



COLECCIÓN CRÍTICA TRIBUTARIA
SERIE NUEVAS TENDENCIAS DE LA
TRIBUTACIÓN INTERNACIONAL Y COMPARADA

ABUSO EN EL INSTRUMENTO MULTILATERAL

UNA NUEVA MENTALIDAD
DE PLANEACIÓN INTERNACIONAL

Santiago Eduardo Gómez Cifuentes

UNIVERSIDAD DE LOS ANDES
Facultad de Derecho



**ABUSO EN EL
INSTRUMENTO MULTILATERAL**

**UNA NUEVA MENTALIDAD DE
PLANEACIÓN INTERNACIONAL**

COLECCIÓN CRÍTICA TRIBUTARIA

SERIE NUEVAS TENDENCIAS DE LA
TRIBUTACIÓN INTERNACIONAL Y COMPARADA

ABUSO EN EL INSTRUMENTO MULTILATERAL

UNA NUEVA MENTALIDAD DE PLANEACIÓN INTERNACIONAL

Santiago Eduardo Gómez Cifuentes

Gómez Cifuentes, Santiago Eduardo

Abuso en el Instrumento Multilateral. Una nueva mentalidad de planeación internacional / Santiago Eduardo Gómez Cifuentes. - Bogotá: Universidad de los Andes, Ediciones Uniandes, 2019.

80 páginas: ilustraciones; 14 × 21 cm - (Colección Crítica Tributaria.

Serie Nuevas Tendencias de la Tributación Internacional y Comparada)

ISBN 978-958-774-827-7

1. Derecho fiscal 2. Doble imposición internacional - Tratados - Colombia I. Universidad de los Andes (Colombia) II. Tit.

CDD 343.04

SBUA

Primera edición: abril del 2019

© Santiago Eduardo Gómez Cifuentes

© Universidad de los Andes, Facultad de Derecho

Ediciones Uniandes

Calle 19 n.º 3-10, oficina 1401

Bogotá, D. C., Colombia

Teléfono: 339 49 49, ext. 2133

<http://ediciones.uniandes.edu.co>

infeduni@uniandes.edu.co

ISBN: 978-958-774-827-7

ISBN e-book: 978-958-774-828-4

Para citar: <http://dx.doi.org/10.15425/2017.237>

Corrección de estilo: Tatiana Grosch

Diseño de maqueta y diagramación: Alejandro Ospina

Impresión: Xpress Estudio Gráfico y Digital S. A. S. - Xpress Kimpres

Carrera 69H n.º 77-40

Bogotá, D. C., Colombia

Teléfono: 602 08 08

Impreso en Colombia - *Printed in Colombia*

Universidad de los Andes | Vigilada Mineducación.

Reconocimiento como universidad: Decreto 1297 del 30 de mayo de 1964.

Reconocimiento de personería jurídica: Resolución 28 del 23 de febrero de 1949, Minjusticia.

Acreditación institucional de alta calidad, 10 años:

Resolución 582 del 9 de enero del 2015, Mineducación.

Todos los derechos reservados. Esta publicación no puede ser reproducida ni en su todo ni en sus partes, ni registrada en o transmitida por un sistema de recuperación de información, en ninguna forma ni por ningún medio, sea mecánico, fotoquímico, electrónico, magnético, electro-óptico, por fotocopia o cualquier otro, sin el permiso previo por escrito de la editorial.

Contenido

Lista de abreviaturas / 11

Introducción, alcance y contexto / 13

El origen de la Convención Multilateral para Aplicar las Medidas Relacionadas con los Tratados Fiscales para Prevenir la Erosión de las Bases Imponibles y el Traslado de Beneficios / 14

La finalidad del MLI a la luz del abuso tributario / 17

La aplicación del MLI y su interacción con los CDI / 21

La acción 6 de BEPS, el fundamento de los artículos 6.º y 7.º del MLI / 22

Formas de aplicación particulares de los artículos 6.º y 7.º del MLI en los CDI / 25

Inaplicación del preámbulo por lenguaje preexistente / 25

Aplicación del nuevo preámbulo reemplazando el preámbulo existente / 25

Adición del lenguaje del preámbulo al preámbulo existente / 26

Complemento del preámbulo con
cooperación y desarrollo económico / 26

Inaplicación del PPT por negociación directa entre las partes / 27

Inaplicación del PPT en determinados CTA para evitar
la redundancia / 27

Inaplicación de la LoB en determinados CTA para evitar
la redundancia / 28

Aplicación condicionada de la LoB y del artículo 7.º
a la reciprocidad / 28

Aceptación del PPT por existencia o inexistencia en el CDI / 29

Aplicación de la consulta bilateral
en el marco del PPT de común acuerdo / 30

Aplicación de la LoB por existencia o inexistencia en el CDI / 30

Aceptación eventual de la cláusula LoB / 31

Aplicación de los artículos 6.º y 7.º del MLI
en los CDI suscritos por Colombia / 33

CDI Colombia-Canadá / 34

CDI Colombia-Chile / 34

CDI Colombia-España / 35

CDI Colombia-Francia / 36

CDI Colombia-India / 36

CDI Colombia-Corea / 37

CDI Colombia-México / 38

CDI Colombia-Portugal / 38

CDI Colombia-República Checa / 39

CDI Colombia-Suiza / 40

CDI no cubiertos / 40

Alcance e implicaciones de la aplicación del artículo 7.º(1) del MLI respecto al test de propósito principal (Principal Purpose Test) / 45

La principalidad del propósito de obtener un beneficio fiscal / 46

La razonabilidad bajo todos los hechos y circunstancias relevantes / 53

Alcance de la cláusula simplificada de limitación de beneficios (S-LoB) / 57

Treaty shopping y la finalidad de las cláusulas LoB / 57

Aplicación de la S-LoB del artículo 7.º(8) a 7.º(13) del MLI / 60

Compañías y fondos de inversión como personas calificadas / 62

Bona fide: aproximación y uso justo de la convención / 64

Propiedad y temporalidad: criterios de aplicación de los beneficios / 67

Concesión de beneficios a la luz del objetivo del tratado / 68

Conclusiones / 71

Bibliografía / 75

Lista de abreviaturas

BEPS	Base Erosion and Profit Shifting (reporte para atacar la erosión a la base imponible y el traslado de beneficios de la OCDE)
CDI	Convenios para evitar la doble imposición
CTA	Covered Tax Agreement (convenios fiscales comprendidos)
CVDT	Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados
EBITB	Erosión a la base imponible y traslado de beneficios
LoB	Limitation of Benefits (limitación de beneficios)
MLI	Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent BEPS o Multilateral Instrument (convención multilateral para aplicar las medidas relacionadas con los tratados fiscales para prevenir la erosión de las bases imponibles y el traslado de beneficios)
OCDE	Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos
PPT	Principal Purpose Test (test de propósito principal)
S-LoB	Simplified Limitation of Benefits (cláusula simplificada de limitación de beneficios)
VPN	Valor presente neto

Introducción, alcance y contexto

El presente estudio tiene como objetivo analizar la aplicación del artículo 7.º del Instrumento Multilateral de la OCDE, recientemente suscrito por Colombia. En particular, se pretende analizar la aplicación y el alcance del test de propósito principal en los términos planteados por el artículo 7.º(1) de la convención. Este test se estructura como una medida para restringir el abuso tributario en el marco de estructuras de planeación fiscal que se benefician de los convenios de doble imposición. Lo cierto es que este test, previsto en el artículo 7.º(1), es una regla antiabuso general cuya textura abierta¹ puede traducirse en una dosis de incertidumbre para el contribuyente. La definición de qué transacciones pueden considerarse abusivas en el marco del artículo pareciera quedar sujeta a todo tipo de interpretaciones en perjuicio de la seguridad jurídica².

-
- 1 “Los sistemas jurídicos de toda sociedad deben lidiar con los problemas de indeterminación de sentido, propios de todo lenguaje natural, a saber: la ambigüedad, la vaguedad o la textura abierta [...] toda expresión, aunque no sea ambigua ni vaga, tiene una ‘textura abierta’, por lo que, eventualmente, puede perder sus atributos de precisión, enfrentándose a casos en el que su uso puede presentar ‘perplejidades’ o desconciertos ‘legítimos’”. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-350 del 2009 (M.P. María Victoria Calle Correa: mayo 20 del 2009).
 - 2 “En el ámbito de la certeza y estabilidad jurídica (seguridad jurídica) [está] la existencia de precisos términos para que la administración o el juez adopten decisiones y el principio de conocimiento de las normas aplicables al caso concreto”. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-250 del 2012 (M.P. Humberto Antonio Sierra: marzo 28 del 2010); Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-458 del 2003 (M.P. Marco Gerardo Monroy: junio 5 del 2003); y Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-502 del 2002 (M.P. Eduardo Montealegre Lynett: junio 27 del 2002).

También se busca analizar la aplicación de la cláusula simplificada de limitación de beneficios planteada en el artículo 7.º(8) al 7.º(13) de este instrumento, pues su impacto no es menor en la posibilidad de que los contribuyentes puedan acceder a los beneficios de un convenio para evitar la doble imposición. Así mismo, se pretende realizar algunas consideraciones sobre las implicaciones de los cambios en los preámbulos de los convenios suscritos por Colombia para evitar la doble imposición, que surgen a partir de la aplicación del artículo 6.º del Instrumento Multilateral.

Para esto se busca ofrecer un marco conceptual que permita llegar a interpretaciones razonables y —en la medida de lo posible— objetivas, especialmente al dar aplicación al artículo 7.º en cuestión. Lo anterior, para que los contribuyentes puedan tener certeza de qué estructuras caen en el ámbito de aplicación del mismo y, también, para que las administraciones tributarias puedan fiscalizar con criterios rigurosos.

El origen de la Convención Multilateral para Aplicar las Medidas Relacionadas con los Tratados Fiscales para Prevenir la Erosión de las Bases Imponibles y el Traslado de Beneficios

No es asunto nuevo que los grupos multinacionales busquen estrategias de planeación fiscal para reducir su carga tributaria global. Pero la crisis financiera del 2008, en conjunción con el gran cubrimiento mediático que tuvo el fenómeno de la planeación fiscal y la elusión tributaria, dieron paso al surgimiento de una preocupación pública sobre las políticas tributarias y las estrategias de planeación de estos grupos multinacionales³. En un entorno altamente volátil, los políticos, alimentados por la protesta pública, reaccionaron para promover la prevención de la elusión fiscal y sancionar normas que la hicieran posible⁴. Gerentes de grandes compañías multinacionales tuvieron que enfrentar el escrutinio público⁵ y los organismos internacionales, como la OCDE, tomaron cartas en el asunto.

3 Yariv Brauner, "What the BEPS". *Florida Tax Review* 16 (2014): 57.

4 Véase: Manal S. Corwin, "Sense and sensibility: the policy and politics of BEPS", en *Current and Quotable Tax Notes* (2014).

5 Véase, por ejemplo: BBC, "Starbucks, Google and Amazon grilled over tax avoidance", acceso en noviembre del 2012, <https://www.bbc.com/news/business-20288077>

Así, desde la expedición del reporte para atacar la erosión a la base imponible y el traslado de beneficios (BEPS, por su sigla en inglés), en febrero del 2013, las naciones miembro de la OCDE comenzaron a considerar necesaria la adopción de medidas concretas que fueran idóneas para contrarrestar estos fenómenos lesivos para el recaudo. A partir de este reporte surgieron las quince acciones del plan BEPS, destinadas a evaluar el estado de las reglas de tributación internacional y formular las estrategias para su renovación.

El objetivo de las acciones es incrementar la transparencia de los sistemas tributarios, mejorar la coherencia de las normas locales en un contexto de transacciones transnacionales y, lo más importante, fortalecer los requisitos sustanciales en el estándar de la tributación internacional, pues los efectos y beneficios de instrumentos de tributación internacional como los convenios para evitar la doble imposición (CDI) se habían visto desfigurados con la obsolescencia ante el cambiante mundo de los negocios⁶.

Planteada así la cuestión, un instrumento multilateral de derecho internacional, como lo es un convenio abierto a suscripción y ratificación de múltiples Estados, resultó ser la solución perfecta para aplicar de forma eficiente las recomendaciones que se habían desarrollado con las acciones del plan BEPS. Así, se permitiría a las diferentes jurisdicciones modificar y adicionar sus convenios para evitar la doble imposición e implementar estas medidas sin necesidad de renegociar cada uno de los tratados; especialmente considerando que la OCDE estima que a nivel mundial se han suscrito más de tres mil CDI⁷.

En este contexto surgió el Convenio Multilateral contra la Erosión de la Base Imponible y el Traslado de Beneficios de la OCDE⁸ (*Multilateral Instrument* en inglés o MLI), que introduce las medidas desarrolladas en el plan de acción BEPS en un tratado multilateral sujeto a firma y ratificación por parte de cualquier Estado⁹. Al hacerlo, estos hacen extensiva la aplicación del MLI como instrumento

6 OCDE, *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting* (OECD Publishing, 2013).

7 Explanatory Statement to The Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent Base Erosion and Profit Shifting, acceso el 7 de junio del 2017, <http://www.oecd.org/tax/treaties/explanatory-statement-multilateral-convention-to-implement-tax-treaty-related-measures-to-prevent-beps.pdf>.

8 Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent BEPS, acceso el 7 de junio del 2017, <http://www.oecd.org/tax/treaties/multilateral-convention-to-implement-tax-treaty-related-measures-to-prevent-beps.pdf>.

9 Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent BEPS. Artículo 27 (7 de junio del 2017).

de derecho internacional a sus relaciones transnacionales y, concomitantemente, influyen en la aplicación de los CDI que hayan suscrito.

El MLI es un convenio que puede ser modificatorio o aditivo de las provisiones de un CDI, pero ambos no necesariamente deben constituir un tratado unitario, sino que pueden coexistir de forma complementaria. Es decir, el MLI tiene una finalidad diferente a los CDI, no los deroga ni tampoco podría decirse que los CDI entran en desuso con este convenio multilateral. Tanto es así, que el MLI no tiene la entidad de modificar unilateralmente los CDI suscritos, sino que el acuerdo entre los Estados contratantes del CDI y del MLI es necesario para que las cláusulas de este último puedan operar. Lo hacen incluyendo correlativamente un CDI como convenio fiscal comprendido (CTA, por su sigla en inglés), dando prevalencia al principio *pacta sunt servanda*, que implica que todo tratado obliga a las partes y debe ser ejecutado por ellas de buena fe¹⁰.

En efecto, el artículo 1.º del MLI especifica que este solo modifica un *Covered Tax Agreement* (CTA) o convenio fiscal comprendido. El artículo 2.º(1)(a) de este instrumento describe un CTA como todo convenio que cumple con la condición de estar en vigor entre dos partes y, adicionalmente, que cada parte del tratado haya notificado de su intención de incluirlo. Se incluye un CDI identificándolo como un convenio que desea que se encuentre cubierto por el MLI. Si un convenio no está cubierto por el MLI, no se ve afectado por su normatividad.

De hecho, el MLI puede considerarse como un acuerdo posterior que versa sobre el mismo tema sobre el que versan los CDI. En este orden de ideas, la aplicación del MLI complementa la normativa de los CDI, toda vez que estos últimos no se suspenden o terminan. Lo anterior, porque el artículo 30.º(3) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (CVDT) determina que la normatividad de un tratado anterior (en este caso, el CDI), que versa sobre la misma materia de otro, se aplica en la medida en que no sea contrario a la normatividad posterior (en este caso, al MLI). Al respecto, la “declaración explicativa”¹¹ del MLI da luces sobre la importancia de seguir el artículo 30.º(3) de la CVDT cuando se deban tratar conflictos entre el MLI y un CDI. En últimas, se trata de una cláusula de compatibilidad entre tratados

10 Vienna Convention on the Law of Treaties Done at Vienna. Artículo 26 (23 de mayo de 1969).

11 Explanatory Statement to the Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent Base Erosion and Profit Shifting, acceso el 7 de junio del 2017, <http://www.oecd.org/tax/treaties/explanatory-statement-multilateral-convention-to-implement-tax-treaty-related-measures-to-prevent-BEPS.pdf>.

que busca prevenir los conflictos típicos que surgen en el derecho internacional por causa de (1) la falta de jerarquías entre tratados; y (2) la falta de un órgano legislativo central que pueda proveer continuidad y congruencia a los convenios¹².

La finalidad del MLI a la luz del abuso tributario

Sin duda, una de las mayores dificultades que enfrentan las naciones al momento de negociar un CDI, sin importar que se tome como base alguna de las versiones del Modelo de Convenio de la OCDE¹³, es la posibilidad de estar abriendo la puerta para reducir la carga tributaria de entidades y personas con capacidad de sacar ventaja de los desajustes entre las legislaciones de diferentes países¹⁴ y de los convenios. Esto con el objetivo de (1) minimizar la carga tributaria en el Estado de la fuente; (2) reducir o evitar la retención en la fuente; (3) reducir o evitar la tributación a nivel del receptor de un ingreso; o (4) reducir o evitar la tributación a nivel de la compañía matriz¹⁵.

Teniendo esto en cuenta, el MLI implementa medidas a nivel del CDI destinadas a evitar que se confieran beneficios cuando: (1) la persona a quien está destinado el beneficio no cumple con requisitos que evidencien una conexión suficiente con el Estado contratante del CDI; o (2) cuando se observa que uno de los propósitos principales de la transacción es obtener ventajas tributarias y que estos beneficios resultan inarmónicos con el propósito del CDI¹⁶, a saber, evitar la doble imposición, así como evitar la elusión y evasión fiscales¹⁷.

Estas medidas pretenden fundamentalmente precisar la discusión alrededor de la limitación o denegación de beneficios derivados de los CDI. Especialmente en las estructuras que caen por fuera de la aplicación de las normas generales antielusión o antiabuso locales, o en los eventos en que el único recurso para limitar o negar el

12 Nathalie Bravo, "The multilateral tax instrument and its relationship with tax treaties". *World Tax Journal* 8, n.º 3 (2016): 284.

