

---

**REFLEXIONES EN TORNO A UN  
MODELO LATINOAMERICANO  
DE CONVENIO DE  
DOBLE IMPOSICIÓN**

**ADDY MAZZ Y PASQUALE PISTONE**  
COORDINADORES



**FUNDACIÓN DE CULTURA UNIVERSITARIA**

La realización de un eficiente sistema de intercambio de informaciones y asistencia en la recaudación de los impuestos Natalia Quiñones (Colombia) .....	187
---	-----

Intercambio de información entre administraciones tributarias (Art. 26 del modelo OCDE) Juan Manuel Albacete (Uruguay) .....	197
--	-----

#### SECCIÓN QUINTA

#### Perspectivas futuras y nuevos desafíos

Sobre un modelo de convenio de doble imposición para América Latina. Comentarios críticos Ana María Pita Grandal (España) .....	221
Proyecto de Tratado tributario bilateral para evitar la doble imposición internacional Antonio Hugo Figueroa (Argentina) .....	235

#### SECCIÓN SEXTA

#### Algunas opiniones sobre temas de fiscalidad internacional

Perspectivas sobre el esfuerzo para concluir un tratado multilateral para América Latina Yariv Brauner (EE.UU.) .....	269
Las limitaciones decurrentes de la tributación mundial de la renta y la adopción de la territorialidad Luís Eduardo Schoueri (Brasil) .....	281
The objectives of international fiscal policy of the states Net exporters of capital in the Russian conventions of double taxation Danil V. Vinnitskiy (Rusia) .....	297

---

# LAS LIMITACIONES DECURRENTES DE LA TRIBUTACIÓN MUNDIAL DE LA RENTA Y LA ADOPCIÓN DE LA TERRITORIALIDAD

Luís Eduardo Schoueri\*

## I. INTRODUCCIÓN

Actualmente, la mayoría de los países del mundo adopta lo que se conoce como tributación universal: sus residentes son tributados en su renta mundial, independientemente del origen, mientras que los no residentes son tributados apenas con relación a los rendimientos que allí se originan. Se trata de una combinación del principio de la residencia, con relación a los residentes, con el principio de la fuente, en lo que atañe a los no residentes.

El conflicto entre fuente y residencia, y tributación territorial y universal, viene permeando las discusiones en el Derecho Tributario Internacional hace muchos años. En esta disputa, sin embargo, la opción por la residencia y por la tributación en bases universales parece haber tomado mejor rumbo: además de ser la posición defendida por la OCDE, es la que, bien o mal, está en vigor en la mayoría de los países. Hasta en los países de Latino América, antiguos defensores de la territorialidad de la tributación, pasaron a adoptarla.

Se ha discutido, en la doctrina internacional, acerca de la existencia de un *international tax regime*, dentro del cual los países no son libres para adoptar las reglas de derecho tributario internacional que desean; antes, deben actuar en conformidad con el contexto exigido por tal régimen<sup>1</sup>. El consenso en torno de la tributación por el Estado de la residencia se presenta de tal forma consolidado e incorporado en la tributación internacional que llega hasta ser considerado como parte del mencionado *international tax regime*<sup>2</sup>.

---

\* Profesor Titular de Derecho Tributario de la Facultad de Derecho de la Universidad de São Paulo; Profesor de la Universidad Presbiteriana Mackenzie; Vice-Presidente del Instituto Brasileño de Derecho Tributario (IBDT); Vice-Presidente de la Asociación Comercial de São Paulo (ACSP); y abogado en São Paulo.

Sin embargo, igual delante de este consenso aparentemente firme que permea el principio de la residencia y de la tributación mundial, hay algunas voces disonantes en la doctrina que ya en la segunda mitad del siglo pasado cuestionaban esta opción. También no deja de ser interesante constatar que los países de Europa occidental vienen optando por la sistemática territorial en la tributación de dividendos, eximiendo aquellos provenientes del exterior.

Este cuestionamiento se vuelve aún más necesario debido a determinados cambios producidos por el mundo moderno, en virtud de las cuales viejos paradigmas de la tributación deben ser repensados. Así, la fluidez verificada en la fijación de la residencia, la movilidad del capital, entre tantos otros elementos traídos por la modernidad, hacen que la adopción del principio de la residencia no parezca más la solución adecuada para encarar el problema de la tributación en transacciones envolviendo más de un país.

De esta hecha, en el presente estudio pretendo presentar la discusión histórica relativa al conflicto entre fuente y residencia, así como los argumentos por los cuales entiendo que la tributación territorial es aquella que se adapta mejor al mundo globalizado. En este sentido, apuntaré las limitaciones y deficiencias de la tributación en bases mundiales, de modo de reforzar mi entendimiento acerca de la necesidad de un retorno a la territorialidad.

## II. ¿A QUIÉN LE CABE TRIBUTAR LA RENTA DE UNA TRANSACCIÓN INTERNACIONAL?

No es nueva, en la literatura, la discusión sobre cual Estado tiene legitimación para tributar la renta generada en una transacción internacional, mereciendo mención, en este sentido, los estudios de dos financistas, Wagner y Schanz, desarrollados al final del siglo XIX.

En el estudio de Wagner se encuentran las bases para el principio que vino a desarrollarse como el de la universalidad de la tributación (*world-wide taxation*), que legitimaba el Estado donde residiera el contribuyente a exigir tributo no solamente sobre la renta obtenida en los límites de su territorio, pero en bases mundiales<sup>3</sup>. El estudio de Wagner no entraba en el mérito de la probable bi-tributación que su solución podría generar, lo que, en el análisis de Klaus Vogel, bien se explica teniendo en vista que Wagner no consideraba particularmente deseable la inversión en el exterior, lo que, además, apenas reflejaba la tendencia nacionalista e aislacionista prevaleciente en la época en que Wagner escribía<sup>4</sup>.

<sup>3</sup> A. Wagner, *Finanzwissenschaft. Zweiter Teil: Gebühren- und allgemeine Steuerlehre*, 1880, p. 296, *apud* Klaus Vogel, "World-wide vs. Source taxation of income - a review and reevaluation of arguments", in *Influence of tax differentials on international competitiveness*, Mc Lure, Sinn, Musgrave et al., Kluwer, Separata, s.d., pp. 117-166.

