAN DEN HURK, H. (2022), «Offshore indirect transfers: how to convert a legitimate but complex executabe taxing right for soure stataes into a balanced situation between source state taxing rights and taxpayers rights?» en J. Korving, N. Kerinc, F. Souza de Man (Eds.), *Taxes Crossing Borders (and Tax Professors Too)*. *Liber Amicorum Prof. Dr R.G. (Rainer) Prokisch*, Maastricht University Press, pp. 6-8.

66 PLATAFORMA DE COLABORACIÓN EN MATERIA TRIBUTARIA (2020), *Tributación de las transferencias indirectas transnacionales: una guía práctica*, ob. cit., p. 76.

Esta falta de abordaje por la normativa tributaria es aprovechada por los contribuyentes para llevar a cabo actuaciones de planificación fiscal internacional al objeto de eludir el gravamen en el Estado de la fuente, aprovechando a tal fin la red de CDIs recurriendo en un ejercicio de *treaty shopping* a aquellos que no tienen artículo 13(4) para eludir el gravamen en el Estado de la fuente.

Esta debilidad del Estado de la fuente para someter a gravamen las plusvalías derivadas de las transferencias indirectas *offshore* de activos inmobiliarios se ve agravada cuando, en aquellos escasos casos en los que el Estado de la fuente consigue gravar las plusvalías derivadas de la operación, el contribuyente recurre a otro instrumento jurídico como es un APPRI para luchar contra el gravamen aplicado recurriendo al arbitraje internacional de inversiones y reclamando la protección conferida por las cláusulas sustantivas de estos Acuerdos.

En estas actuaciones de planificación fiscal, el contribuyente, sitúa una sociedad filial intermediaria –que tenga la consideración de inversor a los efectos del APPRI– en un Estado que cumpla en paralelo dos condiciones.

La primera condición exige que este Estado donde radica la filial o sociedad interpuesta no haya firmado un CDI con el Estado de la fuente donde radica el inmueble o bien, si tiene firmado un CDI con el Estado de la fuente, que dicho CDI no conceda al Estado de la fuente el derecho de imposición sobre estas rentas (porque no contiene un apartado 4 del artículo 13 debido a que se firmó con anterioridad a 2003 o bien porque los Estados firmantes decidieron no incluirlo⁶⁷). En el peor de los casos, también podría resultar de utilidad para las actuaciones de planificación fiscal un CDI que contuviera una redacción del artículo 13(4) anterior a 2017, debido a la posibilidad de alterar artificiosamente la valoración del umbral del 50% del valor de las acciones transmitidas.

Al mismo tiempo y en segundo lugar, es necesario para el éxito de la operación de planificación fiscal que dicho Estado donde el intermediario es residente fiscal haya firmado un APPRI con el Estado de la fuente donde radica el inmueble que permita el acceso al arbitraje internacional de inversiones para dilucidar cuestiones de naturaleza fiscal⁶⁸.

Este contexto ya de por sí favorable a los intereses del contribuyente que lleva a cabo estas actuaciones de planificación fiscal puede llegar a ser más benévolo incluso para éste si el Estado estratégicamente elegido para ubicar la filial o sociedad intermediaria es una jurisdicción con una carga fiscal reducida o una jurisdicción no cooperativa (tradicionalmente conocidos como paraísos fiscales).

67 El artículo 13(4) se incluye sólo en aproximadamente el 35% de todos los CDIs y es menos probable que esté presente cuando una de las partes es un país de ingreso bajo y rico en recursos, si bien el MLI ha incrementado el número de CDIs que incluyen este apartado 13(4), PLATAFORMA DE COLABORACIÓN EN MATERIA TRIBUTARIA (2020), Tributación de las transferencias indirectas transnacionales: una guía práctica, ob. cit., p. 7.

68 Sobre la arbitrabilidad de las cuestiones fiscales y su exclusión del ámbito objetivo del APPRI, véase PÉREZ BERNABEU, B. (2024), *Medidas tributarias y Acuerdos de protección de inversiones*, ob. cit., pp. 58-84.