13 Véase: OCDE, *Model Tax Convention on Income and on Capital: 2017* (versión condensada) (OECD Publishings), 2017.

14 Madalina Cotrut, *International Tax Structures in the BEPS Era: An Analysis of Anti-abuse Measures* (IBFD, 2015), 15.

15 Karin Simader y Elisabeth Titz, *Limits to Tax Planning* (Linde, 2013), 15.

16 OCDE/G20, *Base Erosion and Profit Shifting Project. Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances Action 6: 2015* (reporte final) (OECD Publishings, 2015).

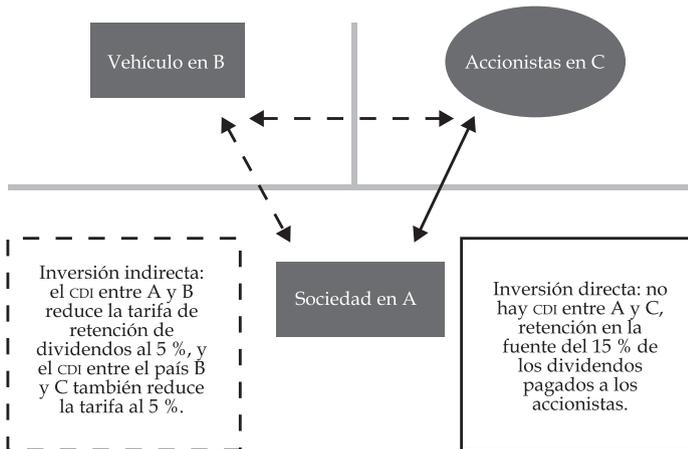
17 Desde el 2003, la OCDE incluyó en el comentario al artículo 1.º, apartado 7, de los comentarios a los artículos del Modelo de Convenio Tributario, que los CDI no solo buscan evitar la doble imposición sino que su propósito también es evitar la elusión y la evasión fiscales.

beneficio queda supeditado a una interpretación sistemática dependiente de dar valor interpretativo a los comentarios a los artículos del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE.

Para aclarar la afirmación anterior puede ser útil un ejemplo de *treaty shopping*. Piénsese en una transacción que se valga de un vehículo, posiblemente de una sociedad en el país B, cuyo único propósito fuera el de recibir los pagos por concepto de dividendos provenientes de una sociedad en el país A, aplicando una tasa reducida de retención en la fuente contemplada en un CDI. Este vehículo en el país B recibe y distribuye inmediatamente los beneficios por concepto de dividendos a sus accionistas, que son residentes del país C y que claramente no estarían cobijados por los beneficios del CDI entre el país A y el país B.

Si bien es necesario tener en cuenta todos los hechos y circunstancias relevantes, a primera vista podría pensarse que el vehículo no es el beneficiario efectivo de la transacción. El resultado de la estructura es que los accionistas logran una menor tarifa de tributación combinada al escoger invertir a través de vehículos en países con redes de tratados idóneos para reducir la carga impositiva.

Gráfica 1. *Treaty shopping* y distribución de dividendos



Fuente: elaboración propia.

Así, y reiterando que se deben analizar las condiciones particulares del vehículo y de la operación, esta transacción podría no estar cobijada por la aplicación de la normativa antiabuso local¹⁸, sin mencionar las dificultades prácticas y probatorias alrededor de su aplicación¹⁹. Si bien los comentarios a los artículos del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE mencionan que los Estados no están obligados a conferir los beneficios del tratado en este tipo de esquemas en los que el beneficiario efectivo de los dividendos no es residente de un Estado contratante²⁰, en el evento de una discusión judicial surgiría la pregunta inagotable sobre la obligatoriedad de los comentarios como fuente de derecho o interpretación. Más aún, sobre la definición y el alcance del término *beneficiario efectivo* que, si bien adquirió ciertos rasgos particulares desde la versión 2014 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE, siguen siendo objeto de amplia discusión doctrinal y jurisprudencial.

En el ejemplo anterior, las herramientas para negar los beneficios del tratado parecen insuficientes y quedan sometidas a un amplio margen de interpretación por parte del operador judicial y de discusión fáctica, incluso si el propósito principal de la transacción es reducir la carga impositiva o si el vehículo en el país B carece de sustancia económica²¹.

Pero la situación es otra si el MLI incorpora una cláusula antiabuso general que permite indagar sobre el propósito principal del

18 Por ejemplo, cuando se han asignado funciones administrativas al vehículo que puedan otorgar suficiente grado de convencimiento sobre la sustancia económica y, además, no existan acuerdos de los que se pueda derivar una obligación de transferir inmediatamente los beneficios derivados de los dividendos.

19 “[...] Third, in countries where the domestic GAAR exists, a broad reading of beneficial owner will permit the tax authorities to achieve the same or similar effects of applying the domestic GAAR without having to follow ‘the nuisance’ of special procedures or requirements (e.g. in terms of burden of proof) that usually are connected with the GAAR...”. Michael Lang, Pasquale Pistone, Josef Schuch, Claus Staringer y Alfred Storck, *Beneficial Ownership: Recent Trends* (IBFD, 2013), 139.

20 *Model Tax Convention on Income and on Capital 2014* (versión completa) (OECD Publishings, 2014). “It makes plain that the State of source is not obliged to give up taxing rights over dividend income merely because that income was immediately received by a resident of a State with which the State of source had concluded a convention”.

21 “[...] a broad reading of beneficial ownership may permit reaching a similar effect as having it inserted in the treaty but with one advantage: no conditions for treaty access are defined and the tax authorities may have a wider margin for manoeuvre...”. Michael Lang, Pasquale Pistone, Josef Schuch, Claus Staringer y Alfred Storck, *Beneficial Ownership: Recent Trends* (IBFD, 2013), 140.

negocio y sanciona con la limitación de los beneficios del tratado a las estructuras cuya intención es, principalmente, reducir la carga fiscal.

Entonces, si el país A y B suscribieran el MLI y mutuamente decidieran incorporar la cláusula simplificada de limitación de beneficios ahí consagrada podrían considerar que el vehículo en el país B no es una persona calificada en los términos del numeral 9(c), 9(e) y 10(a) del artículo 7.^o²². Por ende, sería posible limitar el acceso a la tasa reducida de retención en la fuente para dividendos del convenio entre A y B; sin necesidad de hacer esfuerzos interpretativos frente al alcance del término beneficiario efectivo y sin necesidad de recurrir a los comentarios de la OCDE.

Dicho esto, con un simple ejemplo salta a la vista que la inclusión expresa de medidas antiabuso en el Instrumento Multilateral dota de herramientas jurídicas a las administraciones tributarias en la discusión jurídica alrededor del abuso tributario. Además, lo hace con una mayor fuerza vinculante para los Estados contratantes al provenir de una fuente de derecho internacional, como lo es un tratado²³.

Antes de continuar es preciso insistir en que se contempla un régimen destinado a evitar el aprovechamiento de los CDI como instrumentos para reducir — o incluso evitar — las cargas tributarias; lo cual excede la finalidad de los mismos a los ojos de la OCDE. Es decir, entre líneas, la propuesta del Instrumento Multilateral es independizar la restricción de la elusión fiscal de la efectividad de las cláusulas antiabuso y antielusión locales, de forma que se *positivizan* las reglas concernientes al abuso tributario a nivel internacional. ¿Cómo operan en concreto estas reglas? ¿Cómo interactúan las mismas frente a los convenios de doble imposición ya suscritos? Estas son algunas de las preguntas que se pretende responder.

22 En la medida en que no sea una compañía cotizada en bolsa, que los dueños del país C no sean residentes del país A pero sean dueños de más del 50 % de las acciones del vehículo en B y en la medida en que el vehículo en B sea en efecto un vehículo y no esté participando de la conducción activa de un negocio en el país A, de forma que en ninguno de los eventos sea considerado una persona calificada y/o pueda acceder a los beneficios del tratado.

23 Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, Anexo a la Carta de la Organización de las Naciones Unidas. Artículo 38.^o(1)(a) (26 de junio de 1945). “[...] 1. La Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar: a. las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes...”.

La aplicación del MLI y su interacción con los CDI

Frente a la interacción con los convenios para evitar la doble imposición es preciso anotar que la incorporación de las cláusulas del MLI tiene variadas formas de adopción. Es decir, no hay una manera única de suscribir el MLI, pues se trata de un instrumento flexible.

Además, no hay que olvidar que este instrumento es el reflejo del estándar mínimo sobre las medidas para evitar la erosión a la base imponible y traslado de beneficios (EBITB) del plan de acción BEPS. Así, el MLI pretende reflejar el conjunto de normas fiscales internacionales basadas en el consenso para evitar la EBITB¹; como parte de este consenso, las quince acciones del plan BEPS definen un estándar mínimo que debe respetarse al momento de escoger una forma de adopción del MLI.

En particular, frente a la prevención de la concesión de beneficios de convenios para evitar la doble imposición en circunstancias inapropiadas o abusivas, la acción 6 del plan BEPS enmarca tanto el estándar mínimo como las mejores prácticas recomendadas para contrarrestar este fenómeno y son estas, precisamente, las que inspiran la redacción del artículo 7.º del MLI, así como la manera en la que los Estados pueden adoptar el clausulado del mismo.

Antes de analizar en profundidad las implicaciones del artículo 7.º del MLI y su forma de aplicación, es necesario hacer referencia a la acción 6 del plan BEPS para comprender el estándar mínimo que los países signatarios del MLI deben cumplir como partes de este convenio multilateral; puesto que la forma de incorporar el clausulado del

1 OCDE/G20, *Base Erosion and Profit Shifting Project Explanatory Statement 2015* (reporte final), <http://www.oecd.org/ctp/beps-explanatory-statement-2015.pdf>.

MLI a los CDI es variable y puede adoptarse de diferentes formas por los Estados, siempre que den cumplimiento al mencionado estándar mínimo.

La acción 6 de BEPS, el fundamento de los artículos 6.º y 7.º del MLI

La acción 6 del plan BEPS propone un “enfoque tripartito”² para abordar la concesión de beneficios en situaciones inapropiadas. El primero es la adopción de una regla antiabuso basada en el test de propósito principal (*Principal Purpose Test* o PPT), la cual consiste en una cláusula de textura abierta que pretende que se realice un análisis caso por caso basado en lo que razonablemente puede considerarse como uno de los propósitos principales de las transacciones o acuerdos³.

El segundo enfoque es la adopción de una cláusula de limitación de beneficios (*Limitation of Benefits* o LoB), la cual se utiliza como un estándar para evitar el *treaty shopping* en los CDI y pretende que el contribuyente demuestre que su residencia fiscal en un Estado contratante no tiene la única finalidad de obtener los beneficios del CDI en cuestión. En otras palabras, ser un simple residente no es suficiente bajo la existencia de una disposición de LoB, y el contribuyente debe establecer un nexo adicional con el Estado contratante del CDI proporcionando razones no tributarias para cambiar o mantener la residencia fiscal en el mismo⁴.

En algunos casos puede surgir la necesidad particular de adaptar las disposiciones de la cláusula LoB al desarrollo de nuevos tipos de acuerdos, o a la situación particular de un CDI específico, como ha ocurrido –por ejemplo– en Estados Unidos⁵. Por esto, la inclusión de una cláusula LoB detallada, por oposición a la cláusula simplificada consagrada en el artículo 7.º(8) al 7.º(13) del MLI, también es una forma de satisfacer el estándar mínimo de la acción 6 del plan BEPS.

2 Madalina Cotrut, *International Tax Structures in the BEPS Era: An Analysis of Anti-abuse Measures* (IBFD, 2015), 246.

3 OCDE/G20, *Base Erosion and Profit Shifting Project. Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances Action 6: 2015* (reporte final) (OECD Publishings, 2015), 21.

4 Ekkehart Reimer, Alexander Rust et al. *Klaus Vogel on Double Taxation Conventions*, 4.ª edición (Wolters Kluwer, 2015), 130.

5 Guglielmo Maisto, *Departures from the OECD Model and Commentaries: Reservations, Observations and Positions in EU Law and Tax Treaties* (IBFD, 2014), 126.

El tercer enfoque, finalmente, es una combinación de ambas cláusulas, lo que puede implicar adoptar la regla referente al test de propósito principal en conjunción con una cláusula de limitación de beneficios, ya sea simplificada o detallada. Esta última surge de la negociación bilateral entre las partes contratantes de un CDI atendiendo a las brechas específicas entre las normatividades tributarias internas que, en el caso concreto, puedan suponer un riesgo de abuso tributario.

No sobra mencionar que la acción 6 del plan de acción BEPS también incluyó una medida de prevención del abuso destinada a solventar los conflictos de interpretación en pro de la eliminación de la elusión fiscal. Se trata de la modificación o adición de un preámbulo a los CDI que menciona explícitamente la intención de eliminar la doble imposición sin crear oportunidades para la doble no imposición o una imposición reducida a través de evasión o elusión fiscal. Adicionalmente, la intención de vedar el acceso a residentes de otros Estados a través de esquemas de *treaty shopping*⁶.

Los preámbulos de los convenios internacionales son importantes en la interpretación de los tratados tributarios de dos maneras. Primero, el artículo 31(2) de la CVDT considera al preámbulo como contexto. Este tipo de contexto interno comprende el preámbulo y anexos, así como todos los acuerdos e instrumentos interpretativos contemporáneos elaborados y aceptados por las partes en el tratado⁷. Un sector de la doctrina descarta que instrumentos ajenos a los contemplados por este artículo de la CVDT puedan considerarse como contexto de un tratado⁸. Esta posición defiende que los comentarios al Modelo de Convenio de la OCDE o de la ONU no pueden

6 OCDE, *Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances, Action 6 - 2015* (reporte final), OEDE/G20, *Base Erosion and Profit Shifting Project*. (París: OECD Publishing, 2015), 92, <https://doi.org/10.1787/9789264241695-en>.

7 Luc de Broe, *International Tax Planning and Prevention of Abuse: A Study Under Domestic Tax Law, Tax Treaties, and EC Law in Relation to Conduit and Base Companies* 13 (IBFD, 2008), 273.

8 "Following this distinction between public international law context for purposes of interpretation by contracting States, and legal context for purposes of interpretation by taxpayers and courts. Tax treaty context can mean only the text of the treaty itself, its preamble, protocols, annexes and any other document as provided by article 31(2) of the Vienna Convention only when they have gone through all of the congressional or parliamentary approval processes. Therefore it is the authors opinion that any document or subsequent practice, together with relevant mies provided for under article 31(2) and (3), cannot be considered context for tax treaty interpretation by taxpayers or courts if those documents did not go through congressional or parliamentary approval". Juan Ángel Becerra, *Interpretation and Application of Tax Treaties in North America* (IBFD, 2007), 121.

considerarse contexto para efectos de la interpretación de un término no definido en el tratado, sino que deben considerarse medios suplementarios para la interpretación en el sentido del artículo 32 de la CVDT. Pensando en este sector de la doctrina, la acción 6 del plan BEPS y, posteriormente, el MLI consagraron la actualización del preámbulo como estrategia de prevención interpretativa de situaciones de elusión o doble no imposición.

Segundo, el preámbulo es importante en la interpretación porque es una de las herramientas más útiles para definir el propósito o fin del tratado en el sentido del artículo 31(1) de la CVDT. Incluso los mismos comentarios al Modelo Convenio de la OCDE suelen remitir al intérprete a considerar el objeto y fin del tratado o de su clausulado. No sobra mencionar que la Corte Internacional de Justicia no ha tenido una posición consistente sobre el origen del propósito o fin del tratado. En algunos casos ha considerado que surge del preámbulo, mientras que en otros no ha hecho explícito su proceso de razonamiento; dando comprensiones diferentes al término *objeto* del término *fin*⁹. En todo caso, es seguro decir que el preámbulo tiene gran fuerza interpretativa para efectos de develar el fin de un tratado a la luz del artículo 31 de la CVDT¹⁰.

De esta forma, en el preámbulo sugerido por el plan de acción BEPS se realizan varias modificaciones. Se aclara que el CDI no tiene la intención de crear oportunidades para que surjan escenarios de doble no imposición o imposición reducida a través de supuestos de evasión o elusión fiscal, lo cual no deja de sumir al intérprete en una situación de indeterminación. Sin mayor claridad, lo somete a definir una distinción entre un supuesto de elusión y planeación, una tarea con grandes cargas argumentativas.

9 ICJ, 27 agosto, 1952, Rights of the Nationals of the United States of America in Morocco (France v. USA), ICJ Reports 1952; e I. Buffard y K. Zemanek, "The 'Object and Purpose' of a Treaty: An Enigma?". 3 *Austrian Rev. Intl. & Eur. L.* 3, (1998): 317, en *The Interpretational Approaches to the Vienna Convention - Application to (Tax) Treaty Analysis*, Andrés González Becerra (International Tax Center Leiden, 2015), 8.

10 Véase, por ejemplo: "I now turn to a closer examination of the purpose of the Convention. The preamble of the Convention thus States the underlying goal that document is intended to serve". Corte Suprema de Canadá, Thomson v. Thomson, [1994] 3 S.C.R. 551 (S.C.).

Formas de aplicación particulares de los artículos 6.º y 7.º del MLI en los CDI

Con lo dicho en mente, el artículo 6.º del MLI incorpora las modificaciones a los preámbulos y tiene cuatro formas de aplicación contempladas en los párrafos 4, 5 y 6:

Inaplicación del preámbulo por lenguaje preexistente

Esta es una forma de reserva sobre la inclusión del párrafo 1 del artículo 6.º que está sujeto a que un Estado considere que ya existe un lenguaje que se ajusta al nuevo preámbulo en los CTA. Cuando esto ocurra, puede reservarse el derecho de que el nuevo lenguaje propuesto por el artículo 6.º(1) del MLI se aplique amparándose en el artículo 6.º(4)¹ del mismo.

Aplicación del nuevo preámbulo reemplazando el preámbulo existente

Por otro lado, con fundamento en el artículo 6.º(5)², el preámbulo existente en el CDI que mencione la intención de eliminar la doble imposición, o bien la falta de un preámbulo en ese sentido, puede reemplazarse por el nuevo preámbulo si ambas partes del CTA se notifican

-
- 1 La OCDE se ha referido a este artículo como "Opting out of Article 6(1) for specific CTAs".
 - 2 La OCDE se ha referido a este artículo como "Notification of existing preamble language".

del mismo texto como sujeto de reemplazo para efectos de este artículo. Esto sin importar que el preámbulo existente mencione o no la intención de no crear oportunidades para una imposición reducida a través de la elusión o evasión fiscales.