<sup>4</sup> Klaus Vogel, *op. cit.*, p. 121.

En 1892, Schanz<sup>5</sup> trajo a discusión otros argumentos, sustentando que ni la residencia ni la nacionalidad o la mera presencia física podrían servir como criterios únicos para establecer la sujeción tributaria por el impuesto de renta, ya que tales criterios posibilitarían la tributación de personas que no se benefician (o se benefician muy poco) de las actividades del Estado. En este sentido, sería injusto exigir que tales contribuyentes soportaran la carga tributaria de un Estado que beneficiaría mucho más a terceros. Por tal motivo defendió Schanz la introducción de un criterio que, desde que aplicado consistentemente, podría alejar tal injusticia: el principio de la pertinencia económica (*economic allegiance, wirtschaftliche Zugehörigkeit*), así entendido como el vínculo de dependencia que se crea entre el individuo y el Estado, de modo que este individuo participe de la vida económica y social de ese Estado<sup>6</sup>. La pertinencia económica sería encontrada, caso a caso, conforme la naturaleza del tributo.

Así, cuando se tratara de una tributación sobre el consumo, la pertinencia económica podría ser fijada a partir del criterio de la residencia (sin embargo en combinación con otros). Tratándose de tributación sobre la renta, entretanto, Schanz defendía que la residencia perdería mucha fuerza en cuanto a la pertinencia económica, ya que, sin embargo los rendimientos de un contribuyente pudieran tener relación con el lugar en que residiera, sería el Estado de la fuente del rendimiento, en caso de que la persona esté económicamente unida a Estado diverso de su residencia, que tendría mayor importancia (o mayor relevancia económica) para el gozo de los rendimientos. Por tal razón, Schanz proponía que la tributación se dividiera entre el Estado de la fuente y el Estado de la residencia conforme su pertinencia económica, sugiriendo, al final, en el caso de la tributación de la renta, una fórmula según la cual tres cuartos del tributo deberían ser destinados al Estado de la fuente, quedando el Estado de la residencia solamente con un cuarto de la renta tributaria.

En 1921, el Comité Financiero de la Liga de las Naciones encargó a cuatro especialistas en finanzas públicas, Bruins (Holanda), Einaudi (Italia), Seligman (Estados Unidos) y Stamp (Reino Unido), para efectuar un informe sobre los problemas relativos al fenómeno de la doble imposición, así como las posibles soluciones para su eliminación. El informe fue editado en 1923, haciendo referencia a la pertinencia económica, pero, como observa Klaus Vogel<sup>7</sup>, su resultado fue prácticamente inverso a la sugerencia de Schanz, ya que en la visión de los especialistas, deberían los Estados eximir, recíprocamente, los no residentes de la tributación, de tal modo que sólo restaría la tributación por el Estado de la residencia. En este sentido, el concepto de "pertinencia económica" era sustituido por el más amplio de "pertinencia económica estatal": mientras el primero, buscando vínculos económicos, posibilitaba que una pluralidad de Estados se juzgaran intitulado para tributar, el último concep-

<sup>5</sup> Schanz, *Zur Frage der Steuerpflicht*, *Finanzarchiv* 1, 4 (1892), *apud* Klaus Vogel, *op. cit.*, p. 122

<sup>6</sup> Allix, *Repetitions Ecrites de Science Financière, Repetitions Ecrites & Orales*, Paris, 1937-1938, p. 178

<sup>7</sup> *Op. cit.*, p. 123.

to, más tarde explicitado por Dorn y divulgado, entre otros, por Spitaler, investiga cual es el Estado que posee más facilidad para instituir y cobrar el impuesto<sup>8</sup>. Se firmaba, entonces, como corolario la tributación en la residencia, ya que apenas aquel Estado tendría conocimiento de la renta universal del contribuyente y de todos sus gastos, apurando la renta líquida, sujeta a la tributación.

Entre 1926 y 1927, con la colaboración de especialistas provenientes principalmente de otros países europeos y de los Estados Unidos, la comisión elaboró cuatro modelos de convenciones: en materia de impuesto de renta, de impuesto de sucesiones, de asistencia administrativa y de asistencia judicial, enmendados y aprobados en 1928, por representación de veintiocho Estados. En este modelo prevalecía para los impuestos "personales" el criterio de la residencia, aplicándose la fuente para los impuestos "reales"<sup>9</sup>.

El mismo año, se instalaba un comité permanente para el asunto, del cual se desdobló un subcomité, creado más tarde, que, reuniéndose en México, en 1943 propuso un modelo para evitar la doble imposición, en el cual prevalecía el interés de los países importadores de capital. Vale recordar que aquel colegiado fue compuesto primordialmente de representantes de países latino-americanos (ya que los Estados Unidos y los países europeos estaban involucrados en la Segunda Guerra). A este siguió otro, celebrado en 1946, en el cual los países industrializados tuvieron un mayor énfasis. Mientras el modelo mexicano daba mayor importancia a la territorialidad, beneficiando, de esta forma, a los países importadores de capital, el modelo londinense retornaba a la prioridad del Estado de la residencia.

Los trabajos de la Liga de las Naciones tuvieron seguimiento por medio de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico - OCDE - cuyo Consejo, en 1956, instituyó un Comité Fiscal (a partir de 1971, Comité para Asuntos Fiscales), compuesto por autoridades gubernamentales encargadas de la negociación de los convenios de doble imposición. Entre 1956 y 1963, el Comité Fiscal trabajó en la elaboración de un modelo de convenios de doble imposición, aprobado el 30 de julio de 1963, juntamente con sus comentarios. Ese modelo y comentarios fueron revistos en trabajo iniciado en 1973, resultando en una nueva publicación, datada en 1977.

En 1991, el Comité para Asuntos Fiscales, verificando la necesidad de una constante evaluación del modelo y comentarios, decidió adoptar un modelo en hojas sueltas, que permitiera cambios caso a caso, sin que se hiciera necesaria una completa revisión. El modelo de la OCDE claramente privilegia el Estado de la residencia. A él se opone el modelo, desarrollado en 1971, por los países del Pacto Andino, que enfatiza el principio de la fuente<sup>10</sup>.

<sup>8</sup> Allix, *op. cit.*, p. 181.