Estas situaciones se han materializado a lo largo de los últimos años en determinadas jurisdicciones fiscales. Por ejemplo, Países Bajos durante años ha ofrecido el entorno jurídico ideal para llevar a cabo estas operaciones de planificación fiscal y de acceso al arbitraje internacional debido no sólo a su amplia red de APPRIs⁶⁹, sino debido también al benévolo régimen fiscal concedido a las conocidas como *mail-box companies* o empresas refugio holandesas.

Asimismo, destaca el caso de Reino Unido que, lejos de evitar estas situaciones, parece promoverlas. Valga como prueba de ello el hecho de que Reino Unido —a través de intercambios de notas diplomáticas— ha extendido en los últimos años el ámbito subjetivo de protección de al menos 20 de sus APPRIs al objeto de conferir protección a los inversores de Jersey, Guernsey y la Isla de Man, extendiendo dicha protección incluso en algunos casos a inversores de Hong Kong y de Islas Turcas y Caicos⁷⁰, entre otros.

Dos procedimientos arbitrales recientes ilustran esta ampliación del ámbito subjetivo de los APPRIs firmados por Reino Unido al objeto de extender la protección conferida por el Acuerdo a inversores de paraísos fiscales. Por un lado, destacamos el caso de la minera canadiense Gabriel Resources que, a través de su filial en Jersey, recurrió al APPRI firmado entre Reino Unido y Rumanía para demandar a éste último Estado en relación a la paralización de la explotación de la mina de oro de Rosia Montana⁷¹. Por otro lado, el caso de la sociedad británica Rurelec que acudió al APPRI firmado entre Reino Unido y Bolivia para demandar a este último Estado a través de una filial en las Islas Vírgenes Británicas⁷².

A la vista de las recientes experiencias, el recurso al arbitraje de inversiones ha ofrecido resultados exitosos a los intereses de los contribuyentes residiendo la clave de este éxito en una insuficiencia de la red de CDIs firmados por el Estado de la fuente, en la obsolescencia de los CDIs firmados por éste al no contener el artículo 13(4) de los Modelos de Convenio OCDE y ONU (o al contener una versión no actualizada del mismo que permitiera alterar artificiosamente la valoración del umbral del 50%, como se ha comentado en este trabajo) y/o en una ausencia o deficiencia de la normativa doméstica que no prevé o no lo hace de forma adecuada el gravamen de estas plusvalías (especialmente en lo que se refiere a la definición del activo imponible y a la definición de una base jurídica clara para hacer valer ese derecho de imposición).

En esencia, el éxito de estas actuaciones de planificación fiscal de carácter internacional que recurren a la protección conferida por los APPRIs, además de evidenciar una desnaturalización del arbitraje internacional de inversiones (al

69 Sobre las posibilidades de *treaty shopping* que ofrece la red de APPRIs firmados por Países Bajos, véanse VAN OS, R.; KNOTTNERUS, R. (2011), *Dutch bilateral Investment treaties: a Gateway to Treaty shopping for Investment protection by multinational companies*, SOMO, disponible en <https://www.somo.nl/wp-content/uploads/2011/10/Dutch-Bilateral-Investment-Treaties.pdf>; VERBEEK, B.J. (2023), *Dutch bilateral investment treaties: 60 years of protecting multinationals*, SOMO, disponible en <https://www.somo.nl/dutch-bilateral-investment-treaties-60-years-of-protecting-multinationals/>

70 PROVOST, C. (2016), *Taxes on trial. How trade deals threaten tax justice*, Transnational Institute & Global Justice Now, pp. 8 ss, <https://www.tni.org/files/publication-downloads/taxes-on-trial.pdf>

71 Gabriel Resources Ltd. and Gabriel Resources (Jersey) v. Romania (I), ICSID Case No. ARB/15/31.

72 Guaracachi America, Inc. and Rurelec PLC v. The Plurinational State of Bolivia, UNCITRAL, PCA Case No. 2011-17.

servicio de la planificación fiscal y alejado de su original objetivo de defensa del inversor frente a abusos del Estado anfitrión), no hace sino poner de manifiesto los límites que el Derecho Internacional de Inversiones –a través de los APPRI– como su principal instrumento normativo– impone al poder tributario de los Estados y que, hasta fechas relativamente recientes, no habían sido explotados por los contribuyentes en el marco de sus operaciones de planificación fiscal.