Adición del lenguaje del preámbulo al preámbulo existente

También, con fundamento en el artículo 6.º(5) del MLI, en caso de que ambas partes contratantes del CTA no hayan convergido en el mismo texto que notificaron para efectos de que sea reemplazado o, también, cuando alguna o ambas no se hayan notificado del texto que desean reemplazar y ninguna se haya acogido a la reserva del artículo 6.º(4), se aplica el nuevo preámbulo del artículo 6.º(1) adicionando el preámbulo existente. De forma que ambos coexistirían en el mismo CDI. Incluso ante la posibilidad de generar redundancias.

Complemento del preámbulo con cooperación y desarrollo económico

Finalmente, el artículo 6.º(3) del MLI permite a los Estados contratantes complementar su preámbulo con la intención de desarrollar más las relaciones económicas y mejorar la cooperación de ambos Estados en materia de impuestos. En este caso solo se complementa el preámbulo preexistente en el CDI cuando ambas partes del CTA consideren que este no contempla un lenguaje que se refiera al objetivo de desarrollar las relaciones económicas o la cooperación en materia de impuestos y, así, notifiquen de su intención de incluir el texto del artículo 6.º(3) con fundamento en el artículo 6.º(6) del MLI³. En otras palabras, ambos Estados deben notificar de su intención de incluir este texto, de otra forma no se complementa el preámbulo.

Por su parte, el artículo 7.º del MLI tiene ocho variantes de aplicación contempladas en los párrafos 15, 16 y 17 del mismo artículo, a saber:

3 La OCDE se ha referido a este artículo como “Choice of Article 6(3)”.

Inaplicación del PPT por negociación directa entre las partes

Esta forma de adopción, o más bien de no adopción, del párrafo 1 que incorpora el test de propósito principal (PPT) está contemplada en el artículo 7.º(15)(a)⁴. Según este, un Estado o jurisdicción puede no aplicar el test de propósito principal cuando pretenda buscar una negociación directa con la contraparte frente a la manera de cumplir con el estándar mínimo de la acción 6 del plan BEPS.

En tal caso, lo que resulta de la firma del MLI es la obligación de adelantar una negociación respecto a la inclusión de una cláusula detallada de limitación de beneficios (LoB), una cláusula de propósito principal (PPT), o ambas. Se trata de un verdadero compromiso en la medida en que un Estado, en el ejercicio de su soberanía, puede adoptar una reserva condicionada. En este caso, a que se cumpla con el estándar mínimo por medio de la negociación directa de una cláusula LoB, PPT, o ambas.

Esto porque a la luz del artículo 21(a) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, una reserva autorizada por un tratado debe entenderse formulada en los términos mismos de la reserva⁵ y, con fundamento en este mismo artículo, la reserva realizada modifica las relaciones con las otras partes contratantes. De modo que, aun cuando un Estado realice una reserva frente a la cláusula PPT del artículo 7.º(1) del MLI, los contribuyentes deben estar atentos porque persiste una obligación de derecho internacional de implementar el estándar mínimo de la acción 6.

Inaplicación del PPT en determinados CTA para evitar la redundancia

Frente a algunos CTA que los Estados consideren que ya están cubiertos por las reglas del artículo 7.º(1) sobre el PPT y las del 7.º(4), referentes a la consulta entre autoridades tributarias en eventos en los que el contribuyente solicita se le concedan los beneficios del CDI

4 La OCDE se ha referido a este artículo como “Conditional opting out of PPT for all CTAs”.

5 “1. Una reserva que sea efectiva con respecto a otra parte en el tratado de conformidad con los artículos 19, 20 y 23:
a) modificará con respecto al Estado autor de la reserva en sus relaciones con esa otra parte las disposiciones del tratado a que se refiera la reserva en la medida determinada por la misma...”. Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Artículo 21(1)(a) (23 de mayo de 1969).

a pesar de no superar el PPT, es posible reservar en su totalidad la aplicación de estos dos artículos según el artículo 7.º(15)(b)⁶.

Inaplicación de la LoB en determinados CTA para evitar la redundancia

Frente a algunos CTA es posible reservarse la aplicación del artículo 7.º(8) a 7.º(13), cuando los Estados consideren que ya se incluye una cláusula LoB que limita el acceso a los beneficios del CDI a residentes que cumplan con una serie de pruebas o categorías. En ese caso, un Estado podría decidir no aplicar las disposiciones del artículo 7.º(8) y subsiguientes con fundamento en el artículo 7.º(15)(c)⁷.

Aplicación condicionada de la LoB y del artículo 7.º a la reciprocidad

La reserva del artículo 7.º(16) les permite a los países que prefieren aplicar la LoB solamente inaplicar el artículo 7.º cuando la otra jurisdicción no haya escogido la cláusula de la LoB. Este es el único evento en el que el artículo 7.º no aplica en su totalidad y en el que un CDI podría quedar excluido de las medidas de la acción 6 de BEPS en el marco del MLI.

Aun así, es posible también que un Estado escoja el artículo 7.º(7) que permite la aplicación simétrica de la LoB cuando solo una de las partes del CDI haya adoptado esta cláusula⁸, si escoge la aplicación del artículo 7.º(7)(a). Así, si una parte del CDI no aplica la cláusula LoB al hacer la reserva del artículo 7.º(15)(c), este Estado que no incluyó la LoB puede aun así estar obligado a aplicarla al momento en el que el otro Estado —que sí aplica la LoB— esté determinando si otorga o no los beneficios del tratado.

Otra opción es que el Estado que no incluyó la cláusula LoB permita la aplicación de la misma por parte del Estado que sí la incluyó de forma asimétrica, si se acoge al tratamiento del artículo 7.º(7)(b). Es decir, el Estado que no la incluyó aplicaría la cláusula PPT y el que

6 La OCDE se ha referido a este artículo como “Opting out of PPT for specific CTAs”.

7 La OCDE se ha referido a este artículo como “Opting out of S-LoB for specific CTAs”.

8 De esta forma, un Estado parte del CDI puede adoptar la cláusula LoB al no hacer la reserva del artículo 7.º(15)(c) y al notificar de su intención de adoptarla en los términos del artículo 7.º(17)(c).

sí la incluyó aplicaría el PPT y la cláusula LoB. Al acogerse el Estado que no incluye la LoB al tratamiento del artículo 7.º(7)(a) y 7.º(7)(b) se cierra la posibilidad de la reserva del 7.º(16)⁹, pues de alguna manera se está aceptando la aplicación de la cláusula LoB. Incluso si es con aplicación simétrica, o asimétrica, con el otro Estado que sí escogió aplicarla.

Así, cuando un Estado hace la reserva del artículo 7.º(16) se evita la aplicación del artículo 7.º en el caso en que no haya simetría en la aplicación de la LoB, pues solo acepta en sus CDI que se aplique una cláusula LoB y no desea que sus residentes estén en ningún caso sujetos a la aplicación de un PPT; en los términos del artículo 7.º(6) del MLI. En este caso, el cumplimiento del estándar mínimo queda sujeto a la negociación bilateral. Este es el único evento en el que los Estados pueden, en el marco del MLI, no aplicar las disposiciones antiabuso y diferir en el tiempo su aplicación en virtud de una negociación bilateral con las partes del CDI.

Aceptación del PPT por existencia o inexistencia en el CDI

En este caso, que es la forma más simple de aplicación de la cláusula del artículo 7.º(1) referente al PPT, los Estados se notifican de la cláusula que entienden cubierta o no notifican de su existencia. Si los Estados parte del CDI concuerdan en la disposición que creen que niega la concesión de beneficios del CDI cuando uno de los propósitos es el de obtener tal beneficio, o ambos no notifican que existe una cláusula así en CTA, el artículo 7.º(1) entra a reemplazar el texto de tal cláusula o a añadirlo si no existe. Lo anterior, al acogerse al tratamiento del artículo 7.º(17)(a)¹⁰.

Si en cambio ambas jurisdicciones difieren en la cláusula que consideran cobijada o una jurisdicción notifica que existe tal cláusula y la otra no, se aplican en todo caso las disposiciones del artículo 7.º(1) del MLI sobre el PPT y reemplazan a las del CDI en la medida en que les sean contrarias. En otras palabras, prevalece la cláusula del MLI como un acuerdo posterior en los términos del artículo 30(3) y 31(3)(a) de la CVDT. Esto implica que, si las partes en el nuevo tratado son las mismas del anterior, estarán obligadas por las disposiciones

9 La OCDE se ha referido a este artículo como “Conditional opting out of Article 7 in the case of mismatch”.

10 La OCDE se ha referido a este artículo como “Statement of acceptance of PPT Notification of existing provisions - PPT”.

del tratado anterior en la medida en que no sean incompatibles con las del nuevo. Del mismo modo, implica que cualquier acuerdo subsiguiente entre las partes de un tratado sobre su aplicación debe ser tenido en cuenta.

Aplicación de la consulta bilateral en el marco del PPT de común acuerdo

En todo caso, frente a la aplicación del artículo 7.º, los Estados pueden escoger aplicar el artículo 7.º(4) en sus CTA para permitir que las autoridades tributarias realicen un proceso de consulta bilateral ante la petición de los contribuyentes de conceder los beneficios de un CDI. Lo anterior incluso si no se supera el PPT en los términos consagrados por el artículo 7.º(1) del MLI, cuando aparezca que el contribuyente habría obtenido los beneficios aun si no hubiera mediado la operación o acuerdo en concreto. En todo caso, esta medida debe de ser notificada de forma armónica por las partes del CDI en los términos del artículo 7.º(17)(b)¹¹, y si hay divergencias no es posible su aplicación por ser una cláusula opcional.

Aplicación de la LoB por existencia o inexistencia en el CDI

Para aplicar la cláusula LoB, los Estados que no hayan hecho la reserva del artículo 7.º(15)(c), por considerar que ya existe en el CTA una cláusula de este tipo, pueden notificar de su intención de aplicar la consagrada en el artículo 7.º(8) a 7.º(13) del MLI. Esto en los términos del artículo 7.º(17)(c)¹². Ambos Estados parte del CDI notifican convergentemente de la existencia de una cláusula de este tipo (que tiene características similares a la cláusula LoB del MLI), señalando así que desean que sea reemplazada. Por otro lado, si ninguna notifica de la existencia de una cláusula así, las partes estarían señalando su intención de que la LoB sea añadida al CTA.

En los términos del artículo 7.º(17)(e), cuando los Estados parte de un CDI realicen notificaciones divergentes (al entender que son dos artículos diferentes del CDI los que establecen una limitación al acceso a los beneficios del mismo a residentes que cumplan con una

11 La OCDE se ha referido a este artículo como "PPT Choice of Article 7(4)".

12 La OCDE se ha referido a este artículo como "Choice of S-LoB Notification of existing provisions - S-LoB".

serie de pruebas o categorías o bien cuando entiende una parte que sí existe y la otra que no), la cláusula LoB del MLI se aplica de preferencia a las del CDI en la medida en que estas últimas le sean contrarias. En otras palabras, prevalece la cláusula LoB del MLI.

Aceptación eventual de la cláusula LoB

Según se hizo referencia, un Estado puede escoger dejar al arbitrio de los demás Estados parte de un CDI la aplicación de la LoB de forma simétrica, aplicándola recíprocamente cuando sea el caso, según el artículo 7.^o(7)(a). También de forma asimétrica, aceptando la aplicación del otro Estado del PPT y la LoB y aplicando unilateralmente solo la cláusula PPT, según el artículo 7.^o(7)(b); para esto debe notificar de su elección en los términos del artículo 7.^o(17)(d)¹³.

13 La OCDE se ha referido a este artículo como "Acceptance of S-Lob Notification of existing provisions - S-Lob".

Aplicación de los artículos 6.º y 7.º del MLI en los CDI suscritos por Colombia

Habiendo analizado la manera en la que los artículos 6.º y 7.º pueden tener aplicación concreta en el MLI, es posible discernir en qué casos se encontrará una modificación en un preámbulo, en una cláusula simplificada de limitación de beneficios en los términos de los artículos 7.º(8) a 7.º(13) del MLI o bien en una regla de test de propósito principal en los términos del artículo 7.º(1). Particularmente, en el caso de Colombia, podemos aplicar el anterior razonamiento para exponer la aplicación que tienen los artículos 6.º y 7.º en cada uno de los CDI suscritos, a la luz de las posiciones de los países que suscribieron el MLI.

Primero, Colombia seleccionó diez CTA para que entraran al ámbito del MLI. La posición fue, por un lado, la de notificar el texto de los preámbulos de siete CDI para que estos fueran modificados en los términos del artículo 6.º(1). Se reservó la modificación de uno y frente a los demás guardó silencio. También notificó de su intención de adoptar la cláusula 7.ª(1) del MLI provisionalmente, en los términos del artículo 7.º(17)(c). Todo esto con miras a adoptar por vía de negociación bilateral una cláusula LoB que complemente o sustituya el PPT del artículo 7.º(1).

También notificó de su intención de adoptar la cláusula LoB en los términos del artículo 7.º(17)(c) y no hizo reserva alguna¹. Es decir, Colombia adoptó la *aceptación del PPT por existencia o inexistencia en el CDI*² y la *aplicación de la LoB por existencia o inexistencia en el CDI*³.

1 BEPS MLI, Position Colombia, acceso el 7 de junio del 2017, <http://www.oecd.org/tax/treaties/beps-mli-position-colombia.pdf>.

2 Véase: "Aceptación del PPT por existencia o inexistencia en el CDI".

3 Véase: "Aplicación del LoB por existencia o inexistencia en el CDI".

No hay que olvidar que las posiciones pueden variar hasta el momento de la ratificación, mientras tanto, el siguiente sería el panorama que augura para Colombia la firma del MLI frente a los CDI que escogió como CTA.

CDI Colombia-Canadá

Canadá escogió la aceptación del PPT por existencia o inexistencia en el CDI, ambos países notificaron convergentemente que el artículo 26(1) del CDI tiene una cláusula PPT y no la sometieron a reserva⁴.

- Nuevo preámbulo art. 6.º(1): aplica adicionando el preámbulo existente en la medida en que Colombia notificó el texto del preámbulo que quería modificar y Canadá no notificó ningún CDI para efectos de su modificación por el nuevo preámbulo. Al no haber realizado reserva alguna, se adiciona el nuevo preámbulo a los CTA.
- Complemento al preámbulo existente art. 6.º(3): no aplica, ni Colombia ni Canadá notificaron de su escogencia de esta cláusula para efectos de los CTA.
- Cláusula PPT art. 7.º(1) del MLI: aplica reemplazando el artículo 26(1) del CDI.
- Cláusula de Consulta art. 7.º(4) del MLI: no aplica, ninguna de las dos partes decidió aplicarlo.
- Cláusula S-LoB art. 7.º(8) - 7.º(13) del MLI: no aplica, en la medida en que Canadá decidió no escoger esta cláusula como forma de cumplir con el estándar mínimo, aunque manifestó estar interesado en implementar este tipo de cláusulas al igual que Colombia por medio de negociación bilateral⁵.

CDI Colombia-Chile

Chile escogió la inaplicación del PPT en determinados CTA para evitar la redundancia (en los términos ya explicados), la inaplicación de la LoB en determinados CTA para evitar la redundancia, la aceptación del PPT por existencia o inexistencia en el CDI y la aplicación de la LoB por existencia o inexistencia en el CDI. En este orden de

4 BEPS MLI, Canadá, acceso el 7 de junio del 2017, <http://www.oecd.org/tax/treaties/beps-ml-position-canada.pdf>.

5 *Ibidem*.

ideas, Chile aplica ambas medidas del MLI salvo para un pequeño conjunto de CDI que ya las contempla y entre los cuales no está el CDI con Colombia⁶.

- Nuevo preámbulo art. 6.º(1): aplica adicionando el preámbulo existente en la medida en que Colombia no notificó el texto del preámbulo y Chile no notificó ningún CDI para efectos de su modificación por el nuevo preámbulo. Chile no reservó el CDI de Colombia para estos efectos. Por el silencio de ambos países, se adiciona el nuevo preámbulo a los CTA.
- Complemento al preámbulo existente art. 6.º(3): no aplica, solo Chile notificó de su escogencia de esta cláusula para efectos de los CTA.
- Cláusula PPT art. 7.º(1) del MLI: aplica reemplazando el artículo 27(3) del CDI, dado que ambas partes notificaron este artículo convergentemente.
- Cláusula de Consulta art. 7.º(4) del MLI: no aplica, ninguna de las dos partes decidió aplicarlo.
- Cláusula S-LoB art. 7.º(8) - 7.º(13) del MLI: aplica prevalentemente ante otras cláusulas del CDI que le sean contrarias, pues Chile notificó que el artículo 27(3) del CDI contenía una cláusula LoB, y Colombia no lo hizo, pero ambos se sometieron a la aplicación de esta cláusula del MLI.

CDI Colombia-España

España no notificó de la existencia o inexistencia de una cláusula tipo PPT en el convenio con Colombia, tampoco notificó expresamente de la inclusión de la cláusula LoB⁷. España escogió, entonces, la inaplicación del PPT en determinados CTA para evitar la redundancia.

- Nuevo preámbulo art. 6(1): aplica reemplazando el preámbulo existente en la medida en que Colombia notificó el texto del preámbulo que quería modificar y España también lo hizo convergentemente.
- Complemento al preámbulo existente art. 6.º(3): no aplica, solo España notificó de su escogencia de esta cláusula para efectos de los CTA.

6 BEPS MLI, Position Chile, acceso el 7 de junio del 2017, <http://www.oecd.org/tax/treaties/beps-ml-position-chile.pdf>.

7 BEPS MLI, Position Spain, acceso el 7 de junio del 2017, <http://www.oecd.org/tax/treaties/beps-ml-position-spain.pdf>.