<sup>9</sup> Victor Uekmar, "I Trattati Internazionali in Materia Tributaria", in *Corso di Diritto Tributario Internazionale*, Milão, CEDAM, 1999, p. 84.

<sup>10</sup> *Bulletin for International Fiscal Documentation*, 1947, Supp. D, p. 309.

Ante la constatación de que el modelo de la OCDE no atentaba para la diversidad de niveles de desarrollo que puede existir entre las partes contratantes, el Secretario General de las Naciones Unidas convocó a un grupo de peritos, representando países desarrollados y en desarrollo. El grupo se reunió por ocho veces, entre 1968 y 1979, culminando con la producción de un modelo de convenio, acompañado de comentarios.

Conforme relata Francisco Dornelles, que estuvo presente en esos trabajos, a pesar de que se insistiera en la necesidad de cambiar los conceptos incluidos en el modelo de la OCDE, debiendo el modelo a ser elaborado consagrar el principio de la tributación exclusiva en el país de origen del rendimiento (país de fuente) y, consecuentemente, la no incidencia de impuesto en el país de residencia del beneficiario de la renta, acabó por prevalecer el punto de vista de los países desarrollados, de que el grupo debería tomar como base de trabajo el modelo de la OCDE, introduciendo en él modificaciones destinadas a ampliar el derecho de tributar del país en desarrollo. Así, el autor sustenta que el modelo de la ONU, al contrario de lo que se podría esperar, no está basado en el principio de la fuente, pero en el del domicilio, sin embargo admitiendo, en muchos puntos, la tributación también en el país de origen<sup>11</sup>.

A la casi unanimidad en favor del principio de la residencia como criterio de tributación, se opusieron, históricamente, los países de Latino América, que defendieron la territorialidad de la tributación. Entretanto, paulatinamente las legislaciones tributarias de aquellos países fueron, también ellas, alejándose de la territorialidad, admitiendo la tributación de la renta universal.

En el campo doctrinario, entretanto, la opción por el principio de la residencia nunca dejó de recibir críticas, destacándose, aquí, el liderazgo de Klaus Vogel<sup>12</sup>. El profesor emérito de la Universidad de Munich alega, primeramente, que el concepto de "fuente" es ambiguo (cada país adopta su concepto para decir cual es el rendimiento de "fuente" local, pudiendo además, el término referirse tanto a la producción del rendimiento como a su pago). En seguida, propone el profesor que se examinen los argumentos cotejados por la doctrina de finanzas públicas (cuyo epígrafe es la eficiencia) y por los legistas (cuyo epígrafe es la justicia).

Refiriéndose a la cuestión de la *eficiencia*, Vogel recuerda que en finanzas públicas la eficiencia puede ser enfrentada, del punto de vista de la tributación, a partir de la neutralidad, que, a su vez, se divide en neutralidad de exportación y neutralidad de importación. Cuando se habla de *neutralidad de exportación*, se enfoca la tributación del inversionista, y, se objetiva que el inversionista tenga igual carga tributaria invirtiendo en su país o en cualquier otro lugar, de tal modo que el tributo no sea factor para influir en su decisión de donde invertir. La neutralidad de exportación

<sup>11</sup> Francisco Dornelles, "O modelo da ONU para eliminar a dupla tributação da renda, e os países em desenvolvimento", in *Princípios Tributários no Direito Brasileiro e Comparado. Estudos em Homenagem a Gilberto de Ullóa Canto*, Rio de Janeiro, Forense, 1988, p. 201.

<sup>12</sup> *Op. cit.*

implica la tributación en bases universales, fundada en el principio de la residencia, asegurado al inversionista el derecho de erigirse en acreedor de los tributos pagados en el exterior.

Por otro lado, la *neutralidad de importación* se basa en el principio de la fuente, pues enfoca la propia inversión, a fin de que, donde quiera que resida el inversionista, tenga él garantizada la misma tributación, en dada inversión. Para que haya la neutralidad de importación, el Estado de la residencia se debe limitar a tributar los rendimientos producidos en su territorio, eximiéndose, pues, los rendimientos de fuente extranjera.

Apenas en un escenario ideal, con tributaciones idénticas en todos los países, se podría hablar de una convergencia entre neutralidad de importación y exportación. En el resto de las veces, la búsqueda de la neutralidad de exportación implicará alejar la neutralidad de importación y viceversa, haciéndose necesaria una opción, que la doctrina de las finanzas públicas propone a partir del parámetro de la eficiencia. En este sentido, clásicamente se defendió que la solución más eficiente sería la neutralidad de la exportación: por este criterio, el inversionista tomaría sus decisiones a partir de una lógica meramente económica, buscando destinar sus recursos donde ellos produjeran mayor retorno, garantizándose, de esta forma, la optimización del destino de los factores. Por tal raciocinio se puede oponer, entretanto, la constatación de que una neutralidad de exportación apenas restringe inversiones internacionales<sup>13</sup>.

El tema es bien explorado por Gandenberger, que hace ver que en caso de neutralidad de exportación, el inversionista está sujeto al impuesto en su residencia, que acaba por disminuir su capacidad de reinversión. Así, dos inversionistas sujetos a cargas tributarias diferentes en sus países de residencia tendrán diferentes capacidades de reinversión. Gandenberger presenta varios otros argumentos, haciendo notar, por su poder de convencimiento, el raciocinio en el sentido de que si el nivel de tributación en cualquier país debe corresponder al grado de los servicios ofrecidos por el Poder Público, a la menor tributación en determinado país corresponden, proporcionalmente, mayores costos en la inversión, para igual grado de satisfacción. Así, si el inversionista, residiendo en un país desarrollado (y, por lo tanto, con alta carga tributaria y elevado grado de servicios públicos), sufre la misma carga tributaria en su país de residencia, invirtiendo en este o en otro país que no le ofrezca servicios públicos adecuados, ese inversionista será llevado a dirigirse a su residencia; de este modo, se constata que el factor tributario deja de ser neutro, pesando en la decisión del inversionista<sup>14</sup>.

<sup>13</sup> Thomas Horst, "A note on the optimal taxation of international investment income", in 94 *The Quarterly Journal of Economic* 693 (1980), *apud* Klaus Vogel, *op. cit.*, p. 139.