Y ello porque, si bien tradicionalmente la cuestión de fondo en las operaciones de planificación fiscal internacional venía constituida por la existencia o no de un derecho de imposición concedido por los CDIs, el recurso a los APPRI por los contribuyentes permite a un tribunal arbitral enjuiciar no ya si existe o no derecho de imposición, sino cómo se ha ejercido ese poder de imposición, analizando si la sujeción al gravamen contravino algún estándar de trato recogido en el APPRI. De esta forma se amplía considerablemente el horizonte de las actuaciones de planificación fiscal al alcance del contribuyente.

3.2. Fortalecimiento del derecho de imposición del Estado de la fuente: la necesaria reforma del actual marco jurídico

El remedio jurídico a estas indeseables situaciones pasa por la revisión del actual marco jurídico determinado tanto por la normativa tributaria (tanto a nivel doméstico, como internacional), como por los APPRI.

Por lo que se refiere a la normativa tributaria a nivel doméstico, resulta imprescindible su revisión para no sólo materializar el derecho de imposición del Estado de la fuente sobre las plusvalías generadas en las transferencias indirectas *offshore* de activos inmobiliarios⁷³, sino también para introducir la oportuna norma antiabuso.

Por lo que se refiere a la introducción de un derecho de imposición en la normativa nacional, a la luz de las consideraciones realizadas en este estudio, consideramos preferible la opción por el Modelo 1 (a pesar de que el Modelo 2 es el más usado) debido a que permite evitar los problemas fácticos derivados de la tributación de una operación que tiene lugar fuera del territorio del Estado de la fuente entre (normalmente) dos sujetos no residentes⁷⁴ y evita la doble imposición económica de la plusvalía⁷⁵ (fenómeno al que nos referiremos seguidamente).

73 Como ya han hecho India, China, República Dominicana, Indonesia, Mozambique, Panamá y Perú, CUI, W. (2014), *Taxing Indirect Transfers: Improving an Instrument for Stemming Tax and Legal Base Erosion*, *Virginia Tax Review*, Vol. 33, nº 4, p. 654; TREPELKOV, A.; TONINO, H.; HALKA, D. (2015), *United Nations Handbook on Selected Issues in protecting the Tax Base of Developing Countries*, United Nations, New York, p. 145.

74 «Dado que se considera que las ganancias imponible fueron realizadas por la entidad local propietaria de los activos (y no por un no residente)» lo que significa que «la autoridad tributaria puede utilizar contra dicha entidad local todas las herramientas de aplicación de las que dispone», PLATAFORMA DE COLABORACIÓN EN MATERIA TRIBUTARIA (2020), *Tributación de las transferencias indirectas transnacionales: una guía práctica*, ob. cit., pp. 50-51.

75 «dado que la base de los activos locales que se consideran enajenados se ajusta para equipararla al valor de mercado en manos de la entidad local propietaria de los activos». PLATAFORMA DE COLABORACIÓN EN MATERIA TRIBUTARIA (2020), *Tributación de las transferencias indirectas transnacionales: una guía práctica*, ob. cit., p. 51.

Junto al establecimiento de un derecho de imposición sobre las rentas consideramos muy conveniente la introducción de una norma antiabuso⁷⁶ ya se trate de una SAAR, como hizo India, o de una GAAR, como en el caso de China. Como ya hemos indicado, consideramos más adecuada la adopción de las SAAR si las operaciones de transferencia indirecta de acciones se realizan con frecuencia, dado que ofrecen, *a priori*, una mayor seguridad jurídica al permitir conocer el tratamiento conferido a cada caso con antelación frente al enfoque casuístico que implican las GAAR⁷⁷, que deberían reservarse únicamente para aquellos casos singulares no resueltos por la SAAR⁷⁸. También resulta interesante recordar el enfoque mixto seguido por la cláusula antiabuso peruana –antes comentada– que somete a gravamen las rentas derivadas de la operación en el caso de que el contribuyente no residente en Perú sea residente en un paraíso fiscal o jurisdicción de baja tributación.