- Cláusula PPT art. 7.º(1) del MLI: aplica prevalentemente ante otras cláusulas del CDI que le sean contrarias y provisionalmente hasta que se adelanten negociaciones bilaterales, pues España no se reservó la aplicación del PPT en el CDI con Colombia, pero tampoco notificó de la existencia de una cláusula así en el mismo.
- Cláusula de Consulta art. 7.º(4) del MLI: no aplica, ninguna de las dos partes decidió aplicarlo.
- Cláusula S-LoB art. 7.º(8) - 7.º(13) del MLI: no aplica, en la medida en que España decidió no escoger esta cláusula como forma de cumplir con el estándar mínimo.

CDI Colombia-Francia

Francia escogió la aceptación del PPT por existencia o inexistencia en el CDI, y rechazó los demás tipos de aplicación del artículo 7.º del MLI⁸.

- Nuevo preámbulo art. 6.º(1): no aplica, en la medida en que Colombia se reservó su aplicación para este CTA. A pesar de que Francia sí incluyó el texto del preámbulo del CDI con Colombia para efectos de su reemplazo o adición.
- Complemento al preámbulo existente art. 6.º(3): no aplica, Colombia no notificó de su escogencia de esta cláusula para efectos de los CTA. Francia no incluyó a Colombia entre los CTA que deseaba que estuvieran cubiertos por esta cláusula.
- Cláusula PPT art. 7.º(1) del MLI: aplica reemplazando los artículos 10(8), 11(8), 12(7), 20(4), 26(1) y el Protocolo (7) del CDI, dado que ambas partes notificaron estos artículos convergentemente.
- Cláusula de Consulta art. 7.º(4) del MLI: no aplica, ninguna de las dos partes decidió aplicarlo.
- Cláusula S-LoB art. 7.º(8) - 7.º(13) del MLI: no aplica, en la medida en que Francia decidió no escoger esta cláusula como forma de cumplir con el estándar mínimo.

CDI Colombia-India

India escogió la aceptación del PPT por existencia o inexistencia en el CDI y la aplicación de la LoB por existencia o inexistencia en el CDI, de forma armónica con la elección realizada por Colombia.

8 BEPS MLI, Position France, acceso el 7 de junio del 2017, <http://www.oecd.org/tax/treaties/beps-ml-position-france.pdf>.

- Nuevo preámbulo art. 6.º(1): aplica adicionando el preámbulo existente, en la medida en que Colombia incluyó el texto del preámbulo para efectos de su reemplazo o adición e India guardó silencio.
- Complemento al preámbulo existente art. 6.º(3): no aplica, Colombia no notificó de su escogencia de esta cláusula para efectos de los CTA. India tampoco lo hizo.
- Cláusula PPT art. 7.º(1) del MLI: aplica reemplazando el artículo 28(2) y 28(3), dado que ambas partes notificaron estos artículos convergentemente⁹.
- Cláusula de Consulta art. 7.º(4) del MLI: no aplica, ninguna de las dos partes decidió aplicarlo.
- Cláusula S-LoB art. 7.º(8) - 7.º(13) del MLI: aplica adicionando y prevalentemente ante otras cláusulas del CDI que le sean contrarias, pues ni India ni Colombia notificaron de la existencia de una cláusula LoB, pero ambos se sometieron a la aplicación de esta cláusula del MLI.

CDI Colombia-Corea

Corea escogió la aceptación del PPT por existencia o inexistencia en el CDI. Ambos países notificaron convergentemente el artículo 26(1)(a) y 26(1)(b) del CDI, considerando que contiene una cláusula PPT y no la sometieron a reserva¹⁰.

- Nuevo preámbulo art. 6.º(1): aplica reemplazando el preámbulo existente, en la medida en que Colombia incluyó el texto del preámbulo para efectos de su reemplazo y Corea hizo lo mismo.
- Complemento al preámbulo existente art. 6.º(3): no aplica, ni Colombia ni Corea notificaron de su escogencia de esta cláusula para efectos de los CTA.
- Cláusula PPT art. 7.º(1) del MLI: aplica reemplazando el art. 26(1)(a) y 26(1)(b) del CDI.
- Cláusula de Consulta art. 7.º(4) del MLI: no aplica, ninguna de las dos partes decidió aplicarlo.
- Cláusula S-LoB art. 7(8) - 7(13) del MLI: no aplica, en la medida en que Corea decidió no escoger esta cláusula como forma de cumplir con el estándar mínimo.

9 BEPS MLI, Position India, acceso el 7 de junio del 2017, <http://www.oecd.org/tax/treaties/beps-ml-position-india.pdf>.

10 BEPS MLI, Position Korea, acceso el 7 de junio del 2017, <http://www.oecd.org/tax/treaties/beps-ml-position-korea.pdf>.

CDI Colombia-México

México escogió la inaplicación del PPT en determinados CTA para evitar la redundancia, la inaplicación de la LoB en determinados CTA para evitar la redundancia y la aplicación de la LoB por existencia o inexistencia en el CDI¹¹.

- Nuevo preámbulo art. 6.º(1): en su posición notificada, Colombia omitió una palabra del preámbulo del CDI con México¹². Tanto México como Colombia notificaron el mismo texto en esencia. Claramente, la intención de ambos países es aplicar el preámbulo del artículo 6.º(1) reemplazando el preámbulo existente, en la medida en que Colombia incluyó el texto del preámbulo para efectos de su reemplazo y México hizo lo mismo.
- Complemento al preámbulo existente art. 6.º(3): no aplica, ni Colombia ni México notificaron de su escogencia de esta cláusula para efectos de los CTA.
- Cláusula PPT art. 7.º(1) del MLI: aplica prevalentemente ante otras cláusulas del CDI que le sean contrarias. México no reservó la aplicación de este numeral frente al CDI con Colombia y, en los términos del artículo 7.º(17)(a), es aplicable prevalentemente teniendo en cuenta que Colombia sí se sometió a la aplicación de esta cláusula del MLI.
- Cláusula de Consulta art. 7.º(4) del MLI: no aplica, ninguna de las dos partes decidió aplicarlo.
- Cláusula S-LoB art. 7(8) - 7.º(13) del MLI: no aplica, en la medida que México se reservó la aplicación de esta en los términos consagrados en el artículo 26(1) a 26(4) del CDI con Colombia, por considerar que ya había una cláusula de este tipo en el CDI.

CDI Colombia-Portugal

Portugal escogió la aceptación del PPT por existencia o inexistencia en el CDI¹³.

11 BEPS MLI, Position Mexico, acceso el 7 de junio del 2017, <http://www.oecd.org/tax/treaties/beps-mli-position-mexico.pdf>.

12 En la posición de junio del 2017, Colombia olvidó la palabra “para” en su notificación, esta pequeña omisión – atribuible posiblemente a un error humano de buena fe – no debe generar conflictos interpretativos: “[...] deseando concluir un Convenio para evitar la doble imposición y para prevenir la evasión fiscal en relación con los impuestos sobre la renta y sobre el patrimonio”.

13 BEPS MLI, Position Portugal, acceso el 7 de junio del 2017, <http://www.oecd.org/tax/treaties/beps-mli-position-portugal.pdf>.

- Nuevo preámbulo art. 6.º(1): de forma similar a lo ocurrido con México, Portugal incluyó la totalidad del preámbulo del CDI con Colombia en su posición, mientras que Colombia solo incluyó la parte relevante del mismo. Aún así, Portugal y Colombia notificaron el mismo texto en esencia. Claramente, la intención de ambos países es aplicar el preámbulo del artículo 6.º(1) reemplazando el preámbulo existente, en la medida en que Colombia incluyó el texto del preámbulo para efectos de su reemplazo y Portugal hizo lo mismo.
- Complemento al preámbulo existente art. 6.º(3): no aplica, ni Colombia ni Portugal notificaron de su escogencia de esta cláusula para efectos de los CTA.
- Cláusula PPT art. 7.º(1) del MLI: aplica reemplazando el artículo 26(3), dado que ambas partes notificaron el mismo convergentemente¹⁴.
- Cláusula de Consulta art. 7.º(4) del MLI: no aplica, ninguna de las dos partes decidió aplicarlo.
- Cláusula S-LoB art. 7.º(8) - 7.º(13) del MLI: no aplica, en la medida en que Portugal decidió no escoger esta cláusula como forma de cumplir con el estándar mínimo.

CDI Colombia-República Checa

República Checa escogió la aplicación de la consulta bilateral en el marco del PPT de común acuerdo y la aceptación del PPT por existencia o inexistencia en el CDI¹⁵.

- Nuevo preámbulo art. 6.º(1): República Checa y Colombia notificaron el mismo texto en esencia. Claramente, la intención de ambos países es aplicar el preámbulo del artículo 6.º(1) reemplazando el preámbulo existente, en la medida en que Colombia incluyó el texto del preámbulo para efectos de su reemplazo y República Checa hizo lo mismo.
- Complemento al preámbulo existente art. 6.º(3): no aplica, ni Colombia ni República Checa notificaron de su escogencia de esta cláusula para efectos de los CTA.

14 BEPS MLI, Position Portugal, acceso el 7 de junio del 2017, <http://www.oecd.org/tax/treaties/beps-mli-position-portugal.pdf>.

15 BEPS MLI, Position Czech Republic, acceso el 7 de junio del 2017, <http://www.oecd.org/tax/treaties/beps-mli-position-czech-republic.pdf>.

- Cláusula PPT art. 7.º(1) del MLI: aplica reemplazando el artículo 25(1) y 25(3) dado que ambas partes notificaron el mismo convergentemente¹⁶.
- Cláusula de Consulta art. 7.º(4) del MLI: no aplica, en la medida en que Colombia decidió no aplicarlo.
- Cláusula S-LoB art. 7.º(8) - 7.º(13) del MLI: no aplica, en la medida en que República Checa decidió no escoger esta cláusula como forma de cumplir con el estándar mínimo.

CDI Colombia-Suiza

A pesar de que Colombia escogió el CDI con Suiza como uno cubierto por el MLI, Suiza en su posición del MLI no lo hizo¹⁷. En este orden de ideas, la aplicación del MLI no modifica el CDI con Suiza en los términos del artículo 1.º del Instrumento Multilateral.

- Nuevo preámbulo art. 6.º(1): no aplica, pues no es CTA para Suiza.
- Complemento al preámbulo existente art. 6.º(3): no aplica, pues no es CTA para Suiza.
- Cláusula PPT art. 7.º(1) del MLI: no aplica, pues no es CTA para Suiza.
- Cláusula de Consulta art. 7.º(4) del MLI: no aplica, pues no es CTA para Suiza.
- Cláusula S-LoB art. 7(8) - 7(13) del MLI: no aplica, pues no es CTA para Suiza.

CDI no cubiertos

Entre los CDI que no están cubiertos, en razón de que Colombia no los incluyó como CTA dentro de su posición notificada al depositario en la OCDE, se encuentran los siguientes:

- CDI Colombia-Reino Unido: este CDI incorpora un preámbulo que incluye la mención de promover las relaciones económicas, la cooperación en materia tributaria y la no creación de oportunidades de doble no imposición o imposición

16 BEPS MLI, Position Czech Republic, acceso el 7 de junio del 2017, <http://www.oecd.org/tax/treaties/beps-ml-position-czech-republic.pdf>.

17 BEPS MLI, Position Switzerland, acceso el 7 de junio del 2017, <http://www.oecd.org/tax/treaties/beps-ml-position-switzerland.pdf>.

reducida a través de evasión fiscal o elusión fiscal; incluido el *treaty shopping*. A su vez, incorpora un test de propósito principal con el mismo tenor del artículo 7.º(1) del MLI en su artículo 22. En este también se incluye una cláusula del tenor de la S-LoB. También incorporó en su artículo 22(2) una cláusula análoga a la consagrada en el artículo 7.º(4) del MLI e, incluso, consagró una cláusula de sujeción a tributación (*subject to tax*) en su artículo 22(3) y 22(4).

- CDI Colombia-Emiratos Árabes: este CDI incorpora un preámbulo que incluye la mención de no crear oportunidades de doble no imposición o imposición reducida a través de evasión fiscal o elusión fiscales, incluido el *treaty shopping*. También incorpora repetidas veces un test de propósito principal como medida para combatir la elusión fiscal en su articulado, especialmente en el artículo 22. En este también se incluye una cláusula del tenor de la S-LoB, pero no incluyó una cláusula análoga a la de consulta, como la consagrada en el artículo 7.º(4) del MLI.
- CDI Colombia-Republica Italiana: este CDI incorpora un preámbulo que incluye la mención de no crear oportunidades de doble no imposición o imposición reducida a través de evasión fiscal o elusión fiscales; incluido el *treaty shopping*. Del mismo modo, incluye un test de propósito principal con el mismo tenor del artículo 7.º(1) del MLI en su artículo 29. No incluyó una cláusula de limitación de beneficios, ni una cláusula análoga a la de consulta, como la consagrada en el artículo 7.º(4) del MLI.

En resumen, el impacto del MLI en materia de medidas antiabuso y antielusión en los CDI suscritos por Colombia e incluidos en el Instrumento Multilateral se da de la siguiente manera:

Tabla 1. Aplicación del MLI en los convenios suscritos por Colombia

CDI	Nuevo preámbulo art. 6.º(1) del MLI	Complemento al preámbulo existente art. 6.º(3) del MLI	Cláusula PPT art. 7.º(1) del MLI	Cláusula de Consulta art. 7.º(4) del MLI	Cláusula S-LoB art. 7.º(8) - 7.º(13) del MLI
Canadá	Aplica adicionando el preámbulo existente	No aplica	Aplica reemplazando el artículo 26(1) del CDI	No aplica	No aplica
Chile	Aplica adicionando el preámbulo existente	No aplica	Aplica reemplazando el artículo 27(3) del CDI	No aplica	Aplica prevalentemente
Emiratos Árabes	Aplica en sus propios términos	No aplica	Aplica en sus propios términos	No aplica	Aplica en sus propios términos
España	Aplica reemplazando el preámbulo existente	No aplica	Aplica prevalentemente	No aplica	No aplica
Francia	No aplica	No aplica	Aplica reemplazando los artículos 10(8), 11(8), 12(7), 20(4), 26(1) y el Protocolo (7) del CDI	No aplica	No aplica
India	Aplica adicionando el preámbulo existente	No aplica	Aplica reemplazando el artículo 28(2) y 28(3) del CDI	No aplica	Aplica prevalentemente
Italia	Aplica en sus propios términos	No aplica	Aplica en sus propios términos	No aplica	No aplica
Corea	Aplica reemplazando el preámbulo existente	No aplica	Aplica reemplazando el artículo 26(1)(a) y 26(1)(b) del CDI	No aplica	No aplica

Continúa

México	Aplica reemplazando el preámbulo existente	No aplica	Aplica prevalentemente	No aplica	No aplica
Portugal	Aplica reemplazando el preámbulo existente	No aplica	Aplica reemplazando el artículo 26(3) del CDI	No aplica	No aplica
Reino Unido	Aplica en sus propios términos	Aplica en sus propios términos	Aplica en sus propios términos	Aplica en sus propios términos	No aplica
República Checa	Aplica reemplazando el preámbulo existente	No aplica	Aplica reemplazando el artículo 25(1) y 25(3) del CDI	No aplica	No aplica
Suiza	No aplica	No aplica	No aplica	No aplica	No aplica

Fuente: elaboración propia.

Así, con claridad meridiana sobre la forma de aplicación del MLI, es preciso adentrarse en las particularidades propias de la cláusula PPT consagrada en el artículo 7.º(1) del MLI, pues su relevancia será trascendental en la forma de estructuración de los negocios y transacciones internacionales que pretendan valerse de los beneficios consagrados en un CDI.

Alcance e implicaciones de la aplicación del artículo 7.º(1) del MLI respecto al test de propósito principal (Principal Purpose Test)

El artículo 7.º(1) del MLI¹ incorpora un test de propósito principal (PPT). En general, este tipo de normas son típicas reglas antiabuso que buscan indagar por el propósito principal de las transacciones². Así, cuando se advierte que el acuerdo o transacción que genera los beneficios tiene entre sus objetivos principales la obtención del beneficio, se deniega la concesión del mismo.

1 “Artículo 7.º - IMPEDIR LA UTILIZACIÓN ABUSIVA DE LOS CONVENIOS. 1. No obstante las disposiciones de un Convenio fiscal comprendido, los beneficios concedidos en virtud del mismo no se otorgarán respecto de un elemento de renta o de patrimonio cuando sea razonable concluir, teniendo en cuenta todos los hechos y circunstancias pertinentes, que el acuerdo u operación que directa o indirectamente genera el derecho a percibir ese beneficio tiene entre sus objetivos principales la obtención del mismo, excepto cuando se determine que la concesión del beneficio en esas circunstancias es conforme con el objeto y propósito de las disposiciones pertinentes del Convenio fiscal comprendido”.

2 Carolina Roza Gutiérrez, “Acción 6: El abuso de los tratados para evitar la doble tributación: ¿cómo delimitar la frontera con la planeación fiscal legítima?”, en *Resultados del plan de acción BEPS y su aplicación en Colombia*, Myriam Stella Gutiérrez y Natalia Quiñones (Bogotá: ICDT, 2016), 129.

La principalidad del propósito de obtener un beneficio fiscal

El fundamento de las cláusulas de este tipo es la doctrina del *fraus legis* o fraude a la ley, así como el *fraus conventionis* o fraude al tratado. Según estas doctrinas, los principios de equidad y justicia surgen como *ultimum remedium*³, con el fin de evitar que los contribuyentes manipulen los efectos de la ley más o menos arbitrariamente haciendo uso de construcciones legales⁴.

Entre los elementos para identificar el fraude a la ley y al tratado está: el surgimiento para el contribuyente de un beneficio fiscal, el hecho de que las transacciones están en conflicto con el espíritu de la ley, el hecho de que la elusión fiscal es el principal propósito de la transacción y, finalmente, el hecho de que las transacciones no tienen un sentido práctico de negocios más allá de reducir la carga fiscal⁵.

La OCDE había adoptado consistentemente en sus comentarios al modelo de CDI, como se aprecia en el comentario al artículo 1.º(9.5)⁶, un estándar mucho más estricto en el examen del propósito de negocio. Con el MLI, ya no basta con indagar si un propósito principal de la transacción es el de obtener el beneficio del CDI, sino que es suficiente con que sea *uno* de los propósitos principales. Así, surge un estándar más exigente para el contribuyente, al compararlo con el estándar de objetivo único o de objetivo primario⁷.