<sup>14</sup> Gandenberger, *Kapitalexportneutralität versus Kapitalimportneutralität*, 7 *Aufsätze zu Wirtschaftspolitik. Forschungsinstitut für Wirtschaftspolitik an der Universität Mainz* (1983), *apud* Klaus Vogel, *op. cit.*, p. 140.

La propia división entre neutralidad de exportación y neutralidad de importación, entretanto, no es pacífica, ya que se puede sustentar, con True<sup>15</sup>, que la neutralidad no puede ser vista aisladamente del punto de vista de cada país, más valiendo la búsqueda de la neutralidad entre países (interestatal). De esta forma, a partir de la definición de neutralidad como una tributación que no altera los precios relativos (explícitos o implícitos) de bienes, servicios, actividades, factores de producción etc., en el sector privado, la neutralidad entre los países significaría apenas que ningún país deba procurar usar su poder tributario con la finalidad de modificar más los precios relativos en otro país, que serían modificados en la falta de los tributos.

En este sentido, parece relevante el argumento de Klaus Vogel, en el sentido de que, para un juicio correcto de neutralidad, no se deben considerar apenas los tributos, pero también los beneficios, ya que para el inversionista el nivel de los beneficios es tan importante como el nivel de tributación. Así, seguridad, estabilidad económica, infraestructura, subsidios directos, nivel de la salud pública y educación etc. son factores que pueden contrabalancear determinada tributación, redefiniéndose la neutralidad entre los países como la circunstancia en que un contribuyente, que ejerce una actividad en otro país — o mercado — y usa las facilidades ofrecidas por aquel otro país (bienes públicos), tenga la seguridad de que no será más gravado que cualquier otro que, bajo las mismas circunstancias, use aquellas facilidades de manera equivalente<sup>16</sup>. Pues, prevaleciendo el principio de la residencia, el contribuyente sufrirá idéntica tributación si invierte en un país que le ofrezca altos beneficios o si se ve obligado a soportar altos reveses.

En otras palabras, una neutralidad de exportación de naturaleza meramente tributaria apenas desanima las inversiones en aquellos países que más necesitan de inversiones; la neutralidad de importación, igualmente, asegura que el contribuyente tenga una carga tributaria contrabalanceada por las respectivas dificultades. Se nota, de ahí, que del punto de vista financiero, la neutralidad de importación gana peso, justificándose la preferencia por el principio de la fuente.

Mismo que no se consideren inversiones directas en actividad productiva, el principio de la residencia también enfrenta óbices de naturaleza económica. Así, por ejemplo, es el caso de los rendimientos por aplicaciones financieras, en que se constata que una mayor tributación implicará la necesidad de que el acreedor exigirá mayor tasa de interés, para asegurarle el mismo rendimiento líquido, de ahí se concluye ser más eficiente que se considere el nivel de tributación en la plaza del deudor (fuente) como el parámetro adecuado para asegurar la neutralidad entre aplicadores nacionales y extranjeros.

Pero no es apenas del punto de vista de la eficiencia que la cuestión merece ser tratada. También entre los legistas el tema es defendido, bajo el epígrafe de *justicia e igualdad*, que se reflejan en el principio de la capacidad contributiva. Ejemplar, en

<sup>15</sup> "Taxation of foreign source income", in *US Taxation of American Business Abroad* 37 (1975), apud Klaus Vogel, *op. cit.*, p. 141.

<sup>16</sup> Klaus Vogel, *op. cit.*, pp. 141-143.

este sentido, la decisión de la Corte Fiscal Federal de Alemania, en agravio que versaba acerca del artículo 48 de la Comunidad Económica Europea, cuando se decidió que la tributación de la renta mundial obtenida por contribuyentes sería una consecuencia necesaria del principio de la capacidad contributiva<sup>17</sup>. Tampoco bajo este prisma la conclusión queda ilesa a las críticas de Klaus Vogel<sup>18</sup>, que, compulsando la doctrina que versa sobre la capacidad contributiva, revela que no hay, en tales estudios, cualquier posicionamiento en el sentido de que solamente la tributación de la renta mundial atendería la capacidad contributiva, recordando, incluso, que diversos países donde está vigente aquel principio, adoptan el principio de la territorialidad de la tributación.

Además, como acentúa Vogel, si se quisiera buscar una plena igualdad entre los contribuyentes que invierten en su país (sujetos apenas al impuesto local) y en el exterior (sujetos a la tributación en su residencia y en el Estado de fuente de los rendimientos), entonces pasarse iba a exigir que aquellos que invirtieran localmente se sometieran dos veces al impuesto local, para tener, ahí sí, tratamiento igual a los que invierten en el exterior. Vogel ingresa específicamente en la cuestión de la igualdad política delante la ley, que da base al argumento de la capacidad contributiva, según la cual no sería justo que un Estado impusiera un menor tributo sobre residentes con rendimientos del exterior que el exigido de residentes con rendimientos de igual monto, obtenidos localmente. Para Vogel, este argumento desconsidera el hecho de que rendimientos del exterior son obtenidos en condiciones substancialmente diversas de las locales.

Conforme recuerda el autor, "se a tributação do Estado da fonte é menor — e só neste caso é que caberia o argumento baseado na isonomia — também são menores, freqüentemente, as prestações estatais que beneficiam o contribuinte e maiores os seus riscos. Se um contribuinte é um empresário, ele se encontra, no país estrangeiro, em concorrência com outros empresários, que também pagam o menor tributo exigido por aquele Estado; uma tributação complementar por parte de seu Estado de residência prejudica suas condições de concorrência. Finalmente, ele pode nem mesmo ter certeza de que poderá transferir para o País seus rendimentos do exterior".

El argumento parece convincente, revelando que, de hecho, no se puede hablar de igualdad entre ambos contribuyentes, que, al final, se sometieron a riesgos completamente dispares, pudiendo un mismo resultado financiero resultar de inversiones muy diferentes, ya sea en volumen, ya sea en certeza de inversiones. Del punto de vista de igualdad, mucho más correcto parece afirmar que aquellos que se someten a igual riesgo, deben someterse a igual tributación. Ese raciocinio conduce a la tributación por el Estado de la fuente.

A este argumento, que considera la igualdad del punto de vista del contribuyente, debe sumarse la cuestión de la justicia interestatal. Bajo este prisma, se ve que el

<sup>17</sup> Decisión de la Corte Fiscal Federal de Alemania (BFH) de 14.04.93, in *IstR*, 1993, p. 272.