En el ámbito de la fiscalidad internacional, resulta necesario llevar a cabo un trabajo cooperativo entre distintas jurisdicciones fiscales centrado en la revisión de la red de CDIs firmados al objeto de incluir la versión más reciente del artículo 13(4) tanto del Modelo de Convenio de la OCDE, como el de la ONU, acompañada de las oportunas cláusulas antiabuso (ya sea una cláusula LOB de limitación de beneficios o una cláusula PPT de prueba del objetivo principal).

Por lo que se refiere al España, como alerta ALMUDÍ CID, nuestro país ha formulado una reserva a los comentarios al artículo 13 del Modelo de Convenio de la OCDE al objeto de garantizar, incluso en ausencia de una norma antiabuso específica, que las ganancias patrimoniales derivadas de la transmisión de acciones o participaciones o derechos sobre el capital social que directa o indirectamente permitan disfrutar de un inmueble situado en España resulten gravadas en nuestro país. Como afirma este autor «de cara a la interpretación de los CDI celebrados por España, dicha reserva podría llegar a considerarse parte del contexto en el que se ha gestado el convenio, condicionando su aplicación» cuando éste no prevea un apartado de contenido similar al artículo 13(4) del Modelo de Convenio de la OCDE resultando «igualmente relevante al objeto de la exégesis y aplicación del convenio en cuestión»⁷⁹.

Junto a esta actualización de la red de CDIs y la inclusión de la correspondiente cláusula antiabuso, resulta imprescindible asegurar que el Estado de la fuente cuenta con una definición de bien inmueble (a la que, como hemos

76 Especialmente, si se opta por Modelo 2, al objeto de asegurar el conocimiento de la obligación por parte del Estado de la fuente, así como la correcta liquidación y asegurar el cobro del tributo debido.

77 Sobre las GAAR y su relación con los CDIs en el marco de la Acción 6 BEPS, véase BÁEZ MORENO, A. (2017), «GAARs and Treaties: From the Guiding Principle to the Principal Purpose Test. What Have We Gained from BEPS Action 6?». *Intertax*, Vol. 45, nº 6-7, pp. 432-446 y BÁEZ MORENO, A. (2016), «La cláusula del propósito principal (Principal Purpose Test). Un análisis crítico de la acción 6 del Proyecto BEPS», *Revista de Contabilidad y Tributación. CEF*, nº 404, pp. 5-52.

78 De hecho, según constata la ONU, la GAAR introducida por China ha ofrecido resultados poco satisfactorios debido a la incertidumbre que genera su aplicación general y que ha dado pie a dudosas prácticas fiscales que pretenden negociar la aplicación de esta cláusula una vez consumada la transferencia, TREPELKOV, A.; TONINO, H.; HALKA, D., *United Nations Handbook on Selected Issues in protecting the Tax Base of Developing Countries*, ob. cit., p. 147.

79 ALMUDÍ CID, J.M. (10 de noviembre de 2022), Sujeción al IRNR de la transmisión indirecta de inmuebles radicados en España: efectos de la reserve Española al artículo 13 del Modelo de Convenio de la OCDE tras la ratificación del Convenio Multilateral, ob. cit.

comentado, se remiten ambos modelos de convenio a efectos de la imposición del gravamen) adecuada a los efectos de permitir el gravamen de la transferencia indirecta del bien inmueble situado en su territorio⁸⁰.

No obstante, debemos resaltar muy positivamente que el Convenio Multilateral para aplicar las medidas relacionadas con los tratados fiscales para prevenir la erosión de las bases imponibles y el traslado de beneficios (conocido como MLI por sus siglas en inglés) haya facilitado la difusión de este artículo 13(4) entre los CDIs ya en vigor dado que su artículo 9 está destinado a la tributación de las «Ganancias de capital procedentes de la enajenación de acciones o derechos asimilables en entidades cuyo valor proceda principalmente de bienes inmuebles», resultando de aplicación a estos casos la cláusula antiabuso específica del propósito principal del artículo 7 MLI.