3 Último recurso.

4 Michael Lang, Pasquale Pistone, Josef Schuch, Claus Staringer y Alfred Storck, *Beneficial Ownership: Recent Trends* (IBFD, 2013), 68.

5 *Ibid.*, 70.

6 “9.5 It is important to note, however, that it should not be lightly assumed that a taxpayer is entering into the type of abusive transactions referred to above. A guiding principle is that the benefits of a double taxation convention should not be available where a main purpose for entering into certain transactions or arrangements was to secure a more favourable tax position and obtaining that more favourable treatment in these circumstances would be contrary to the object and purpose of the relevant provisions”. *Model Tax Convention on Income and on Capital 2014* (versión completa) (OECD Publishings, 2014).

7 “In contrast to the common element of artificiality, the ECJ is less consistent on the issue as to whether the accrual of tax advantage should be a principal, an essential or a sole aim of the transaction. The current wording of the GAAR in the CCCTB Proposal refers to ‘sole purpose in that matter, which is the most favourable wording from the perspective of the taxpayer’”. Karin Simader y Elisabeth Titz, *Limits to Tax Planning* (Linde Verlag, 2013), 539.

La indeterminación de la principalidad del objetivo es necesariamente un tema de controversia, que ha sido estudiado de manera insuficiente. Con todo, la discusión resulta ser fundamental, pues, atendiendo a una interpretación literal — como la que demanda aplicar por regla general el artículo 31(1) de la CVDT —, el artículo 7.º(1) del MLI no proscribe el hecho mismo de que uno de los objetivos de la transacción sea la persecución de un beneficio fiscal, sino que esa persecución sea *un* objetivo principal de la misma.

Una transacción u operación de negocios puede tener motivaciones de carácter comercial muy variadas. Es completamente posible que para una empresa el acceso a un beneficio fiscal de un CDI represente una porción insustancial de los beneficios proyectados en el VPN⁸ de los flujos de caja que espera generar una transacción u operación. Mientras que, para otra, el beneficio del CDI pueda ser una variable determinante o altamente sensible para lograr un VPN positivo en la transacción.

De esta forma, el juzgamiento de la principalidad necesariamente debe analizarse desde una perspectiva objetiva, consciente de las dinámicas propias de las empresas. De forma que la operatividad del PPT no caiga en la absoluta subjetividad de la autoridad tributaria o del operador judicial.

Así, para encontrar sentido en la manera de evaluar la principalidad de un objetivo fiscal se debe indagar por el alcance de la expresión “objetivos principales”, que se lee en el artículo 7.º(1) del MLI. La expresión debe interpretarse bajo el entendimiento que le da cada uno de los CDI, conforme lo indica el artículo 2.º(2) del MLI. Empero, no es usual encontrar en los CDI una definición de este tipo⁹, de modo que debe acudir a las reglas de interpretación ubicadas por regla general en el artículo 3.º, como ocurre en una gran porción de los CDI colombianos que siguen el tenor del Modelo de Convenio para evitar la doble imposición de la OCDE. Este artículo se refiere, para la interpretación de un término no definido por la convención, a la ley

-
- 8 El valor presente neto (VPN) de los flujos de caja es una metodología de valoración y comparación de inversiones: “The benefits are the cash inflows and the costs are the cash outflows. We can represent any investment decision on a timeline as a cash flow stream where the cash outflows (investments) are negative cash flows and the inflows are positive cash flows. Thus, the NPV of an investment opportunity is also the present value of the stream of cash flows of the opportunity”. Jonathan Berk y Peter DeMarzo, *Corporate Finance* (Pearson Education, 2009), 107.
- 9 Hasta el borrador de actualización de modelo de CDI de la OCDE del 2017 no había una definición estándar o usual de este término, en efecto no se encuentra cubierto en el artículo 3.º. Draft Contents of the 2017 Update to the OECD Model Tax Convention, acceso el 11 de julio del 2017, <http://www.oecd.org/tax/treaties/draft-contents-2017-update-oecd-model-tax-convention.pdf>.

doméstica o al contexto del tratado cuando de aquel se derive una interpretación diferente¹⁰.

Por lo menos en el caso colombiano, el Estatuto Tributario incorpora una suerte de test de propósito principal de negocios¹¹, pero es diferente del consagrado en el MLI y no da luces sobre qué se considera principal como propósito de negocio. A pesar de su similitud, las normas tienen un alcance diferente, pues el artículo 7.^o(1) del Instrumento Multilateral busca prevenir que la variable principal de los negocios de los contribuyentes sea la procura de beneficios fiscales, mientras que la norma local busca prevenir la implementación de estructuras artificiosas sin propósito de negocio aparente con el fin de obtener beneficios fiscales.

Efectivamente, en vista de que recurrir a la norma doméstica resulta insuficiente para efectos de definir la principalidad del objetivo, podría buscarse referencia en el contexto del tratado para dar luces sobre su interpretación. La “declaración explicativa”¹² del MLI realizada por la OCDE puede considerarse parte de su contexto, pues es un comentario a la convención que fue adoptado al mismo tiempo del MLI¹³, precisamente para otorgarle mayor valor interpretativo en los términos del artículo 32 de la CVDT como medio suplementario de interpretación (por considerarse un trabajo preparatorio)¹⁴.

-
- 10 “Article 3 [...] 2. As regards the application of the Convention at any time by a Contracting State, any term not defined therein shall, unless the context otherwise requires or the competent authorities agree to a different meaning pursuant to the provisions of Article 25, have the meaning that it has at that time under the law of that State for the purposes of the taxes to which the Convention applies, any meaning under the applicable tax laws of that State prevailing over a meaning given to the term under other laws of that State”. OECD Model Tax Convention, acceso el 11 de julio del 2017, <http://www.oecd.org/tax/treaties/draft-contents-2017-update-oecd-model-tax-convention.pdf>.
 - 11 Estatuto Tributario, Decreto 624 de 1989. Arts. 869 y ss. (30 de marzo de 1989) (Colombia).
 - 12 *Explanatory Statement to the Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent Base Erosion and Profit Shifting*, acceso el 7 de junio del 2017, <http://www.oecd.org/tax/treaties/explanatory-statement-multilateral-convention-to-implement-tax-treaty-related-measures-to-prevent-beps.pdf>.
 - 13 OCDE, *Tax Q&A Webinar | Multilateral BEPS Convention (MLI)*, acceso el 14 de junio del 2017, <https://www.youtube.com/watch?v=0ZiJh1FRMWc>.
 - 14 “Article 32. SUPPLEMENTARY MEANS OF INTERPRETATION. Recourse may be had to supplementary means of interpretation, including the preparatory work of the treaty and the circumstances of its conclusion, in order to confirm the meaning resulting from the application of article 31, or to determine the meaning when the interpretation according to article 31: (a) Leaves the meaning ambiguous or obscure; or (b) Leads to a result which is manifestly absurd or unreasonable”. Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Artículo 32 (23 de mayo de 1969).

Esta “declaración explicativa” se refiere, en el comentario al artículo 7.º(95), al propósito u objetivo principal como análogo al “propósito mayor” o “propósito primario”. Con esto en mente, resulta útil y necesario dar aplicación al método de interpretación del “sentido común de las palabras” consultando el objeto y propósito del tratado, según se desprende del artículo 31 de la CVDT.

En este orden de ideas, la acepción del término principal puede verse desde la perspectiva de aquello que es esencial o fundamental, por oposición a accesorio¹⁵, así como aquello que tiene el primer lugar en estimación o importancia y se antepone y prefiere a otros¹⁶. Son dos miradas necesarias de lo principal, que deben converger para identificar si una transacción cae bajo el ámbito de aplicación del artículo 7.º(1) del Instrumento Multilateral.

Test de principalidad

Con este soporte interpretativo, se sugiere aplicar un test de principalidad como una etapa derivada de la aplicación del PPT. Por un lado, es necesario indagar sobre la esencialidad o necesidad de la transacción u operación, desde una perspectiva económica. En segundo lugar, a pesar de que la norma nos enfrenta a un oxímoron —pretendiendo concebir múltiples objetivos principales—, un análisis de sensibilidad de la operación frente a la variable del beneficio fiscal consagrado en el CDI puede ser útil para superar esta dificultad. Si cualquiera de los dos test resulta por indicar que el objetivo fiscal es principal, procedería *prima facie* la aplicación del artículo 7.º(1) para negar el beneficio.

Test de esencialidad de la transacción

Este test busca definir si la obtención del beneficio del CDI es *el* propósito u objetivo principal de la transacción. Para tales efectos es útil analizar la intención del contribuyente como un continuo que tiene, en un extremo, el hecho del beneficio fiscal como un efecto secundario bienvenido de la transacción y, por el otro, que la obtención del beneficio es el único objetivo o propósito de la misma¹⁷.

15 Definición de principal, acceso el 7 de octubre del 2017, <http://dle.rae.es/srv/fetch?id=UBnRzW7>.

16 *Ibidem*.

17 Karin Simader y Elisabeth Titz, *Limits to Tax Planning* (Linde Verlag, 2013), 530.

No se trata simplemente de que exista un cierto nivel de actividad económica¹⁸, se debe analizar si el beneficio económico de la operación o transacción subsiste por sí mismo si se elimina la concesión del beneficio fiscal en el caso concreto. Si por cualquier razón pierde sentido económico llevar a cabo la operación sin el beneficio fiscal, resulta palmario que debe considerarse este objetivo como principal¹⁹.

Lo anterior, al considerar factores objetivos de la transacción como lo son la rentabilidad de transacciones comparables disponibles para la empresa, los costos de oportunidad antes y después del otorgamiento del beneficio²⁰ y el índice de rentabilidad de la transacción²¹; que se debería mantener por encima de uno antes y después de la concesión del beneficio para argüir que no es un objetivo principal. También, al considerar las condiciones particulares de la empresa, especialmente su costo del capital²², que debe ser inferior al retorno sobre la inversión (ROI) de la transacción, tanto incluyendo como sin incluir la concesión del beneficio del CDI. Si en ambos casos se genera valor para la empresa²³, la transacción no sería un objetivo principal.

-
- 18 Así lo ha interpretado la Corte de Justicia Europea al extender el test de propósito único al test de propósito principal. Al respecto véase: Stepen Karas, "Limits to tax planning in indirect tax law", en *Limits to Tax Planning*, Karin Simader y Elisabeth Titz (Linde Verlag, Austria, 2013), 530.
- 19 "If there is a nexus between the transaction and the tax advantage that would have made the transaction undesirable in absence of tax motivations". Domingo J. Jiménez-Valladolid de L'Hotellerie-Fallois, *Reorganization Clauses in Tax Treaties* (IBFD, 2014), 85.
- 20 Frente a las opciones de inversión con riesgo similar o menores riesgos disponibles para la empresa.
- 21 "The profitability index is a formal way of expressing this relationship of benefits to cost, a ratio which also is called the benefit cost ratio (BCR): Profitability Index = $\frac{\text{Present value of operating inflows (benefit)}}{\text{Present value of net investment outlays (cost)}}$ The higher the index, the better the project. As we expected, the first project is much more favorable, given the assumption that all other aspects of the investment are reasonably comparable. If the index is 1.0 or less, the project is just meeting or even below the minimum return standard used to derive the present values. An index of exactly 1.0 corresponds to a zero net present value and no value creation". Erich A. Helfert, *Financial Analysis Tools and Techniques: A Guide for Managers* (McGraw Hill Professional, 2001), 242.
- 22 "Thus, we should use the firm's weighted average cost of capital (WACC) [...] which is the average cost of capital the firm must pay to all of its investors, both debt and equity holders. [...] We can also interpret the WACC as reflecting the average risk of all of the firm's investments". Jonathan Berk y Peter DeMarzo, *Corporate Finance* (Pearson Education, 2009), 285.
- 23 "[...] se puede expresar el valor económico agregado (VEA)), así: $VEAJ = (ROIJ - CPFC) * (CAPITAL)$, En otras palabras, solo generan valor aquellas decisiones cuyo retorno sobre la inversión después de impuestos sea mayor que el costo promedio ponderado de capital necesario para su financiamiento...". Javier Serrano Rodríguez, *Matemáticas financieras y evaluación de proyectos* (Bogotá: Ediciones Uniandes, 2010), 334.

En este test, los factores subjetivos pueden ser indicativos pero no determinantes, por ejemplo, la coherencia y el *fit* estratégico²⁴ de la operación, especialmente cuando la misma hace parte de un plan de expansión, que si bien no genera beneficios a corto plazo, sí se espera que los haya en el largo plazo²⁵.

Test de sensibilidad financiera

El test de sensibilidad busca definir si la obtención del beneficio del CDI es *uno* de los propósitos u objetivos principales de la transacción. En este orden de ideas, debe identificarse en qué proporción se afecta el beneficio de la transacción ante la concesión y no concesión del beneficio fiscal del CDI, o ante la variación de la cuantía del beneficio²⁶.

Para esto, se debe definir cuál es el objetivo empresarial de la transacción, dependiendo de la estrategia de la empresa, la cual usualmente está definida en función de la generación de utilidades. Por ende, el VPN de los flujos de caja libres de la inversión es el mejor objetivo²⁷. Con este objetivo, es preciso modelar los flujos de la transacción incorporando la totalidad de las variables de negocio y mercado que puedan afectarla en el país en cuestión. Por ejemplo: tasa de cambio, tasa de interés, inflación, crecimiento en ventas, ahorros en eficiencias,

24 "Strategic fit among many activities is fundamental not only to competitive advantage but also to the sustainability of that advantage. It is harder for a rival to match an array of interlocked activities than it is merely to imitate a particular sales-force approach, match a process technology, or replicate a set of product features". Michael Porter, *What is Strategy?* (Harvard Business Review, 1996), 73.

25 "One of the key principles in making investment decisions is that the economic calculations used to justify any business investment must be based on projections and forecasts of future revenues and costs. It's not enough to assume that the past conditions and experience, such as operating costs or product prices, will continue unchanged and be applicable to a new venture". Erich A. Helfert, *Financial Analysis Tools and Techniques: A Guide for Managers* (McGraw Hill Professional, 2001), 262.

26 "To evaluate a variety of 'what-if' questions, we use an approach called sensitivity analysis, a technique for systematically changing parameters in a model to determine the effects of such changes". Lee J. Krajewski, Larry P. Ritzman y Manoj Kumar Malhotra, *Operations Management: Processes and Supply Chains* (Pearson, 2013), 53.

27 En algunos casos, el valor social y ambiental es parte de los indicadores de desempeño de las empresas, como, por ejemplo, en el caso de las Empresas B (B Corporation) o aquellas que acogen el concepto de Tripe Bottom Line: "The TBL captures the essence of sustainability by measuring the impact of an organization's activities on the world [...] including both its profitability and shareholder values and its social, human and environmental capital". Tanya Hall. "The triple bottom line: what is it and how does it work?". *Indiana Business Review* 86 (abril del 2011): At. 4.

costos, valor del cliente²⁸, costo de adquisición de clientes²⁹, ratio de competitividad del salario³⁰, volúmenes de transacciones, costos de innovación, etc. Claro está, se debe incluir la variable de la concesión o no del beneficio del CDI (o mayor o menor beneficio del CDI) cuantificando su impacto en la operación en concreto³¹.

Con estas variables y objetivos es posible hacer un análisis de sensibilidad³² que muestre el coeficiente de correlación entre las variables designadas y el objetivo, en este caso el VPN de la transacción. Todo para constatar qué variables tienen mayor coeficiente de correlación con el objetivo³³, entonces, si la existencia del beneficio

28 “Customer lifetime value, or CLV for short, was first developed in the late 1980s as a new way for companies to calculate how much each customer would likely spend with the business over his or her lifetime”. Canopy Labs, *Intro Guide to Customer Lifetime Value (CLV)*, <https://canopylabs.com/resources/intro-customer-lifetime-value-clv> (2017).

29 “Customer Acquisition Cost (CAC) is the cost associated in convincing a customer to buy a product/service”. Andrew Cook, *Knowing Your Customer Acquisition Cost (CAC)*, acceso el 29 de junio del 2017, <https://five23.io/blog/known-your-customer-acquisition-cost/>.

30 Salary Competitiveness Ratio (SCR) is a measure of how competitive the current salary is that a company offers for specific job roles. Salary competitiveness can be measured against specific competitors or against the general market”. The Institute of Chartered Accountants in England and Wales (ICAEW), *Employee key performance indicators (KPI)*, <http://www.icaew.com/technical/business-performance-management-community/data-and-kpis/kpi-library/employee-kpis> (2017).

31 Para modelar esta variable puede utilizarse una distribución de probabilidad personalizada de 50 % de probabilidad de que se concede el beneficio y 50 % de que no se hace; usualmente, si la variable es lo suficientemente relevante, podrá verse en la distribución de probabilidades del objetivo (VPN) dos columnas claramente diferenciadas, una representando el VPN sin el beneficio y otra con el beneficio.

32 “El análisis de sensibilidad es muy útil para evaluar el efecto de estimaciones imprecisas de los datos del problema, incluyendo probabilidades, ingresos y costos. Los paquetes como SensIt están disponibles como ayuda al realizar un análisis de sensibilidad [...] [el] análisis de sensibilidad [es el] estudio de cómo afectan la alternativa de decisión recomendada otros valores factibles para las probabilidades de los estados de la naturaleza (o de los pagos)”. Frederick Hillier *et al.*, *Métodos cuantitativos para administración: un enfoque de modelos y casos de estudio, con hoja de cálculo* (McGraw-Hill, 2002), 351-352.