<sup>18</sup> "Tributação da Renda Mundial", in *Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas*, v. 7, 1994, pp. 133-143.

Estado de la residencia ya se beneficia de la tributación sobre el consumo del contribuyente, siendo injusto que él se quede también con la tributación de la renta, obligando al contribuyente a traer parte de los recursos destinados en el Estado de la fuente para satisfacer la obligación tributaria en el Estado de la residencia. Con tales argumentos, queda reforzada la discusión, ahora basada en cuestiones de justicia, para que se asegure al Estado de la fuente la prerrogativa de tributar el rendimiento.

En síntesis, se constata que a pesar de que la práctica internacional viene dando preferencia a la tributación por el Estado de la residencia, existen sólidos argumentos, tanto bajo la óptica de la eficiencia, como bajo el prisma de la justicia, que fundamentan la legitimidad de la tributación exclusiva por el Estado de la fuente del rendimiento.

### III. IMPASSES DECURRENTES DE LA ADOPCIÓN DE LA RESIDENCIA COMO CRITERIO DE TRIBUTACIÓN

En el tópico anterior, se defendió la legitimidad de la tributación por el Estado de la fuente en detrimento del Estado de la residencia, como medida que atiende simultáneamente a la eficiencia y a la justicia. En el presente tópico, se demuestra que también la doctrina más reciente viene defendiendo la tributación por el Estado de la fuente, principalmente en función de las limitaciones y deficiencias que los criterios de la residencia y de la tributación universal han presentado en la economía globalizada.

Se puede comparar la tributación en bases universales a un manto poroso, que cubre un rol considerable de situaciones, pero que contiene agujeros por los cuales otras tantas situaciones escapan. En otras palabras, la tributación universal y el principio de la residencia no representan la solución adecuada para una serie de impasses que surgieron justamente en función de su adopción. Se pasa, entonces, a describir algunos de estos "agujeros" existentes en el manto de la tributación universal.

Ciertamente, la doble imposición es uno de los más evidentes problemas que surgen del régimen de la tributación sobre bases universales, imponiendo obstáculos a la eficiencia y al crecimiento económico<sup>19</sup>. A pesar de que esta cuestión sea mitigada por los países por medio de la adopción de medidas unilaterales y bilaterales, no se puede negar la influencia de la doble imposición en el uso de paraísos fiscales, en el crecimiento de la competencia fiscal internacional, en la evasión tributaria internacional, entre otros problemas de cuño tributario que se han intensificado en los últimos años.

Eric Kemmeren menciona el papel fundamental desempeñado por el principio de la residencia en la evasión tributaria internacional, incluido ahí el abuso de los convenios, una vez que la residencia puede ser fácilmente transferida, de modo de

<sup>19</sup> Krister Andersson, "An economist's view on source versus residence taxation – the Lisbon objectives and taxation in the European Union", in *Bulletin for International Fiscal Documentation*, October, 2006, p. 398.

que el contribuyente se beneficie de determinadas disposiciones de convenios, sin que esto necesariamente afecte la actividad económica fuente de producción de la renta<sup>20</sup>. La idea es bastante sencilla: si la tributación se basa en el criterio de la residencia, con exención por el Estado de la fuente, entonces el mero cambio de residencia ya permite que se arbitre la tributación que se desea: basta la constitución de una persona jurídica en una jurisdicción más favorable, destinándose a ella la titularidad de la inversión. Este comportamiento del contribuyente exigirá de los Estados de residencia la adopción de complejas medidas de control del *treaty shopping*, imponiendo una serie de requisitos para el gozo de los beneficios de los convenios de doble imposición. El resultado es que estos, constituidos con la finalidad de facilitar el flujo internacional de inversiones, ganan tamaña complejidad que acaban por operar en sentido contrario a su vocación.

Al final, como bien apunta Krister Andersson<sup>21</sup>, no pueden ser desconsiderados los significativos *compliance costs* decurrentes de la tributación universal, los cuales demandan grandes recursos tanto de los contribuyentes como de las administraciones tributarias. En la tributación territorial, la cercanía entre la fuente y el Estado tributante hace más sencilla la recaudación y fiscalización del tributo<sup>22</sup>.

En este sentido, el autor defiende el abandono de la tributación universal a favor de la tributación territorial, lo que traería gran simplificación para el sistema, además de tener un importante efecto en la reducción del riesgo de la doble imposición y en la aplicación de reglas complejas que, muchas veces, son insuficientes para eliminarla<sup>23</sup>.

Aún en el ámbito de los convenios, Kemmeren apunta que, aunque los modelos sean prioritariamente basados en la residencia, es posible encontrar diversos ejemplos de rendimientos cuya tributación está basada en la fuente. Tales ejemplos son promisorios, aunque él entienda que pasará un largo tiempo hasta que haya un cambio radical o al menos substancial del principio de la residencia para el principio de la fuente<sup>24</sup>.

La movilidad de las empresas y de las personas físicas fue objeto de un estudio de Philip Baker, cuando el autor se propuso prever los desafíos de la tributación internacional en el siglo XXI, especulando sobre algunos cambios que, en su opinión, estarían por venir en tal grupo. La primera de ellas es la dificultad en la determinación de la residencia, tanto para personas físicas como para empresas<sup>25</sup>.

<sup>20</sup> "Source of income in globalizing economies: overview of the issue and a plea for an origin-based approach", in *Bulletin for International Fiscal Documentation*, November, 2006, p. 445.

<sup>21</sup> *Op. cit.*, p. 399.

<sup>22</sup> En el mismo sentido, Angel Schindel e Adolfo Atchabahian, "General Report", in *Cahiers de Droit Fiscal International, Source and residence: a new configuration of their principles*, v. 90a, IFA, 2005, pp. 29-30.

<sup>23</sup> Krister Andersson, *op. cit.*, p. 399.

<sup>24</sup> Eric Kemmeren, *op. cit.*, p. 446.

<sup>25</sup> "A tributação internacional no século XXI", in *Direito Tributário Atual*, v. 19, 2005, p. 48.