Sobre los efectos del MLI respecto a nuestro país, ALMUDÍ CID precisa que «España ha optado por la cláusula contenida en el apartado 4 de este artículo 9 MLI, en la que se establece un ratio del 50% y se cubren las transmisiones directas e indirectas de activos inmobiliarios, por contraposición al apartado 1, donde se mantiene lo estipulado por cada CDI, modificando la regla de los 365 días y la referencia a los partnerships o trusts. De este modo, si concurre la voluntad del otro Estado contratante, se aplicará inicialmente el artículo 9.4 salvo que la otra parte opte por lo dispuesto en el artículo 9.1, al preexistir una cláusula de esta naturaleza en el CDI, en cuyo caso esa resultará la norma aplicable. A raíz de lo anterior, las posiciones manifestadas por los Estados parte del CML han propiciado que se hayan introducido ex novo o se haya actualizado la configuración de esta cláusula antiabuso específica en los convenios celebrados por España con Argelia, Andorra, Australia, Barbados, Bélgica, Bosnia Herzegovina, Canadá, Chile, Costa Rica, Croacia, Egipto, Eslovaquia, Eslovenia, Estonia, Francia, Irlanda, Israel, Malta, Nueva Zelanda, Pakistán, Portugal, Serbia y Uruguay»⁸¹.

A pesar de que consideramos necesario proceder a asegurar el derecho de imposición del Estado de la fuente a través de su inclusión, en los términos que hemos indicado en este trabajo, en la normativa interna de dicho Estado y en los CDIs firmados por éste, consideramos igualmente inexcusable alertar acerca del alto riesgo –derivado del marco normativo así diseñado– de que la plusvalía derivada de la transferencia indirecta *offshore* sea objeto de una doble imposición tanto jurídica (debido a la existencia e intervención en la operación de distintas jurisdicciones fiscales que se consideren competentes para gravar la plusvalía derivada de la operación), como económica (debida a la existencia de distintas filiales que intermedian en la operación lo que puede llevar al Estado de la fuente a gravar la plusvalía en cada uno de los niveles de intervención de estas filiales).

80 Sobre la importancia del concepto de propiedad inmobiliaria a los efectos del CDI, véase SCHWARZ, J. (2019), Indirect transfers: What is an indirect interest in immoveable property in the natural resource sector, and what is it worth?, *Kluwer International Tax Blog*, accesible en: <https://kluwertaxblog.com/2019/08/01/indirect-transfers-what-is-an-indirect-interest-in-immoveable-property-in-the-natural-resource-sector-and-what-is-it-worth/>

81 ALMUDÍ CID, J.M. (10 de noviembre de 2022), Sujeción al IRNR de la transmisión indirecta de inmuebles radicados en España: efectos de la reserva Española al artículo 13 del Modelo de Convenio de la OCDE tras la ratificación del Convenio Multilateral, ob. cit.

El verdadero problema que se esconde tras estas situaciones de doble imposición es el efecto disuasorio o desalentador que puede causar en el cumplimiento de sus obligaciones fiscales en el Estado de la fuente en los contribuyentes que ven como la operación se ve sometida a una tributación injusta.

En el caso de la doble imposición jurídica originada por el gravamen de la plusvalía por distintas jurisdicciones fiscales, se constata que ni el Modelo de Convenio para evitar la doble imposición de la OCDE ni el de la ONU abordan en la actualidad esta problemática⁸², por lo que si los Estados de la fuente desean corregirla, deben hacerlo por medio de su normativa tributaria doméstica⁸³.

En el caso de la doble imposición económica sufrida en el Estado de la fuente y provocada por la intervención de distintas filiales intermediarias en la transferencia, la dificultad y complejidad que su corrección entraña desde un punto de vista económico provoca que no abunden⁸⁴ los ejemplos de jurisdicciones fiscales que adoptan medidas para su corrección. No obstante, es posible destacar el caso de EEUU y de China. En relación con EEUU, el recurso a un *software* contable avanzado específico para estas situaciones permite identificar y someter a gravamen la ganancia obtenida por cada intermediario de la operación sin someter a gravamen la totalidad de la ganancia en el impuesto aplicado a cada intermediario⁸⁵.

Por su parte, la solución concebida por China para evitar la doble imposición económica pasa por considerar que la transferencia indirecta *offshore* constituye una venta del bien inmueble subyacente en la operación, en lugar de considerarla una transmisión de acciones⁸⁶. Esta solución sigue el denominado «*Look-thorough approach*»⁸⁷ recogido por la Circular 698 aprobada por las autoridades fiscales chinas y que contiene los criterios administrativos que estas deben aplicar en relación con la GAAR aplicable en estos casos⁸⁸.