33 “Crystal Ball tiene otra herramienta llamada gráfica de sensibilidad, que ofrece una importante guía para identificar qué revisiones del plan del proyecto serían las de mayor beneficio. [...] La gráfica de correlación de intervalos da el coeficiente de correlación (con base en valores de intervalos) entre cada celda de suposición y la celda de pronóstico. Un coeficiente de correlación entre dos variables mide la fuerza de la relación entre ellas. [...] Mientras mayor sea el coeficiente de correlación, mayor es la influencia”. Frederick Hillier *et al.*, *Métodos cuantitativos para administración: un enfoque de modelos y casos de estudio, con hoja de cálculo* (McGraw-Hill, 2002), 531-532.

fiscal tiene una correlación positiva débil (entre el 20 % y el 39 %)³⁴ o muy débil (0 % al 19 %)³⁵ no podría decirse que la concesión del beneficio fiscal es uno de los objetivos principales de la transacción. De presentarse lo anterior, se descartaría por completo la aplicación del artículo 7.º(1) para el caso en concreto. De ser el caso contrario, al surgir correlaciones moderadas, fuertes o muy fuertes, deberá continuarse con el análisis que plantea la cláusula PPT para encontrar si es posible negar la concesión del beneficio del CTA.

La razonabilidad bajo todos los hechos y circunstancias relevantes

De forma armónica con las anteriores ideas, de confirmarse que existe un propósito u objetivo fiscal principal, aun así debe evaluarse la razonabilidad de que la transacción y operación se dirijan a la consecución de un beneficio de un CDI. Es decir, no basta con encontrar que la concesión de un beneficio es un propósito principal de la operación, debe ser razonable llegar a esa conclusión.

La razonabilidad debe entenderse, siguiendo el razonamiento interpretativo plasmado en el apartado 5.1, bajo el sentido natural y obvio de las palabras de conformidad con el artículo 31(1) de la CVDI, teniendo en cuenta el espíritu de la convención y del CDI, este último modificado por el artículo 6.º(1) del MLI en algunos casos³⁶. Así, la razonabilidad en el MLI es la exigencia de que el conjunto de hechos y circunstancias relevantes permitan inferir que la obtención del beneficio es proporcionada³⁷ al no exceder una comprensión ordinaria

34 En general, la aproximación más recurrente generalmente aceptada en estadística frente a la fuerza de la correlación ha sido la planteada por Evans: "If r is in this range: 0.80 to 1 Very strong, .60 to .79 Strong, .40 to .59 Moderate, .20 to .39 Weak". James Evans, *Straightforward Statistics for the Behavioral Sciences* (Brooks/Cole Publishing Company, 1996), 142.

35 Más recientemente, de forma consistente con los planteamientos de Evans (1996), otros autores han incluido la categoría de "muy débil" de 0 a 0.19 para explicar las relaciones estadísticas de la correlación. Al respecto véase: Intel Teach Program, *Thinking with Technology Considering the Visual Ranking Tool for Your Project, Understanding Correlation*, http://www.schoolnet.org.za/twt/06/M6_Understanding_Correlation.pdf (2007); y *Pearson's Correlation*, acceso el 19 de enero del 2004, <http://www.statstutor.ac.uk/resources/uploaded/pearsons.pdf>.

36 Cuando así lo convengan los países que suscriben el MLI, lo incluyen en sus CDI al no reservar tal derecho consagrado en el artículo 6.º(4) del Instrumento Multilateral.

37 Definición de razonable, acceso el 9 de octubre del 2017, <http://dle.rae.es/srv/fetch?id=UBnRzW7>.

y usual de las operaciones empresariales³⁸ y al proscribir escenarios de doble no imposición o de una imposición reducida mediante la evasión o elusión fiscales³⁹.

En este orden de ideas, desde una perspectiva empresarial, la razonabilidad está dada en términos de sustancia económica y de propósito de negocios, los cuales se oponen a la elusión fiscal y son armónicos con la planeación fiscal.

La elusión fiscal surge al aprovecharse legalmente de los tecnicismos o los desajustes entre las legislaciones tributarias de los países para reducir la carga fiscal a través de transacciones artificiosas o engañosas, empujando los límites del espíritu de la legislación⁴⁰. Por ejemplo, al implementar estructuras que resultan en una doble no imposición. La planeación fiscal, en cambio, es reflejo del derecho del contribuyente a llevar sus negocios de la manera más eficiente⁴¹ y la legitimidad de la transacción se evidencia en la sustancia económica de la estructura y en su propósito de negocios.

Test de razonabilidad

En este orden de ideas, un test de razonabilidad tributaria en el marco del MLI debe indagar por dos aspectos principales de la transacción, por un lado, la sustancia económica y, por otro, el propósito de negocios. La sustancia económica puede entenderse, como lo ha hecho la jurisprudencia en otros países, como la posibilidad realista de generación de utilidades antes de impuestos, de forma que la

38 La expresión utilizada en inglés, versión oficial del MLI, es *reasonable*. Al respecto véase: Black's Law Dictionary, What is REASONABLE?, acceso el 9 de octubre del 2017, <http://thelawdictionary.org/reasonable/>.

39 Convención Multilateral para Aplicar las Medidas Relacionadas con los Tratados Fiscales para Prevenir la Erosión de las Bases Imponibles y el Traslado de Beneficios. Artículo 6.º(1) (7 de junio del 2017).

40 "Tax avoidance [c]onsists in taking advantage of the technicalities of a tax system, or of mismatches between two or more tax systems with the aim of reducing the overall tax liability [...] tax avoidance exists where a taxpayer seeks to obtain a tax advantage by means of sham or artificial transactions, considering that the law could not have intended to grant a tax advantage in such way". Madalina Cotrut, *International Tax Structures in the BEPS Era: An Analysis of Anti-Abuse Measures* (IBFD, 2015), 19.

41 "The intention to obtain a tax advantage has to be distinguished from the right of the taxpayer to carry out its business in a most efficient way, which inherently includes ways of limiting the tax burden of the business and *per se* achieving a tax advantage when considering different ways of conducting the business". Stephen Karas, "Limits to tax planning in indirect tax law", en *Limits to Tax Planning*, Karin Simader y Elisabeth Titz (Austria: Linde, 2013), 602.

transacción tenga resultados significativos y apreciables en posición económica del contribuyente⁴².

Nótese, que la posibilidad y *no* la generación efectiva de utilidades antes de impuestos es el criterio principal. De lo contrario, se haría imposible medir la razonabilidad en las operaciones de expansión o incursión en mercados nuevos, las cuales usualmente no generan utilidades en el corto plazo.

De esta forma, la existencia de personal de ventas, de activos productivos, de inversiones disponibles para la empresa, empleados, locales y actividades empresariales⁴³, entre otros criterios, son indicativos de la presencia de sustancia económica. La sola firma de contratos y del registro ante las autoridades públicas no es suficiente⁴⁴.

Frente al propósito de negocios, se evalúan de forma más amplia las razones y condiciones objetivas y, a diferencia del test de principalidad, son igualmente relevantes las razones subjetivas de la empresa —como las de estrategia, posicionamiento, mercadeo, logística, responsabilidad social, ambiental, de protección de inversiones⁴⁵, entre otras—. Todo con miras a establecer que existe, así sea subjetivamente, un propósito no tributario para la transacción. Es decir, que esta es plausible a la luz de la conducta económica y condiciones del contribuyente⁴⁶.

El propósito de negocios debe leerse ampliamente, pues el hecho de que exista un propósito fiscal puede también considerarse como un derecho del contribuyente⁴⁷ y no iría en perjuicio de la existencia de otros propósitos de negocio legítimos. El hecho de que pretenda beneficiarse de ventajas tributarias no puede privar al contribuyente, por sí mismo, del derecho a acogerse a las condiciones favorables de un CDI⁴⁸.

42 Saurabh Jain, *Effectiveness of the Beneficial Ownership Test in Conduit Company Cases* (IBFD, 2013), 109.

43 Como en el caso Cadbury-Schweppes. Véase Carolina Roza Gutiérrez, “Acción 6: El abuso de los tratados para evitar la doble tributación: ¿Cómo delimitar la frontera con la planeación fiscal legítima?”, en *Resultados del Plan de acción BEPS y su aplicación en Colombia*, Myriam Stella Gutiérrez y Natalia Quiñones (Bogotá: ICDT, 2016), 134.

44 Ekkehart Reimer et al., *Permanent Establishments: A Domestic Taxation, Bilateral Tax Treaty and OECD Perspective* (Kluwer Law International, 2011), 82.

45 A partir del aprovechamiento de un acuerdo de promoción y protección recíproca de inversiones.

46 *Ibidem*.

47 Dieter Endres y Christoph Spengel, *International Company Taxation and Tax Planning* (Kluwer Law International, 2015), 392.

48 Corte Europea de Justicia: E.C.J. C-196/04 - Cadbury Schweppes plc, Cadbury Schweppes Overseas Ltd v. Commissioners of Inland Revenue, judgment of 12.9.2006. Par. 36. (2006).

Esto implica también que el propósito de negocios debe examinarse a la luz de todas las circunstancias relevantes, por ejemplo: (1) la fecha de constitución de la sociedad en relación con la fecha en que un CDI entró en vigor; (2) la continuidad del negocio histórico y la propiedad de la empresa; (3) las razones comerciales por las que la empresa reside en el Estado de residencia; (4) la obtención de beneficios tributarios por la residencia en el otro país; (5) la medida en que la actividad empresarial en el otro Estado depende del capital, los activos o del personal disponible en el Estado de residencia; y (6) la medida en que la empresa tendría derecho a los beneficios comparables a los del CDI si hubiera sido registrada en el país de residencia de la mayoría de sus accionistas⁴⁹, etc.

Si del análisis presentado en este aparte se deduce una carencia de propósito de negocio o una carencia de sustancia económica y una prevalencia del propósito fiscal, se tendría necesariamente que concluir que es razonable que exista un objetivo fiscal. De encontrarse que es además principal, aplicando el razonamiento expuesto en el aparte “Test de principalidad”, indefectiblemente habría de negarse al contribuyente la concesión del beneficio favorable que consagre el CTA con fundamento en la aplicación del artículo 7.º(1) del MLI.

49 Esta aproximación se utiliza comúnmente en los CDI que siguen el modelo de Estados Unidos. Al respecto véase: Xavier Oberson y Howard Hull, *Switzerland in International Tax Law* (IBFD, 2011), 232.

Alcance de la cláusula simplificada de limitación de beneficios (S-LoB)

Por otro lado, desde el artículo 7.º(8) hasta el 7.º(13) del MLI se incluyen las reglas de la cláusula simplificada de limitación de beneficios. La cláusula describe las situaciones en las cuales una persona no solo es residente para los efectos del convenio, sino que, además, se entiende como una persona calificada (*qualified person*). La finalidad de esta cláusula es que solo las personas calificadas puedan acceder a los beneficios del CTA.

Una cláusula de este tipo, a diferencia del test de propósito principal incluido en el artículo 7.º(1) del MLI, tiene la ventaja de que –en cierta medida– establece criterios objetivos de relativa facilidad probatoria para efectos de permitir el acceso al convenio. Además, ofrece reglas claras de antemano sobre la posibilidad de acceder a los beneficios del convenio para los inversionistas.

***Treaty shopping* y la finalidad de las cláusulas LoB**

Las cláusulas de limitación de beneficios son, en general, medidas antiabuso y antielusión principalmente destinadas a evitar el *treaty shopping*. Este último término se refiere a la práctica de valerse de entidades residentes para efectos de acceder a los beneficios de un CDI. En efecto, el *treaty shopping* involucra la incorporación de entidades en un país con el que el Estado de la fuente tenga un tratado vigente, con el objetivo de reducir la carga impositiva en comparación a la que surgiría si la inversión se hiciera directamente en el país de mayor presencia económica del inversionista.

La ausencia de presencia económica es característica del *treaty shopping*, pues en esta práctica es usual que las entidades que se interponen entre el inversionista y el Estado de la fuente no contribuyan significativamente a la generación de rentas en el último¹. En general, se ha entendido que la interposición de entidades entre el flujo de inversión de un Estado al Estado de la fuente es una forma de *treaty shopping* siempre que los beneficios otorgados por el tratado no estuvieran disponibles de otro modo para el inversionista².

Se ha considerado de antaño que la práctica del *treaty shopping* no es una forma de planeación tributaria legítima en la medida en que viola la reciprocidad de un tratado y altera el equilibrio de las concesiones obtenidas entre los dos estados contratantes por vía de la negociación³. Es decir, en el momento de la negociación de un CDI es usual que se otorguen concesiones recíprocas frente a la cesión de los derechos de gravar ciertos ingresos o gravarlos a cierta tarifa disminuida. Cada Estado renuncia en cierta proporción a su capacidad de gravar y, a cambio, obtiene un trato beneficioso para sus residentes en la medida en que la contraparte del CDI se compromete a hacer lo mismo. En cambio, cuando un residente de un tercer Estado accede a los beneficios, lo hace sin que su Estado de residencia hubiera otorgado concesiones recíprocas al Estado de la fuente. Por lo anterior, se considera una práctica abusiva que quebranta los principios de reciprocidad y justicia.

En términos generales, una cláusula LoB de cualquier tipo concibe que las compañías, con una composición accionaria mayoritariamente de propiedad o control de residentes del otro Estado contratante, pueden acceder a los beneficios del tratado cuando reciben ingresos por parte del residente del Estado de la fuente⁴. En ese caso, lo que se pretende es que residentes de terceros Estados que no son parte del CDI no puedan simplemente incorporar empresas en el Estado que sí tiene un CDI y, a través de ese Estado, canalizar los pagos para obtener una reducción en la retención del ingreso, o incluso la falta total de gravamen cuando el CDI contemple que el mismo solo esté gravado en el país de la residencia.

-
- 1 “Some forms of tax avoidance (i.e. some forms of abusive tax treaty shopping by interposing intermediary persons close to the source of income who try to benefit from a tax reduction in the State of source, but whose property only benefit marginally or partly from the income with which the claimed reduction of source State taxation is connected)”. Becker, Johannes, Reimer y Rust, *Klaus Vogel on Double Taxation*, 16.
 - 2 Simader, *Limits to Tax Planning*, 16.
 - 3 Michael Lang, *Tax Treaties: Building Bridges between Law and Economics* (IBFD, 2010), 25.
 - 4 Jacques Malherbe, Carol Tello y María Amparo Grau Ruiz, *La revolución fiscal de 2014* (Bogotá: ICDT, 2015), 187.

Para evitar este tipo de estrategias, desde 1977 se incluyó en el Modelo de Convenio de la OCDE la figura del beneficiario efectivo, específicamente en los artículos 10 sobre dividendos, 11 sobre intereses y 12 sobre regalías. La inclusión de este requisito tiene como objetivo determinar que los receptores del ingreso solo puedan beneficiarse del convenio (tarifas reducidas de retención en la fuente o gravamen solo en el país de la residencia) cuando efectivamente tienen control y dominio sobre el ingreso que reciben. Es decir, cuando *no* actúan como simples tenedores o conductos del ingreso al transferirlo a terceros.

Empero, sigue sin ser suficiente la inclusión de la exigencia del beneficiario efectivo por varias razones. En primer lugar, el término no está claramente definido en el Modelo de Convenio, tampoco lo está en muchos de los convenios negociados con fundamento en la versión 2010 del mismo. Esto se debe a que no existía consenso en la OCDE sobre la definición de beneficiario efectivo para el 2010. En la versión 2010 de los comentarios a los artículos del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE, particularmente en el párrafo 12 del comentario al artículo 10, por ejemplo, solo se aclaraba que el término beneficiario efectivo debía contraponerse a la situación en la cual una compañía o entidad actúa como mero receptor y que el término beneficiario efectivo debía entenderse en un sentido amplio y armónico con el propósito del CDI de evitar la erosión de la base imponible. Entonces no es suficiente la inclusión de la figura del beneficiario efectivo en los convenios que siguen esta versión, en la medida en que no sienta una regla clara sobre los requisitos para considerar la existencia de un beneficiario efectivo o la ausencia del mismo.

En segundo lugar, los comentarios a los artículos del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE en su versión del 2014 sí aclararon la definición. Por ejemplo, en el párrafo 12.4 del comentario al artículo 10 se hace explícito que se considerará un beneficiario efectivo al receptor del ingreso que tenga, por un lado, el derecho a usar y disfrutar del mismo y, por otro, que no esté obligado por ninguna relación contractual o legal a transferir este ingreso a terceros.

Aun así, la aclaración que hizo el comentario sigue dejando al arbitrio del operador judicial o de las administraciones tributarias la interpretación del término de conformidad con el mentado párrafo, el cual es —en términos generales— una forma de *softlaw*. Por esta razón, sigue sin ser completamente idónea la inclusión del requisito de beneficiario efectivo en los CDI para evitar la erosión de las bases. Especialmente considerando que estos dos requisitos pueden cumplirse a través de diferentes esquemas contractuales y de organización societaria, sin necesidad de que exista verdadera sustancia económica detrás de la estructura.

Así, relucen las dificultades que supone evitar que residentes de los Estados parte del CDI actúen como conducto de los ingresos destinados a residentes de terceros Estados y, en este proceso, se benefician del tratamiento tributario que otorga el convenio. Por esto surgen las cláusulas LoB como una estrategia de limitación de los beneficios, los cuales solo serían conferidos a personas calificadas bajo el entendimiento de la cláusula.

Aplicación de la S-LoB del artículo 7.º(8) a 7.º(13) del MLI

Teniendo en cuenta este contexto, el MLI desarrolló su propio modelo de cláusula de limitación de beneficios, que se ha denominado la cláusula simplificada de limitación de beneficios, porque pretende cubrir una gran variedad de CDI con diverso lenguaje, sin precisar en las especificidades de las entidades reguladas en cada una de las jurisdicciones que se han acogido al MLI, lo cual sería claramente un objetivo inverosímil.

Beneficios transversales

El párrafo 8 señala que los residentes de un Estado contratante de un CDI cubierto por el MLI pueden acceder siempre a los beneficios del mismo cuando estos se refieran a la residencia, a los ajustes de precios de transferencia, al acceso al procedimiento amistoso y a la cláusula de no discriminación.

Primero, se puede acceder independientemente de la calidad de persona calificada a los beneficios del artículo 4.º del Modelo de Convenio de la OCDE o, en los CDI que sigan otro modelo, a los beneficios que traten sobre la residencia y sobre las reglas de desempate para residentes. En efecto, el artículo solo menciona explícitamente que serán extensivas en todos los casos las reglas de desempate de residencia, independientemente de si se trata o no de personas calificadas en los términos del artículo. A pesar de esto, debe entenderse que también serán aplicables las reglas relativas a la residencia contempladas en el CDI sin necesidad de ser persona calificada, pues las reglas de desempate se definen de conformidad con las normas que *prima facie* determinan la residencia antes de que se genere un conflicto, las cuales están contempladas en el párrafo 1 del numeral 4 del Modelo de Convenio de la OCDE. No sobra recalcar que el artículo menciona que este tratamiento sobre la residencia es aplicable sin mayor condición a las personas naturales, las cuales siempre se consideran personas calificadas en el contexto del artículo 7.º(9)(a).