Baker afirma que "cada vez mais as pessoas são capazes de organizar seus negócios de forma a ser residente de um país em vez de outro por um ou mais anos, ou até mesmo não ser residente de país algum, de acordo com as leis tributárias daqueles países". Y prosigue afirmando que, si esto hoy es privilegio de las personas de alta renta, probablemente en el futuro la clase media también organizará sus negocios de esta forma<sup>26</sup>.

Con relación a las empresas, Philip Baker apunta la deficiencia de la prueba de centro de administración y control, el cual solamente tenía sentido cuando los Consejos de Directores efectivamente se reunían alrededor de una mesa para tomar decisiones. Actualmente, las reuniones para la toma de decisiones empresariales ocurren por teléfono o videoconferencia en innumerables situaciones, lo que ciertamente dificulta la determinación de la residencia de la persona jurídica basado en la prueba de centro de administración y control<sup>27</sup>.

Otra tendencia preconizada por Philip Baker para el siglo XXI es justamente un mayor énfasis para la tributación en la fuente. En esta medida, el profesor menciona que la posibilidad de operar en un Estado sin que haya un establecimiento permanente podrá llevar, en un futuro cercano, a la extensión de la definición de establecimiento permanente<sup>28</sup>.

Hace más de veinte años, ya se alertaba que el principio del establecimiento permanente cada vez más servía al interés de los países ricos, principalmente en vista del desarrollo tecnológico que ya se prenunciaba<sup>29</sup>.

Como destaco arriba, el principio del establecimiento permanente se remonta al principio de la pertinencia económica lo cual, en el resultado del estudio de los cuatro economistas nombrados por la Liga de las Naciones, se revelará como "pertinencia económica estatal", investigando cual es el Estado que tendría mayor facilidad para cobrar tributos. En este sentido, la existencia de un establecimiento permanente sería mandatoria, como criterio mínimo para facilitar la cobranza.

Además, el criterio del establecimiento permanente se justificaba mientras era indicador de la presencia del agente económico en el mercado de determinado país. O sea: una vez identificado el establecimiento permanente, se tendría al agente económico de tal modo insertado en el mercado, que ya no se justificaba quedara fuera del tratamiento tributario impuesto a todos que allí actuaran.

<sup>26</sup> *Op. cit.*, p. 48.

<sup>27</sup> *Op. cit.*, p. 48.

<sup>28</sup> *Op. cit.*, p. 49.

<sup>29</sup> "Essa concessão, como vimos, é destituída de fundamentos teóricos mais sérios, pois não existe motivo doutrinário para condicionar os lucros das empresas, no território de fonte, à existência, nele, de um estabelecimento permanente. Por outro lado, nas relações econômicas internacionais de hoje, grande parte das atividades geradoras de renda pode ser desenvolvida sem referência a estabelecimento. Com o desenvolvimento dos meios de transporte e de comunicação, e com o aperfeiçoamento de certos institutos jurídicos no campo comercial, as empresas de qualquer Estado podem desenvolver atividades em outros Estados, aí auferindo lucros, se necessitarem manter, nesses outros Estados, estabelecimento permanente." Francisco Dornelles, *op. cit.*, p. 209.

El modelo de establecimiento permanente actualmente vigente acaba por privilegiar el aspecto formal (local fijo de negocios), sin atender para el hecho de que diversos negocios pueden ser realizados en un país sin que haya una presencia física del negociante. O sea: la presencia efectiva en un mercado ya no exige más un establecimiento fijo de negocios.

De esta forma, no es sin razón que se afirma que el comercio electrónico, que evidenció la posibilidad del desarrollo de actividades y prestación de servicios sin una presencia física, es un importante factor para el debilitamiento del concepto de establecimiento permanente<sup>30</sup>.

Si el principio del establecimiento permanente se afirmó a partir de la premisa de que aquel sería la señal efectiva de una actuación en el mercado, el estudio de las transacciones de comercio electrónico muestra que no más se revela adecuado volver la presencia física como criterio limitador de la hipótesis de incidencia tributaria. Se torna necesaria la investigación de otros criterios para que se determine aquella actuación.

Una solución para el dilema del comercio electrónico podría estar en la investigación de otro criterio para que se determine aquella presencia.

Pues, si la legitimación para la tributación se identifica con la existencia de un mercado y si el Estado justifica su tributación a partir del hecho de que garantiza el funcionamiento de aquel, incluso asegurando el cumplimiento de los contratos<sup>31</sup>, parece justificado investigar el local donde se celebra el propio contrato.

Tomando el ejemplo del derecho brasileño, se ve que el lugar de la constitución de la obligación se rige por el artículo 9º, § 2º, de la Ley de Introducción al Código Civil: "a obrigação resultante do contrato reputa-se constituída no lugar em que residir o proponente".

Se llega, por lo tanto, al siguiente criterio diferenciador: residiendo el proponente en el país, el lucro de la transacción debe ser tributado, como cualquier otro negocio celebrado en este mercado.

<sup>30</sup> Angel Schindel e Adolfo Atchabahian, *op. cit.*, p. 50.

<sup>31</sup> El tema de las causas de los tributos fue desarrollado por Kirchhof, que desarrolló teoría que combina elementos de las teorías del sacrificio y del beneficio. De la primera teoría, Kirchhof nota que los impuestos se pagan para mantener el Estado. Pondera que en la medida en que el Estado queda alejado, por fuerza constitucional, de la actividad económica, asegurándose el dominio individual sobre bienes económicos, el Estado apenas se puede financiar por medio de participación en el éxito económico privado. Entretanto, en vez de ahí concluir por la inmediata aplicación de la teoría del sacrificio, el autor ve de ahí una relación directa entre la propiedad privada y la tributación. El tributo sería, entonces, la participación del Estado en el éxito del particular. En la teoría de Kirchhof, cuando alguien obtiene renta, esto se debe tanto a su esfuerzo personal, como a la existencia del mercado (de nada serviría el esfuerzo del agente, si inexistiera un mercado donde él actúa). De ahí porque el mercado, por medio del Estado, podría recibir su parte. Así, la justificativa (y causa) de la tributación estaría en el hecho de que el Estado se financia a través de su participación en el éxito individual de los agentes privados. Paul Kirchhof, *Die verfassungsrechtliche Rechtfertigung der Steuer*", in *Steuern im Verfassungsstaat: Symposium zu Ehren von Klaus Vogel aus Anlaß seines Geburtstags*, Paul Kirchhof et al., Munique, Beck, 1996, pp. 27-63.