Y, paralelamente, por lo que se refiere a la necesaria modificación normativa en la esfera del Derecho Internacional de Inversiones, los Estados deberían reestructurar el marco normativo ofrecido por su red de APPRI. A tal fin, debe-

82 TREPELKOV, A.; TONINO, H.; HALKA, D. (2015), *United Nations Handbook on Selected Issues in protecting the Tax Base of Developing Countries*, ob. cit., p. 151.

83 Sobre las distintas opciones implementadas por algunos Estados véase TOLEDANO, P.; BUSCH, J.; MANDELBAUM, J. (2017), *Designing a legal regime to capture capital gains tax on indirect transfers of mineral and petroleum rights: a practical guide*, ob. cit., pp. 22-24.

84 Corrección que si bien no es habitual en el caso de transferencias indirectas *offshore*, sí es una práctica habitual en relación con las transferencias indirectas *onshore* donde el Estado de la fuente intenta corregir la doble imposición económica sufrida en el marco de la adopción de regímenes especiales en el impuesto sobre sociedades como son el régimen de consolidación fiscal o en régimen de operaciones intragrupo, TREPELKOV, A.; TONINO, H.; HALKA, D. (2015), *United Nations Handbook on Selected Issues in protecting the Tax Base of Developing Countries*, ob. cit., p. 149.

85 TREPELKOV, A.; TONINO, H.; HALKA, D. (2015), *United Nations Handbook on Selected Issues in protecting the Tax Base of Developing Countries*, ob. cit., p. 149-150.

86 TREPELKOV, A.; TONINO, H.; HALKA, D. (2015), *United Nations Handbook on Selected Issues in protecting the Tax Base of Developing Countries*, ob. cit. p. 150.

87 CUI, W. (2014), «Taxing indirect transfers. Improving an instrument for stemming tax and legal base erosion», ob. cit., pp. 684 ss.

88 TREPELKOV, A.; TONINO, H.; HALKA, D. (2015), *United Nations Handbook on Selected Issues in protecting the Tax Base of Developing Countries*, ob. cit., pp. 150-151.

rían proceder a la renegociación⁸⁹ de los antiguos APPRIs (poco cautelosos a la hora de limitar el acceso al arbitraje de inversiones) o introducir en los nuevos APPRIs que se negocien y firmen las precauciones necesarias para limitar a los inversores el acceso al arbitraje en este tipo de controversias fiscales que pueden vaciar de contenido la potestad de imposición del Estado de la fuente⁹⁰ dificultando así el cumplimiento de los objetivos marcados en el Proyecto BEPS, en concreto en su Acción 6.

4. Bibliografía

ALENCAR, H. (2020), Capital gains taxes and offshore indirect transfers, OXFAM.

ALMUDÍ CID, J.M. (10 de noviembre de 2022), Sujeción al IRNR de la transmisión indirecta de inmuebles radicados en España: efectos de la reserva Española al artículo 13 del Modelo de Convenio de la OCDE tras la ratificación del Convenio Multilateral, *FiscalBlog*. <https://fiscalblog.es/sujecion-al-irnr-de-la-transmision-indirecta-de-inmuebles-radicados-en-espana-efectos-de-la-reserva-espanola-al-articulo-13-4-del-modelo-de-convenio-de-la-ocde-tras-la-ratificacion-del-convenio-mul/>

BÁEZ MORENO, A. (2019), «Transferencias indirectas de sociedades residentes y convenios de doble imposición en Iberoamérica» en A. Báez Moreno; J. M. Castro Arango (Eds.), *Problemas de la tributación internacional en Iberoamérica: una visión desde los diez años de la OITI*, OITI y Universidad de Externado.

BÁEZ MORENO, A. (2017), «GAARs and Treaties: From the Guiding Principle to the Principal Purpose Test. What Have We Gained from BEPS Action 6?». *Intertax*, Vol. 45, nº 6-7, 2017.

⁸⁹ Teniendo en cuenta los períodos de pervivencia del acuerdo en virtud de lo dispuesto por la cláusula de remanencia o *sunset clause* del APPRI.