Segundo, también se puede acceder, sin cualidad alguna más allá de ser residente del Estado parte del CDI, a los beneficios relacionados con los ajustes realizados por precios de transferencia. En realidad, si no se tuvieran ajustes se permitiría una doble imposición económica y por esto se justifica que independientemente de la calidad de la persona se pueda aplicar este tratamiento contemplado en los artículos 7.º y 9.º del Modelo de Convenio de la OCDE.

En contraste con el acceso a una tarifa reducida de retención en la fuente, en los ajustes por precios de transferencia no se quebranta el principio de reciprocidad entre Estados si se permite que los contribuyentes, independientemente de ser personas calificadas, accedan a los ajustes. Los ajustes están dirigidos a impedir el surgimiento de una doble imposición económica. No sobra decir que, al referirse a estos, no se puede hablar propiamente de un beneficio o de una concesión tributaria negociada. La doble imposición surge cuando en virtud de la decisión de la administración tributaria se aumenta el ingreso gravable de un contribuyente residente porque esta considera que ha pagado un precio excesivo a una empresa vinculada y, al hacerlo, niega una deducción. Lo anterior, porque si el otro Estado contratante no permite el respectivo ajuste se habría gravado dos veces la porción de la base gravable correspondiente a la deducción negada.

También surge cuando la administración tributaria considera que ha recibido un precio inferior por un bien o servicio, en cuyo caso se incluye el ingreso en la base gravable. Así, si no hubiera un ajuste correspondiente en el otro Estado, el mismo ingreso se gravaría dos veces en manos de dos diferentes contribuyentes⁵.

Tercero, se tiene también que no se requiere ser una persona calificada para efectos del convenio para acceder al procedimiento amistoso (*Mutual Agreement Procedure*), que está consagrado en el artículo 25 del Modelo de Convenio de la OCDE. Según este, se habilita a cualquier contribuyente que considere que ha sido —o será posiblemente— sujeto de una doble tributación —en contravía de lo establecido en la convención— a presentar ante la autoridad tributaria del Estado parte de la convención una petición para que esta se decida con la administración tributaria del otro Estado. Todo con el objetivo de eliminar la doble imposición que surja o potencialmente pueda surgir.

La finalidad de permitir que cualquier residente acceda al procedimiento amistoso tiene justificación en que la doble imposición puede surgir debido a que una o más administraciones tributarias no

5 Raffaele Russo, *Fundamentals of International Tax Planning* (IBFD, 2007), 9.

otorgan la calidad de persona calificada a un contribuyente bajo la S-LoB, de modo que se quiere facilitar que los contribuyentes puedan –en todos los casos de controversia– optar por recurrir a este procedimiento, en vez de tener que recurrir ante la justicia contenciosa.

Finalmente, es posible aplicar la normativa relativa a la cláusula de no discriminación que incluyen los CDI, como, por ejemplo, la consagrada en el artículo 24 del modelo OCDE. Si bien no se encuentra comprendida expresamente en los supuestos de hecho del artículo 7.º(8) del MLI, no hay que olvidar que las limitaciones de este artículo se aplican solamente a la condición de residente de un Estado contratante en un CTA. En otras palabras, la literalidad del artículo 7.º(8) no busca fijar una nueva regla que limite los beneficios a los que puede accederse en condición de nacional de un Estado contratante. Así, el artículo 24 del modelo OCDE, que solo exige para su aplicación condición de ser nacional de un Estado contratante, no encuentra restricción en la aplicación del artículo 7.º(8) del MLI.

Compañías y fondos de inversión como personas calificadas

Teniendo en cuenta lo anterior, el resto de los beneficios que no fueron cubiertos expresamente por el artículo 7.º(8) del MLI quedarían sujetos al cumplimiento de la condición de ser persona calificada.

En este orden de ideas, es especialmente relevante analizar el estatus que debe atribuirse a las empresas bajo la S-LoB. Una compañía o sociedad que sencillamente es constituida con el propósito especial de servir como conducto del ingreso recibido en el Estado de la fuente queda por fuera de la aplicación de la definición de una entidad calificada. La S-LoB sienta exigentes criterios para que las sociedades puedan acceder a los beneficios. Mientras que el derecho societario busca cada vez mayor flexibilización para que todo tipo de inversionistas constituyan sociedades⁶, el derecho tributario dispone de criterios rígidos para acceder a los beneficios del CDI a través de ellas.

En primer lugar, una sociedad o compañía que quiera acceder a los beneficios en el contexto del MLI puede tener acciones que negocien en una bolsa de valores reconocida, en los términos del artículo

6 “Es indudable que el establecimiento de un mayor grado de libertad contractual para definir los derechos y obligaciones dentro de la estructura organizativa de la sociedad facilita el advenimiento de asociaciones de industria y capital, y promueve la inversión extranjera”. Francisco Reyes Villamizar, *Análisis económico del derecho societario* (Bogotá: Legis, 2013), 112.

7.º(9)(c). Las bolsas de valores reconocidas son aquellas reguladas bajo la ley doméstica de cada país por remisión expresa del artículo 7.º(13)(a)(i); en el caso de Colombia, una empresa siempre se haría acreedora a los beneficios del CDI si sus acciones se negocian en una bolsa de valores en los términos de la Ley 27 de 1990.

Por lo menos en Colombia, la emisión de acciones en el mercado público tiene costos de transacción muy altos, los cuales se justifican solamente para empresas relativamente grandes y con cuantiosas necesidades de capital. Por esto, es altamente cuestionable pensar que se inscriba una empresa a una bolsa de valores reconocida con la simple finalidad de obtener el beneficio del convenio. Además, el volumen de acciones que se transen en la bolsa debe ser considerable, hasta el punto de ser tenidas como la clase principal de acciones, lo cual implica que la mayoría del valor de la compañía, y también la mayoría de los votos, deben poderse negociar en bolsa.

La segunda posibilidad para que una compañía se considere una persona calificada para efectos de la cláusula es la contemplada en el artículo 7.º(9)(d), que consagró la posibilidad de que por vía de propiedad y tenencia de las acciones por parte de personas calificadas se pueda extender esta calidad a la compañía. Así, se requiere que personas calificadas mantengan la tenencia de por lo menos el 50 % de las acciones de la compañía durante la mitad de los días de un periodo de doce meses, incluyendo el día de la concesión del beneficio. Las entidades calificadas en este caso serían: individuos (personas naturales), el Estado o sus subdivisiones, otras entidades cuyas acciones negocian en bolsa, entidades sin ánimo de lucro reconocidas por ambos Estados contratantes, fondos de pensiones o fondos de inversión que invierten casi exclusivamente para el beneficio de fondos de pensiones. No sobra decir que, además, estas entidades deben ser residentes como primer presupuesto de aplicación de la norma antes de evaluar si se trata de personas calificadas.

En referencia a los fondos de inversión, se tiene que estos en general siguen las mismas dos reglas aplicables a las empresas para ser consideradas personas calificadas. Por un lado, que las acciones o derechos de participación se negocien en una bolsa reconocida y, por otro, que estas acciones o derechos de participación hubieran sido poseídos por personas calificadas durante, por lo menos, la mitad de los días en un periodo de doce meses y que esta posesión también se mantuviera en el momento de la concesión de los beneficios. Es decir, cuando se distribuye el ingreso a una tasa reducida de retención en la fuente o incluso sin retención en la fuente.

***Bona fide*: aproximación y uso justo de la convención**

La desventaja de la inclusión de una cláusula con criterios objetivos para permitir el acceso a los beneficios del tratado, como la incluida en este caso en el MLI, es que puede dejar por fuera de su aplicación el acceso a beneficios por parte de empresas que están utilizando el CDI de buena fe y que efectivamente desarrollan una actividad empresarial. Esto en la medida en que es una finalidad de los CDI la eliminación de la doble imposición como obstáculo para la inversión y el comercio internacional.

Conducción activa de negocios

La idea de este tipo de provisiones es identificar si una compañía ha invertido suficientemente en un Estado contratante de manera que los costos asociados a la presencia en tal Estado tengan finalidades comerciales y de los negocios⁷. En particular en el MLI, el artículo 7.º(10)(a) contempla la posibilidad de que un residente que no sea persona calificada acceda a los beneficios del tratado si está conduciendo activamente un negocio.

Para efectos del MLI, no se considera la conducción efectiva de un negocio la actividad de las compañías *holding*, según se desprende del 7.º(10)(a)(i). El MLI no proporciona suficiente claridad sobre lo que debe entenderse por una compañía *holding*, y la ausencia de una definición resulta en que el artículo 3.º(2) de los CDI — o en virtud del artículo 2.º(2) del MLI— resultaría aplicable para dilucidar el tratamiento que debe darse al término. Desafortunadamente no es usual que un CDI contenga referencia a las compañías *holding* para efectos de acceder a los beneficios del convenio.

En este orden de ideas, se puede recurrir a ciertos criterios útiles para distinguir si la compañía entra dentro de esta definición, a saber: la exclusividad de la actividad, la realización de actividades de mera gestión y financiación y, claro está, la participación en otras empresas⁸.

7 “The idea behind this test is to determine whether the company has invested sufficiently [s]o as to be considered a qualifying resident for treaty purposes [...] taxpayers will probably not incur the expense of establishing an active trade or business [p]rimarily to avail themselves of the benefits of an international tax treaty [...] there should be a connection between the active trade or business and the income-producing activity for which treaty relief is requested”. Xavier Oberson y Howard Hull, *Switzerland in International Tax Law* (IBFD, 2011), 201.

8 Oberson y Hull, *Switzerland in International Tax Law*, 201.

En referencia a la exclusividad de la actividad, es característico de una compañía *holding* que la mayor parte de los ingresos recibidos provengan de la participación en otras compañías. Especialmente las rentas pasivas, como lo son los dividendos. Aun así, no todas las compañías *holding* son de este tipo, la realidad es mucho más compleja y estas pueden recibir ingresos activos por la provisión de servicios de administración, consultoría, etc.

En ese orden de ideas, una compañía sería una *holding* cuando el origen de sus ingresos son casi exclusivamente o exclusivamente provenientes de rentas pasivas como dividendos y, además, si se cumple el requisito de que sus actividades comprenden exclusivamente o casi exclusivamente la gestión y financiación de estas compañías. Si bien no hay un límite taxativo, la experiencia comparada en Suiza muestra que se consideran compañías *holding* aquellas que derivan el 95 % o más de sus ingresos de participaciones y tienen un 90 % de sus activos fijos o movibles en acciones o participaciones⁹.

En línea con estas ideas, el artículo 7.º(10)(a)(ii) y 7.º(10)(a)(iii) considera que las empresas que se dedican a la mera supervisión de las actividades de otras y que solo proveen financiamiento no podrían acceder a los beneficios del convenio en virtud de este tratamiento. No sobra destacar que dentro de las operaciones de financiamiento se incluye el *cash pooling*, que es una forma de trasladar las actividades de la tesorería a la compañía *holding*, para que esta se encargue de la gestión de la contabilidad e impuestos, así como del uso de la liquidez y de la gestión del riesgo de tasa de cambio¹⁰.

Lo mismo es cierto para las actividades de inversión, a menos que sean desarrolladas por un banco, una compañía de seguros o un agente de valores registrado. En el caso de Colombia, se entenderían las sociedades comisionistas de bolsa y las sociedades comisionistas independientes de valores vigiladas por la Superintendencia Financiera y constituidas de conformidad con el artículo 7.º de la Ley 45 de 1990. Siempre y cuando las actividades de inversión sean realizadas en el giro ordinario de los negocios de cada una de las entidades.

9 Oberson y Hull, *Switzerland in International Tax Law*, 205.

10 "También se prodigó el traslado de la tesorería (operaciones de *cash pooling*) ya que en tales grupos multinacionales no tiene sentido una gestión financiera individualizada por parte de cada empresa". Catalina Hoyos Jiménez, César García Novoa y Julio A. Fernández C., *Nueva Fiscalidad: Estudios en Homenaje a Jacques Malherbe / New Taxation: Studies in Honor of Jacques Malherbe* (Bogotá: ICDT, 2017), 633.

Negocios sustanciales y personas conectadas

En el diseño de las cláusulas LoB es imprescindible reconocer que las estructuras comerciales internacionales pueden tener una gran complejidad. La distribución de riesgos de financiamiento y de capital entre empresas puede implicar que un negocio se valga de múltiples vehículos para operar efectivamente en el mercado. Es por esta razón que el artículo 7.º(10)(b) contempla que los beneficios del CDI también pueden ser otorgados cuando el receptor del ingreso es una persona conectada.

Piénsese, por ejemplo, en una empresa que desea invertir en otro Estado con el cual se tiene un CDI. Si el Estado tiene un riesgo país muy alto por la inestabilidad política podría ser conveniente invertir a través de un vehículo dedicado exclusivamente a gestionar los activos y los negocios en ese Estado y, así, mitigar el efecto del riesgo financiero y operativo en la compañía matriz. Sin mencionar el aprovechamiento de los acuerdos para la promoción y protección recíproca de inversiones.

Después de realizar la inversión, el vehículo podría ser el receptor de rentas pasivas dependiendo del tipo de negocio que se esté adelantando en el país de la fuente. Por ejemplo, recibir dividendos, pagos por concepto de intereses o regalías. Esta compañía vehículo de inversión en principio no sería una persona calificada en los términos de la convención si la primera distribución de dividendos, regalías o intereses se hiciera antes de los primeros doce meses de existencia y si tampoco tuviera acciones registradas en bolsa.

Empero, si el negocio que desempeña el vehículo hace parte integral del modelo de negocio, de manera que haga parte sustancial o sea complementaria a la actividad principal de la matriz, el pago hecho al vehículo podrá gozar de los beneficios del tratado como si se hubiera realizado directamente a la matriz. Siempre y cuando se cumpla con el hecho de ser personas conectadas. Es decir, en los términos del artículo 7.º(13)(e), que la matriz tenga —en virtud de su participación en el vehículo— al menos el agregado del 50 % del voto y valor de la compañía. En este caso hipotético, al haber creado el vehículo con el propósito específico de invertir y separar una unidad de negocio dedicada a un país riesgoso, tendría el 100 % de la participación y, por ende, se considerarían personas conectadas de manera que a los ingresos recibidos por el vehículo podrían conferirse los beneficios tributarios del CDI.

Lo mismo es aplicable para otros mecanismos de inversión, por ejemplo, una fiduciaría o un fondo de inversión privado, los cuales usualmente están amparados por regímenes de protección al inversionista. Siempre que las inversiones que realicen estas entidades no

corporativas tengan una relación sustancial con el negocio principal, podrían acceder a los beneficios del tratado.

Finalmente, la aproximación plasmada en la regla del artículo 7.º(10)(b) da prevalencia al principio de sustancia sobre la forma. En el primer caso se estatuye una gran libertad de prueba para demostrar que las actividades de las personas conectadas son sustancialmente complementarias o integrales, lo cual debe demostrarse ateniendo a todos los hechos y circunstancias relevantes. No deja de ser novedoso que se consagre en un instrumento de derecho internacional el lenguaje de los comentarios al Modelo de Convenio de la OCDE, que hace alusión a “todos los hechos y circunstancias relevantes”, en aras de que se evalúe la sustancia y no solo los aspectos formales de la operación al momento de conferir o no los beneficios del CDI. De forma similar, el artículo 7.º(10)(c) señala que, en referencia a las personas conectadas, toda transacción que realice un residente a través de una persona conectada se entenderá realizada por el residente mismo para propósitos del artículo 7.º(10).

Propiedad y temporalidad: criterios de aplicación de los beneficios

De forma armónica con las reglas de prevalencia de la sustancia sobre la forma que inspiran la acción 6 del plan BEPS, el artículo 7.º(11) del MLI contempla una posibilidad de que los vehículos de los residentes de los Estados contratantes del CDI puedan acceder a los beneficios del convenio. A pesar de no desarrollar una actividad sustancial o complementaria frente al negocio integral desempeñado.

Retomando el ejemplo anterior, la matriz podría decidir escindir una parte de su compañía para separar una unidad de negocio que representa contribuciones marginales a la actividad de generadora de renta. Precisamente por esto, prefiere separarla para no afectar la valoración y el retorno de los activos de su compañía de cara a los accionistas. En este evento, la compañía escindida no tendrá funciones verdaderamente sustanciales o complementarias del negocio por contribuir apenas marginalmente a la generación de rentas. Aun así, el ingreso que reciba en virtud de su actividad comercial en el Estado de la fuente del CDI debería acceder a los beneficios del convenio, al constituir una extensión de la matriz que sí cumple los requisitos para acceder a los beneficios del tratado por sí misma.

De esta forma, el artículo 7.º(11) del MLI contempla que las personas que no serían calificadas para efectos de la cláusula S-LoB tengan la posibilidad de acceder a los beneficios del convenio cuando, en un periodo de la mitad de los días de un periodo de doce meses

contando el día de la concesión del beneficio, “beneficiarios equivalentes” tuvieran al menos un 75 % de las acciones o participaciones del vehículo residente para efectos del CDI.

En este caso, el beneficiario equivalente es una persona que tiene el derecho, con fundamento en las normas del CDI o de la normatividad doméstica, a acceder a los beneficios del convenio. Es decir, en la medida en que el MLI modifica el convenio como expusimos con anterioridad, se entiende que siempre que personas calificadas tengan una participación directa o indirecta del 75 % sobre la persona residente no calificada, esta última puede acceder a los beneficios del convenio.

En nuestro ejemplo anterior mencionábamos que la matriz desempeña activamente negocios en el otro Estado contratante o, si se quiere, sus acciones se negocian en una bolsa reconocida. En cualquiera de los dos casos se consideraría una persona calificada para efectos del MLI. Al escindirse o constituir un vehículo mantiene el 100 % de la propiedad accionaria sobre el mismo de modo que, al superar el mínimo del 75 % que establece el artículo, el vehículo estaría legitimado para acceder a los beneficios.