Resta investigar donde reside el proponente, en una transacción típica de comercio electrónico. Relevante, así, saber si el proponente es el vendedor, que coloca sus productos en su *site*, o el comprador que lo accede.

El contenido de la propuesta debe, necesariamente, contener el deseo, por parte del proponente, de vincularse jurídicamente. Así, cuando, por ejemplo, una mercadería es expuesta a la venta en una vitrina, no hay técnicamente una propuesta, pero mera invitación, formulada a los transeúntes, para que entren en la tienda y hagan una propuesta (*invitatio ad offerendum*). Esto queda claro cuando se habla del caso en que el comerciante expone una mercadería a la venta y simultáneamente dos individuos ingresan en la tienda y manifiestan sus ganas de ser propietarios de la mercadería. Si fuera la mera colocación de la mercadería en exposición una propuesta, entonces la manifestación de los potenciales compradores ya configuraría aceptación, surgiendo dos contratos de compra y venta distintos. Pues, puede ocurrir que el dueño de la tienda solo tenga una mercadería a la venta, justamente aquella expuesta. Quedaría, entonces, él obligado por dos contratos, cuando nunca pretendió ingresar en tal situación jurídica. De la misma forma, la mera presentación de un bien a la venta en un sitio de Internet no representa propuesta, pero mera *invitatio ad offerendum*<sup>32</sup>. La propuesta se concretiza, por lo tanto, cuando un interesado accede el *site* y, escogiendo el bien, manifiesta sus ganas de adquirirlo. Si el contrato se considera celebrado donde reside el proponente, entonces la transacción electrónica se considera celebrada donde reside aquel que accede el *site*.

Se nota que el estudio de las transacciones del comercio electrónico muestra que ya no más se revela adecuado tomar la presencia física como criterio limitador de la hipótesis de incidencia tributaria, revelándose mucho más pertinente investigar el local de residencia del proponente, *in casu*, de aquel que accede el *site*, poco interesando donde reside el creador del último.

En esta perspectiva, otro sí, se nota que el local de producción del rendimiento, siendo aquel donde el contrato se considera celebrado, se acaba confundiendo con el lugar donde reside el adquirente. Convergen, en estas circunstancias, fuente de producción y fuente de pago. Se concluye, de ahí, que es el país donde reside aquel que accede el sitio de Internet que debe tributar el rendimiento producido en el comercio electrónico. Esta solución trae a su favor, de un lado, atender a los reclamos de los defensores de la teoría de la fuente de producción y de la fuente de pago y, de otro, reducir los riesgos de la dupla tributación o de no tributación, que podrían suceder de una tributación por el Estado de la residencia.

De hecho, la evolución de fuente de producción a fuente de pago muestra gran utilidad cuando se refleja sobre el tema del comercio electrónico. Al final, la legislación basada en el concepto de la fuente de producción impone, como condición previa a la tributación, que se evalúe en que local fue producido el ingreso. En caso de transacciones electrónicas, la tarea se revela difícilísima, ya que el propio concepto de producción de rendimiento (cualquiera que sea su contenido) queda

<sup>32</sup> Palandt, *Bürgerliches Gesetzbuch*, Munique, Beck, 1997, § 145, RZ 2.

extremamente diluido. No es difícil concebir el desafío de los legisladores nacionales para describir hipótesis de incidencia que capten la realidad en todas las dimensiones, siendo probable la existencia, de un lado, de lagunas legales y, de otro, de sobre posiciones que causen la doble imposición. Tal sobreposición, si ya era denunciada anteriormente al fenómeno del comercio electrónico, delante de la plurivalencia del término "fuente"<sup>33</sup>, tiene su potencial aumentado exponencialmente en la realidad electrónica.

Resulta de ahí la importancia de la adopción del concepto de fuente de pago, que tiene a su favor la mayor simplicidad en su determinación, ya que no se indaga donde se produjo el ingreso, pero quien fue el que pagó. Claro que tampoco este criterio queda ileso a críticas, ya que nada impide a dos Estados de considerarse legitimados a tributar con base en ese criterio, por adoptar conceptos diversos para residencia y, así, ambos entendieron que la fuente pagadora reside en sus respectivos territorios. Igualmente, en el comercio electrónico, poder enfrentar la dificultad para apurar la residencia de una fuente pagadora, ya que muchas veces la mera dirección electrónica no es suficiente para identificar donde está ubicada la fuente. De todo modo, parece innegable que tales dificultades, al mismo tiempo en que se hacen igualmente presentes en los demás criterios de tributación, en la adopción de la fuente de pago se hacen infinitamente menores. Mientras se puede concebir que el beneficiario del rendimiento busque estructurar sus negocios de modo de huir de la tributación por el criterio de la residencia o de la fuente de producción, tratándose de tributación de la fuente de pago, esta estará atomizada, siendo más difícil concebir que una multiplicidad de consumidores cree estructuras sofisticadísimas para el pago de sus compras electrónicas.

En este sentido, es evidente que la exclusión de la tributación en la fuente de los rendimientos favorece el surgimiento de empresas comerciales ubicadas en paraísos fiscales. Tratándose del comercio electrónico, donde la ubicación física del establecimiento vendedor desempeña papel aún más insignificante, no es difícil concebir que con mucho más fuerza se desarrollen tales rutas.

Mientras, sin embargo, en las formas tradicionales del comercio, se puede creer que una fiscalización rigurosa, aliada a la cooperación internacional, pueda prevenir excesos, tratándose de comercio electrónico, no siempre la cuestión se resumirá a la fiscalización, ya que, al final, mucho menos evidencias se tendrá de que el rendimiento no fue obtenido legítimamente por la empresa situada en el paraíso fiscal.

El punto de vista que aquí se defiende, con todo, no corresponde al posicionamiento de la OCDE, que llega a afirmar que un servidor puede ser caracterizado como establecimiento permanente, desde que la empresa pueda de él disponer<sup>34</sup>. Pues, considerar el servidor como establecimiento permanente, sin tomar en cuenta el local de producción del rendimiento, es construcción totalmente artificial, por medio de la cual la competencia tributaria podrá ser destinada para tercer Estado,

<sup>33</sup> Klaus Vogel, *op. cit.*, pp. 127 y ss.