⁹⁰ En este sentido, el Acuerdo de Cooperación y Facilitación de las Inversiones Brasil-India (*Co-operation and Facilitation Investment Agreement*, CFIA) firmado en 2020 podría constituir un ejemplo a seguir. Este Acuerdo, a diferencia de los APPRIs tradicionales concede el mismo trato a los inversores extranjeros y a los nacionales y no prevé ni el acceso al arbitraje de inversiones ni contiene estándares de trato cuya amplia y ambigua redacción pueda ser utilizada por los contribuyentes extranjeros para atacar las medidas tributarias adoptadas por el Estado anfitrión, como por ejemplo la cláusula FET o la cláusula de expropiación indirecta. Además, por lo que se refiere al ámbito tributario en concreto, el Acuerdo incluye una serie de disposiciones que tienen como objetivo específico proteger el derecho soberano de las partes a tributar. En primer lugar, incluye una exclusión fiscal general, que establece que dicho Acuerdo no se aplicará a ninguna ley o medida en materia fiscal, incluidas las medidas adoptadas para hacer cumplir las obligaciones fiscales, aclarando el artículo 20 el alcance y la aplicación de la exención de las medidas fiscales de la aplicación del Acuerdo. Además, el Acuerdo prevé expresamente que los inversores y sus inversiones deberán cumplir la legislación fiscal y sus obligaciones fiscales. Por último, las disposiciones que regulan áreas específicas como la responsabilidad social de las empresas y el intercambio de información incluyen cláusulas fiscales. La concreta redacción de este Acuerdo pone de manifiesto un esfuerzo minucioso de las partes del tratado por preservar su espacio fiscal y reglamentario, si bien habrá que esperar a futuros laudos para comprobar la eficacia de dicho esfuerzo. Véase SONGY, M. (2024), *Reforming International Investment Law to Advance Tax Justice*, Columbia Center on Sustainable Investment Policy Brief, p. 13.

BÁEZ MORENO, A. (2016), «La cláusula del propósito principal (Principal Purpose Test). Un análisis crítico de la acción 6 del Proyecto BEPS». *Revista de Contabilidad y Tributación. CEF*, nº 404.

CUI, W.(2014), Taxing Indirect Transfers: Improving an Instrument for Stemming Tax and Legal Base Erosion, *Virginia Tax Review*, Vol. 33, nº 4.

HEARSON, M.; KANGAVE, J. (2016), *A review of Uganda's tax treaties and recommendations for action*, Working Paper nº 50, Institute of Development Studies, International Centre for Tax and Development, London.

HENRIQUES, B., Mozambique sues Rio Tinto for 239M in unpaid taxes, 360° Mozambique. <https://360mozambique.com/business/mining/mozambique-sues-rio-tinto-for-239m-in-unpaid-tax-revenues/>

JALAN, N.; RAO, A., (2021), «The Cairn award: retrospective taxation of indirect share transfers in India breaches Bilateral Investment Treaty». *Bulletin for International Taxation*, Vol. 75, nº 5.

KPMG (2016), «PRC non-resident Enterprise tax series: beneficial ownership & Indirect Disposals», *KPMG*. <https://assets.kpmg.com/content/dam/kpmg/cn/pdf/en/2016/09/beneficial-ownership-indirect-disposals.pdf>

KUZNIACKI, B.; VAN WEEGHEL, S. (2023), «Cairn Energy: when retroactive taxation not justified by prevention of tax avoidance is unfair and inequitable», *Arbitration International*, Vol. 39, Issues 1.

LASSOUD, T. (2022), *Offshore Indirect Transfers: Taxing the Sale of Mining Assets –Primer from Land-based mining practices*, Intergovernmental Forum on Mining, Minerals and Sustainable Development, https://www.isa.org.jm/wp-content/uploads/2022/12/IGF_presentation_OEWG_meeting.pdf

LORENZ & PARTNERS, NL216 Restructuring and capital gains tax (CGT) in China- an updates introduction and discussion, *LORENZ & PARTNERS*. <https://www.lorenz-partners.com/restructuring-and-capital-gains-tax-cgt-in-china-an-updated-introduction-and-discussion/>

MARTÍN JIMÉNEZ, A., «International Investment Agreements and anti-tax avoidance measures: incoherencies in the International Law system, systemic interpretation and taxpayer rights» en P. Pistone (Ed.), *Building Global International Tax Law*, IBFD, Países Bajos, 2022.