Concesión de beneficios a la luz del objetivo del tratado

Sin duda, una de las grandes virtudes de la cláusula S-LoB es la introducción de criterios objetivos fácilmente demostrables para efectos del acceso a los beneficios del convenio. Un vistazo rápido a la composición accionaria en Bloomberg, un certificado de residencia fiscal y un intercambio de notas entre Estados parte del CDI son algunos de los mecanismos para constatar si una entidad puede acceder a los beneficios del convenio. Sin embargo, no deja de existir la posibilidad de que algunos supuestos de hecho queden por fuera del MLI en perjuicio del desarrollo de negocios legítimos o de políticas económicas referentes a la inversión promovidas por ambos Estados.

Por lo anterior, la cláusula S-LoB permite que las administraciones tributarias de los Estados contratantes puedan conceder los beneficios del tratado aun cuando no se superan las condiciones sentadas por los artículos 7.º(8), 7.º(9), 7.º(10) y 7.º(11) del MLI. Lo anterior, al dar aplicación al artículo 7.º(12) e imponer al contribuyente la carga de demostrar que la incorporación y operación no tuvieron como uno de sus propósitos principales la obtención de los beneficios del CDI. Es decir, en estos eventos se debe demostrar que se satisface el test de propósito principal, pero con una carga adicional, y es que este debe hacerse de forma retroactiva para todas las etapas del ciclo del negocio.

En otras palabras, para abrir la posibilidad de que una autoridad tributaria conceda el beneficio, el contribuyente debe realizar un test de propósito de negocios que supere el test de razonabilidad y principalidad para el momento de la incorporación y luego para el momento de la operación y continuidad del negocio.

En el caso colombiano no hay suficiente claridad sobre la aplicación práctica de esta cláusula, pues solo se haría necesaria en los eventos en que la administración tributaria haya determinado con anterioridad que la persona que pretende valerse del convenio no es calificada en los términos del MLI. En particular, esto podría suceder en los CDI con Chile y con India, que son los Estados con los cuales aplica prevalentemente la cláusula S-LoB.

En términos generales, la aplicación de la cláusula debería accionarse por medio del derecho de petición y, cuando esto no prospere, podría darse inicio a una solicitud de procedimiento amistoso, que no había sido reglamentado en Colombia al momento de publicar la presente investigación. Difícilmente, la administración tributaria concederá los beneficios del tratado teniendo en cuenta que el artículo 7.º(12) es potestativo para las autoridades competentes en el marco de los CDI, la DIAN en el caso de Colombia. Menos cuando el único mecanismo administrativo del tratado (*Mutual Agreement Procedure*) a través del cual podría hacerse valer el artículo 7.º(12), bajo el supuesto de que puede surgir una doble imposición, aún no ha sido reglamentado en Colombia. En suma, la efectividad práctica en la aplicación de este artículo parece ser, por decir lo menos, dudosa.

Conclusiones

El MLI es verdaderamente uno de los mayores exponentes de la concreción del plan BEPS en la tributación internacional. La necesidad de los países de combatir los fenómenos de abuso y elusión fiscales ha llevado a que se adopten reglas, como el test de propósito de negocios del artículo 7.º(1) del Instrumento Multilateral, con miras a poner fin a la erosión de las bases fiscales y al traslado de beneficios. Este objetivo tan anhelado por los países de la OCDE parecería introducir una dosis de incertidumbre para los contribuyentes a quienes se conceden los beneficios de los CDI, puesto que el abuso tributario en el marco del test de propósito principal podría abrir las puertas a un sinnúmero de interpretaciones, precisamente por su textura abierta¹.

Aún más, su aplicación práctica impone dificultades irrazonables para los contribuyentes en referencia al test de propósito principal, pues las estructuras abusivas no siempre involucran entidades vinculadas. En general, las fiscalizaciones se dirigirán contra el pagador local responsable por la retención en la fuente de un pago, y este tendría que obtener extensiva información sobre las condiciones de negocios del receptor del ingreso. Cuando se trata de compañías independientes no vinculadas, tanto obtener como organizar esta información para demostrar a la autoridad tributaria que es viable conferir los beneficios impone inmensas cargas a los contribuyentes.

Resulta verdaderamente inconveniente incluir un PPT² en un CDI dada la excesiva dificultad práctica en su aplicación para los

1 *Supra* 1.

2 "In order to put an end to treaty shopping, the OECD should introduce anti-abuse provisions, the application of which is based on objectively verifiable conditions". Pablo Ángel Vallejo, *The (In)convenience of Introducing Anti-abuse Provisions in Tax Treaties* (International Tax Center Leiden, 2015), 56.

pagadores locales quienes, en la mayoría de los casos, no tienen responsabilidad ni conocimiento de la implementación de una estructura abusiva por parte del receptor del ingreso en el exterior. Además de esta dificultad práctica, la subjetividad en la aplicación de la cláusula hace aún más lúgubre el panorama.

Así, más que nunca, es necesario que los operadores judiciales, los asesores tributarios, los funcionarios de las autoridades tributarias y los empresarios tengan certeza en la forma de aplicar las fuentes del derecho tributario. En el camino de blindar los CDI de prácticas abusivas se ha perdido de vista el objetivo más elemental de su existencia, que es el desarrollo de las relaciones económicas eliminando el obstáculo de la doble imposición. Sin seguridad jurídica³ frente al ámbito de aplicación y alcance del derecho tributario, la promesa de mayor inversión y negocios que inspira la suscripción de un CDI puede esfumarse con gran facilidad.

Por otro lado, la inclusión de una cláusula simplificada de limitación de beneficios ha sido una forma alternativa consagrada en el MLI para prevenir la erosión de la base imponible. Este tipo de reglas son mucho más adecuadas para controlar el uso abusivo de los convenios.

Cómo enunciábamos anteriormente, un pagador nacional responsable de la retención en la fuente podría aplicar el tratado con mucha mayor facilidad requiriendo de su contraparte en el exterior la presentación de ciertos documentos. Para los pagos realizados a una persona natural bastaría con un certificado de residencia fiscal para acceder a los beneficios a la luz de esta cláusula. O en el caso de las empresas, la composición accionaria y la residencia fiscal son elementos mucho más prácticos y sencillos de demostrar que la estructura financiera y de riesgos empresariales de toda la estructura de la contraparte en el extranjero, lo cual sí sería necesario frente a la aplicación del PPT del artículo 7.º(1) del MLI.

Así, puede concluirse que para el derecho tributario colombiano resulta inadecuado incluir la regla de propósito principal de negocios en los tratados cubiertos por el MLI, en contraposición a la regla simplificada de limitación de beneficios. Con todo, no debe pasar por desapercibido que la misma S-LoB incluye de cierta forma un test de propósito principal para efectos de que las autoridades tributarias concedan los beneficios del tratado, como explicamos anteriormente.

En otras palabras, aunque la cláusula simplificada de limitación de beneficios contribuye más que el test de propósito principal a la

3 *Supra* 2.

construcción de la seguridad jurídica tributaria, ambas son reglas que ofrecen al operador jurídico un amplio margen de interpretación y suponen para los contribuyentes, e incluso para las autoridades tributarias, una dificultad adicional en la determinación del derecho. Sin duda, la indeterminación de las reglas de juego no es una forma de quitar las barreras al comercio y a los negocios internacionales.

Por esto, al aplicar el artículo 7.º(1) del MLI, utilizar criterios financieros y empresariales para analizar la transacción reduce la discrecionalidad alrededor de la aplicación del artículo y otorga mayor claridad sobre el alcance de las medidas antiabuso para el contribuyente. En efecto, analizar la relación entre el costo de capital de la empresa frente a la rentabilidad sobre la inversión, o identificar la fuerte o débil correlación de la variable de “concesión del beneficio fiscal” con el beneficio total de una operación — como se propuso en el test de principalidad —, resulta por afirmar nuevamente que se cuentan con herramientas soportadas sólidamente para reducir la subjetividad y discrecionalidad en la discusión del test de propósito principal. Lo mismo es cierto al examinar la razonabilidad, pues una mirada de sustancia económica y propósito de negocios se articula con el análisis de los KPI⁴, de ratios financieros, de razones contables y de estrategia de la empresa. Todo para estructurar una comprensión más cercana a la dinámica empresarial y juzgar con elementos sustanciales el propósito de una operación.

Todo parece sugerir que las empresas deben preocuparse por empezar a hablar el lenguaje del MLI, pero no es menos cierto que este instrumento debe leerse en un lenguaje empresarial. Esta interlocución es la única manera en que la implementación del MLI puede ser verdaderamente exitosa, al perseverar, en el fortalecimiento de las relaciones económicas entre los Estados, parte de un CDI, de la mano de la seguridad jurídica y la eliminación de la doble imposición.

4 Key Performance Indicators.

Bibliografía

- Becerra, Andrés González. *The Interpretational Approaches to the Vienna Convention - Application to (Tax) Treaty Analysis*. International Tax Center Leiden, 2015.
- Becerra, Juan Ángel. *Interpretation and Application of Tax Treaties in North America*. Ámsterdam, Países Bajos: IBFD, 2007.
- BEPS MLI. Position Colombia. 7 de junio del 2017, <http://www.ocde.org/tax/treaties/beps-ml-position-colombia.pdf>.
- Berk, Jonathan y Peter DeMarzo. *Corporate Finance*. Pearson Education, 2009.
- Blacks Law Dictionary, What is REASONABLE? <http://thelawdictionary.org/reasonable/> (9 octubre, 2017).
- Brauner, Yariv. "What the BEPS". *Florida Tax Review* 16 (2014): 55.
- Bravo, Nathalie. "The multilateral tax instrument and its relationship with tax treaties". *World Tax Journal* 8, n.º 3 (2016): 279-304.
- Canopy Labs. Intro Guide to Customer Lifetime Value (CLV). <https://canopylabs.com/resources/intro-customer-lifetime-value-clv> (2017).
- Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. 23 de mayo de 1969.
- Convención Multilateral para Aplicar las Medidas Relacionadas con los Tratados Fiscales para Prevenir la Erosión de las Bases Imponibles y el Traslado de Beneficios. 7 de junio del 2017, <http://www.ocde.org/tax/treaties/beps-multilateral-instrument-text-translation-spanish.pdf>.
- Cook, Andrew. *Knowing Your Customer Acquisition Cost (CAC)*. 29 de junio del 2017, <https://five23.io/blog/knowing-your-customer-acquisition-cost/>.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-250 del 2012 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto: marzo 28 del 2010).
- . Sentencia C-350 del 2009 (M.P. María Victoria Calle Correa: mayo 20 del 2009).
- . Sentencia T-458 del 2003 (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra: junio 5 del 2003).

- . Sentencia T-502 del 2002 (M.P. Eduardo Montealegre Lynett: junio 27 del 2002).
- Corte Europea de Justicia: E.C.J. C-196/04 - Cadbury Schweppes plc, Cadbury Schweppes Overseas Ltd v. Commissioners of Inland Revenue, judgment of 12.9.2006. Par. 36. (2006).
- Corwin, Manal S. "Sense and sensibility: the policy and politics of BEPS". *Current and Quotable Tax Notes*. 2014, <https://institutes.kpmg.us/content/dam/kpmg/taxwatch/pdf/2014/beps-corwin-tillinghast-tn-100614.pdf>
- Cotrut, Madalina. *International tax structures in the BEPS era: an analysis of anti-abuse measures*. Ámsterdam, Países Bajos: IBFD, 2015.
- Draft Contents of the 2017 Update to the OCDE Model Tax Convention. 11 de julio del 2017, <http://www.oecd.org/tax/treaties/draft-contents-2017-update-ocde-model-tax-convention.pdf>.
- Endres, Dieter y Christoph Spengel. *International Company Taxation and Tax Planning*. Alphen aan den Rijn, Países Bajos: Kluwer Law International, 2015.
- Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, Anexo a la Carta de la Organización de las Naciones Unidas. 26 de junio de 1945.
- Evans, James. *Straightforward Statistics for the Behavioral Sciences*. Pacific Grove, California: Brooks/Cole Publishing Company, 1996.
- Hall, Tanya. "The triple bottom line: what is it and how does it work?". *Indiana Business Review* 86 (abril del 2011): At. 4
- Helfert, Erich A. *Financial Analysis Tools and Techniques: A Guide for Managers*. Estados Unidos: McGraw Hill Professional, 2001.
- Hillier, Frederick et al. *Métodos cuantitativos para administración: un enfoque de modelos y casos de estudio, con hoja de cálculo*. México D. F: McGraw-Hill, 2002.
- Hoyos Jiménez, Catalina, César García Novoa y Julio A. Fernández C. *Nueva Fiscalidad: Estudios en homenaje a Jacques Malherbe / New Taxation: Studies in Honor of Jacques Malherbe*. Bogotá: ICDT, 2017.
- Intel Teach Program. Thinking with Technology Considering the Visual Ranking Tool for Your Project, Understanding Correlation. 2007, http://www.schoolnet.org.za/twt/06/M6_Understanding_Correlation.pdf
- Jain, Saurabh. *Effectiveness of the Beneficial Ownership Test in Conduit Company Cases*. Ámsterdam, Países Bajos: IBFD, 2013.
- Jiménez-Valladolid de L'Hotellerie-Fallos, Domingo J. *Reorganization Clauses in Tax Treaties*. IBFD, 2014.
- Karas, Stepen. "Limits to tax planning in indirect tax law", en *Limits to Tax Planning*, Karin Simader y Elisabeth Titz. Austria: Linde, 2013.
- Krajewski, Lee J., Larry P. Ritzman y Manoj Kumar Malhotra. *Operations Management: Processes and Supply Chains*. Pearson, 2013.
- Lang, Michael. *Tax Treaties: Building Bridges between Law and Economics*. Ámsterdam, Países Bajos: IBFD, 2010.
- Lang, Michael, Pasquale Pistone, Josef Schuch, Claus Staringer y Alfred Storck. *Beneficial Ownership: Recent Trends*. Ámsterdam, Países Bajos: IBFD, 2013.

- Maisto, Guglielmo. *Departures from the OCDE Model and Commentaries: Reservations, Observations and Positions in EU Law and Tax Treaties*. Ámsterdam, Países Bajos: IBFD, 2014.
- Malherbe, Jacques, Carol Tello y María Amparo Grau Ruiz. *La revolución fiscal de 2014*. Bogotá: ICDT, 2015.
- Oberson, Xavier y Howard Hull. *Switzerland in International Tax Law*. Ámsterdam, Países Bajos: IBFD, 2011.
- OCDE. *Model Tax Convention on Income and on Capital 2014* (versión completa). OCDE Publishings, 2014.
- . *Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent BEPS*. 7 de junio del 2017, <http://www.oecd.org/tax/treaties/multilateral-convention-to-implement-tax-treaty-related-measures-to-prevent-beps.pdf>.
 - . *Tax Q&A Webinar | Multilateral BEPS Convention (MLI)*. 14 de junio del 2017, <https://www.youtube.com/watch?v=0Zijh1FRMWC>.
 - . *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*. OCDE Publishings, 2013, <https://www.oecd.org/ctp/BEPSActionPlan.pdf>
 - . *Model Tax Convention on Income and on Capital 2014* (versión condensada). OCDE Publishing, 2014.
 - . *Model Tax Convention on Income and on Capital 2017* (versión condensada). OECD Publishings, 2017.
 - . G20. *Base Erosion and Profit Shifting Project Explanatory Statement 2015* (reporte final). <http://www.oecd.org/ctp/beps-explanatory-statement-2015.pdf>
 - . G20. *Base Erosion and Profit Shifting Project. Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances Action 6: 2015* (reporte final). OCDE Publishing, 2015.
- Pearson's correlation. 19 de enero del 2004, <http://www.statstutor.ac.uk/resources/uploaded/pearsons.pdf>.
- Porter, Michael. *What is Strategy?* Harvard Business Review, 1996.
- Real Academia de la Lengua Española. Principal. 7 de octubre del 2017, <http://dle.rae.es/srv/fetch?id=UBnRzW7>.
- . Razonable. 9 de octubre del 2017, <http://dle.rae.es/srv/fetch?id=UBnRzW7>.
- Reimer, Ekkehart et al. *Permanent Establishments: A Domestic Taxation, Bilateral Tax Treaty and OCDE Perspective*. Alphen aan den Rijn, Países Bajos: Kluwer Law International, 2011.
- Reimer, Ekkehart, Alexander Rust et al. *Klaus Vogel on Double Taxation Conventions*, 4.^a edición. Alphen aan den Rijn, Países Bajos: Wolters Kluwer, 2015.
- Reyes Villamizar, Francisco. *Análisis económico del derecho societario*. Bogotá: Legis, 2013.
- Rozo Gutiérrez, Carolina. "Acción 6: El abuso de los tratados para evitar la doble tributación: ¿Cómo delimitar la frontera con la planeación fiscal legítima?", en *Resultados del plan de acción BEPS y su aplicación en Colombia*, Myriam Stella Gutiérrez y Natalia Quiñones. Bogotá: ICDT, 2016.
- Russo, Raffaele. *Fundamentals of International Tax Planning*. Ámsterdam, Países Bajos: IBFD, 2007.

- Serrano Rodríguez, Javier. *Matemáticas financieras y evaluación de proyectos*. Bogotá: Uniandes, 2010.
- Simader, Karin y Elisabeth Titz. *Limits to Tax Planning*. Linde Verlag, 2013.
- The Institute of Chartered Accountants in England and Wales (ICAEW). Employee key performance indicators (KPI). 2017, <http://www.icaew.com/technical/business-performance-management-community/data-and-kpis/kpi-library/employee-kpis>.
- Vallejo, Pablo Ángel. *The (in)convenience of Introducing Anti-abuse Provisions in Tax Treaties*. International Tax Center Leiden, 2015.
- Vienna Convention on the Law of Treaties, 23 de mayo de 1969.



Esta publicación se
compuso en las tipografías
Book Antiqua, PT Sans
y Adobe Garamond Pro.

Se terminó de imprimir en
Bogotá, en abril del 2019.