<sup>34</sup> Comentarios de la OCDE al artículo 5º de la Convención Modelo, párrafo 42.3.

que no tiene cualquier relación con la operación comercial realizada (no es el Estado de la residencia, tampoco el de la fuente).

Entendiéndose de tal forma, se tiene la prevalencia del aspecto formal sobre el aspecto material, lo que podrá hasta llevar a las empresas a construir planificaciones tributarias a través de la elección del país que tuviese la tributación más favorable para la ubicación de los servidores de sus *sites*, ya que estos serán considerados sus establecimientos permanentes. No es difícil imaginar que poderosos grupos empresariales tomarán sus rehenes los Estados en que fueran destinados los servidores, amenazando, a cualquier tiempo, transportarlos para otra jurisdicción. A la inevitable movilidad del capital financiero, se suma, en los tiempos modernos, la movilidad de los establecimientos.

No obstante las consideraciones mencionadas, es importante apuntar que mismo la OCDE parece estar comenzando a volver a ver antiguos posicionamientos en favor de la tributación por el Estado de la residencia, hecho este que se da, sobretudo, en función del clamor de algunos países en este sentido<sup>35</sup>.

Así, es digno de mención el hecho de que, en la Actualización de 2008 a la Convención Modelo de la OCDE, se pasó a prever, en los comentarios al artículo 5º,

<sup>35</sup> A este respecto, Raffaele Russo afirma: "Apesar de a maioria dos Estados membros da OCDE reconhecer a adequação das regras da Convenção-Modelo relativas à tributação de rendimentos de serviços, alguns países têm-se mostrado relutantes quanto à adoção do princípio de tributação exclusiva no Estado de residência da renda derivada de serviços prestados em seu território, que não sejam atribuíveis a um EP nele situado. A Atualização de 2008 à Convenção-Modelo busca reconciliar esses divergentes pontos de vista, mantendo inalterado o conceito de EP contido na Convenção-Modelo, mas, ao mesmo tempo, incluindo, nos Comentários ao Art. 5, um enunciado alternativo para os Estados que pretendam incluí-lo em seus TDTs." "O Modelo da OCDE de 2008: uma visão geral", in *Revista de Direito Tributário Internacional*, v. 10, 2008, pp. 272-273.

<sup>36</sup> He aquí el párrafo 42.23 de los Comentarios al artículo 5º de la Convención Modelo, que propone el enunciado relativo a la tributación de servicios:

"42.23 The following is an example of a provision that would conform to these requirements; States are free to agree bilaterally to include such a provision in their tax treaties:

'Notwithstanding the provisions of paragraphs 1, 2 and 3, where an enterprise of a Contracting State performs services in the other Contracting State

a) through an individual who is present in that other State for a period or periods exceeding in the aggregate 183 days in any twelve month period, and more than 50 per cent of the gross revenues attributable to active business

activities of the enterprise during this period or periods are derived from the services performed in that other State through that individual, or

b) for a period or periods exceeding in the aggregate 183 days in any twelve month period, and these services are performed for the same project or for connected projects through one or more individuals who are present and performing such services in that other State

the activities carried on in that other State in performing these services shall be deemed to be carried on through a permanent establishment of the enterprise situated in that other State, unless these services are limited to those mentioned in paragraph 4 which, if performed through a fixed place of business, would not make this fixed place of business a permanent establishment under the provisions of that paragraph. For the purposes of this paragraph, services performed by an individual on behalf of one enterprise shall not be considered to be performed by another enterprise through that individual unless that other enterprise supervises, directs or controls the manner in which these services are performed by the individual."

un enunciado alternativo, que podrá ser adoptado por los Estados contratantes, al respecto del establecimiento permanente de servicios (*service PE*).

De esta forma, en determinadas condiciones<sup>36</sup>, los servicios podrán ser tributados por el Estado de la fuente, mismo que en la ausencia de un local fijo de negocios de la empresa prestadora de servicios. Tal alteración fue hecha apenas en los comentarios al artículo 5º, y no en el texto de la Convención Modelo. De cualquier modo, se trata de un importante paso dado por la OCDE, con el reconocimiento de las limitaciones del concepto tradicional de establecimiento permanente en la tributación de los servicios y de sus implicancias para el Estado de la fuente.

Resta demostrado, de esta forma, que la utilización del criterio de la residencia y de la tributación en bases universales, aunque sea prácticamente un consenso entre los países en la actualidad, acaba por crear algunos obstáculos y limitaciones en el campo de la tributación internacional. De esta forma, queda claro que, de cara a la nueva realidad económica que se verifica, es necesario repensar antiguos paradigmas y verdades absolutas.

#### IV. CONSIDERACIONES FINALES

Los países de Latino América paulatinamente abandonaron el principio de la territorialidad para adoptar la tributación en bases universales, siguiendo una tendencia mundial.

Sin embargo, la movilidad del capital, la movilidad de los agentes económicos, las dificultades en la definición de la residencia de las personas jurídicas, el comercio electrónico y la crisis en el concepto de establecimiento permanente, entre otros factores, viene haciendo que se reevalúe la aplicación de la tributación en la fuente como criterio de tributación, siendo el asunto objeto de varios debates doctrinarios recientes.

Algunos de los cambios en este sentido ya pueden ser sentidos hasta en el ámbito de la OCDE, que en la actualización de 2008 a los Comentarios a la Convención Modelo pasó a prever un enunciado alternativo, que puede ser adoptado por los países en sus tratados, acerca del llamado establecimiento permanente de servicios.

Esta ampliación del concepto de establecimiento permanente, que se dio apenas en los comentarios, y no en el texto de la Convención Modelo, ciertamente representa el reconocimiento, por la OCDE, del desfase del actual concepto, y la necesidad de su revisión en función de las situaciones en que no hay la presencia física de la empresa, pero una prestación de servicios o venta de mercaderías.

Aunque no se pueda afirmar que estos indicios representen el abandono de la tributación en bases universales para la adopción de la territorialidad, el hecho es que esta cuestión está atrayendo la atención internacional, principalmente por cuenta de las limitaciones de la aplicación de la tributación de la renta mundial, tal como se apuntó en el presente estudio. En las discusiones acerca de un modelo de tributación para Latino América, la opción por el criterio de tributación por la fuente de pago parece mejor responder a los desafíos de la economía moderna.