PLATAFORMA DE COLABORACIÓN EN MATERIA TRIBUTARIA (2020), *Tributación de las transferencias indirectas transnacionales: una guía práctica*, disponible en www.tax-platform.org/sites/pct/files/publications/Guía%20práctica%20para%20la%20implementación%20de%20obligaciones%20documentales%20eficaces%20en%20materia%20de%20precios%20de%20transferencia%20en%20países%20en%20desarrollo.pdf

PÉREZ BERNABEU, B. (2024), *Medidas tributarias y Acuerdos de protección de inversiones*, Tirant lo Blanch.

PETERSON, L.E. (3 abril 2018), Vietnam faces unusual BIT arbitration with seller and purchaser of assets teaming up to file a join claim in face of country's

threat to impose a capital gains tax, *Investment Arbitration Reporter*. <https://www.iareporter.com/articles/vietnam-faces-unusual-bit-arbitration-with-seller-and-purchaser-of-assets-teaming-up-to-file-a-joint-claim-in-face-of-countrys-threat-to-impose-a-capital-gains-tax/>

PROVOST, C. (2016), *Taxes on trial. How trade deals threaten tax justice*, Transnational Institute & Global Justice Now, <https://www.tni.org/files/publication-downloads/taxes-on-trial.pdf>

RIBES RIBES, A. (2017), «Transmisión indirecta de acciones como instrumento de elusión fiscal», *Fiscalidad Internacional y Negocios Transnacionales*, nº 5.

SCHWARZ, J. (2019), Indirect transfers: What is an indirect interest in immoveable property in the natural resource sector, and what is it worth?, *Kluwer International Tax Blog*, accesible en: <https://kluwertaxblog.com/2019/08/01/indirect-transfers-what-is-an-indirect-interest-in-immovable-property-in-the-natural-resource-sector-and-what-is-it-worth/>

SONGY, M. (2024), *Reforming International Investment Law to Advance Tax Justice*, Columbia Center on Sustainable Investment Policy Brief.

THANH HUYEN, D. (2021), Tax related investment arbitration. A critical view from a developing country's perspective». *Vietnam Law Magazine*, <https://vietnamlawmagazine.vn/tax-related-investment-arbitration-a-critical-view-from-a-developing-countrys-perspective-27534.html>

TOLEDANO, P.; BUSCH, J.; MANDELBAUM, J. (2017), *Designing a legal regime to capture capital gains tax on indirect transfers of mineral and petroleum rights: a practical guide*, Columbia Center on Sustainable Investment, 2017, disponible en <https://ccsi.columbia.edu/content/designing-legal-regime-capture-capital-gains-tax-indirect-transfers-mineral-and-petroleum>

TREPELKOV, A.; TONINO, H.; HALKA, D. (2015), *United Nations Handbook on Selected Issues in protecting the Tax Base of Developing Countries*, United Nations, New York.

UNCTAD (2021), *International investment agreements and their implications for tax measures: what tax policymakers need to know*, UNCTAD.

VAN DEN HURK, H. (2022), «Offshore indirect transfers: how to convert a legitimate but complex executabe taxing right for soure stataes into a balanced situation between source state taxing rights and taxpayers rights?» en J. Korving, N. Kerinc, F. Souza de Man (Eds.), *Taxes Crossing Borders (and Tax Professors Too). Liber Amicorum Prof. Dr R.G. (Rainer) Prokisch*, Maastricht University Press.

VAN OS, R.; KNOTTNERUS, R. (2011), *Dutch bilateral Investment treaties: a Gateway to Treaty shopping for Investment protection by multinational companies*, SOMO, disponible en <https://www.somo.nl/wp-content/uploads/2011/10/Dutch-Bilateral-Investment-Treaties.pdf>

VASUDEVAN, S.; NAGAPPAN, M. (2017), «Indirect transfer taxation in India: from Vodafone to Cairn». *Intertax*, Vol. 45, Issue 10.

VERBEEK, B.J. (2023), *Dutch bilateral investment treaties: 60 years of protecting multinationals*, SOMO, disponible en <https://www.somo.nl/dutch-bilateral-investment-treaties-60-years-of-protecting-multinationals/>