

TAX SPARING Y MATCHING CREDIT:
¿MEDIDAS PARA INCENTIVAR
INVERSIONES EXTRANJERAS O PARA
FOMENTAR LA DOBLE NO
TRIBUTACIÓN?

*TAX SPARING AND MATCHING CREDIT: MEASURES TO
ATTRACT FOREIGN DIRECT INVESTMENT OR TO PROMOTE
DOUBLE NON-TAXATION?"*

Arhayliz Marian Travieso Barreto

*Licenciada em Ciências Contábeis (Summa Cum Laude). Mestranda do Mestrado Profissional em
Tributação Internacional e Desenvolvimento. Manager de Preços de Transferência – EY. São Paulo.
E-mail: arhayliz@gmail.com*

Recebido em: 15-11-2020
Aprovado em: 01-02-2021

DOI: <http://dx.doi.org/10.46801/2595-7155-rdtia-n8-3>

RESUMEN

Este artículo estará enfocado en revisar los conceptos de tax sparing y matching credit, cómo los mismos son normalmente incluidos en la política de tratados de países en desarrollo, especialmente en Latinoamérica ("LATAM"), la evolución que han tenido en el contexto de derecho tributario internacional y hasta qué punto son alternativas eficientes para la atracción de inversión extranjera o si son utilizadas por los contribuyentes como medidas de planificación fiscal y de inversión de corto plazo.

PALABRAS CLAVE: TAX SPARING, MATCHING CREDIT, DOBLE NO TRIBUTACIÓN, PAÍSES EN DESARROLLO, PAÍSES DESARROLLADOS

ABSTRACT

This article will be focused on reviewing Tax Sparing and Matching Credit concepts, their role in tax treaty policy of developing countries, especially in Latin America ("LATAM"), the evolution of these concepts in international tax law, and whether Tax Sparing and Matching Credit are effective alternatives for attracting

direct foreign investments or if they are used by the taxpayers as tax planning measures and short-term investments.

KEYWORDS: TAX SPARING, MATCHING CREDIT, DOUBLE NON TAXATION, DEVELOPED COUNTRIES, DEVELOPING COUNTRIES

I. INTRODUCCIÓN

Existen diferentes medidas llevadas a cabo por países en desarrollo en la búsqueda de atracción de inversiones. Una de esas medidas es el diseño de una política fiscal que proporcione oportunidades tributarias para Grupos Multinacionales (“MNEs”). El diseño de cada política dependerá totalmente de la soberanía de cada país y su deseo de convertirse en una jurisdicción atractiva para inversiones. Una medida común de atraer inversiones es ofrecer incentivos fiscales, liberando a las MNEs de una carga tributaria importante en ese país reduciendo el gasto impositivo del grupo como un todo.

Uno de los principales problemas cuando este tipo de incentivos fiscales son otorgados por países en desarrollo, es que los mismos normalmente actúan como “Estados de la fuente” y no como “Estados de residencia”, generando que la porción de ingresos tributarios no recaudada por el Estado de la fuente sea finalmente recaudada por el Estado de residencia, siendo poco atractivo para los inversionistas y no cumpliendo el objetivo inicial del ofrecer este tipo de incentivos. Una alternativa para promover este tipo de políticas y fomentar el crecimiento de la economía de países en desarrollo es incluir cláusulas de *tax sparing* y *matching credit* en tratados para evitar la doble tributación, garantizando que la decisión soberana del Estado de la fuente sea respetada por parte del Estado de residencia y permitiendo que el contribuyente pueda utilizar el crédito del impuesto que hubiese pagado en el estado de la fuente si esos incentivos fiscales no hubiesen sido otorgados.

La inclusión de este tipo de cláusulas en los convenios para evitar la doble imposición fiscal por parte de países desarrollados en varias ocasiones no es permitida, siendo Estados Unidos, uno de los principales precursores del rechazo de la inclusión de este tipo de cláusulas. Desde una perspectiva inicial, podría decirse que su inclusión favorecería el desarrollo de la economía de países en desarrollo, porque generaría atracción de capitales, sin embargo, también existe la posibilidad de que este tipo de cláusulas sean utilizadas como medidas de planificación fiscal por parte de los contribuyentes, quienes se aprovechan de la doble no tributación que las mismas permiten. A lo largo de este artículo serán discutidas estas posibilidades en mayor detalle.

II. INCENTIVOS FISCALES PARA ATRAER FDI Y EL MECANISMO DE TAX SPARING

La globalización y el crecimiento de la economía mundial incrementaron significativamente las operaciones *cross-border* y el flujo de inversiones entre países. La atracción de inversiones extranjeras directas (en inglés, *foreign direct investment – “FDI”*) ha sido uno de los objetivos principales de países en desarrollo, que intentan atraer capitales para incentivar su economía. Una medida para atraer FDI es ofrecer incentivos fiscales, que pueden variar desde tasas reducidas para sectores prioritarios, *tax holidays* para un periodo estipulado de años, créditos de inversión que permiten utilizar el gasto de inversión para reducir la obligación fiscal, entre otros.

Estos esfuerzos de atracción de inversiones extranjeras por parte de países en desarrollo pueden verse afectados por el sistema tributario de los Estado de residencia (*home countries*) de las MNEs, especialmente si estos imponen tributación en bases universales (en inglés, *worldwide taxation*), tributando el ingreso proveniente de fuente extraterritorial que fue generado en el país que otorgó los incentivos fiscales. Otorgar créditos de *tax sparing* representa un mecanismo para prevenir que los incentivos fiscales ofrecidos por el Estado de la fuente (*host country*) puedan verse anulados por la tributación del Estado de residencia (DHARMAPALA; AZEMAR, 2016).

III. PRINCIPIO DE RESIDENCIA VS. PRINCIPIO DE FUENTE

Antes de comenzar a profundizar en *tax sparing* y *matching credit*, es importante entender los que significa Estado de la fuente y Estado de residencia, a través de la definición de los principios de residencia y de fuente.

Dentro del principio de residencia, un residente fiscal deberá pagar impuestos independientemente de la fuente del ingreso sujeto a tributación. Ciertos problemas surgen de la aplicación de esta base de tributación. Algunas veces, por ejemplo, para personas jurídicas, el establecimiento de residencia no es tan obvio, aunque la residencia está ligada al lugar en donde las actividades de negocio de la entidad se encuentran registradas. Por otro lado, dentro del principio de fuente, un determinado país tributa cualquier ingreso generado dentro de sus fronteras, independientemente de la residencia de la persona que está generando ese ingreso, es decir, bajo este principio no existe la necesidad de una residencia formal para que se genere el hecho imponible (PARTHASARATHI; 2003).

Cuando se habla de estos dos principios, existe una continua disyuntiva sobre cuál debería ser la correcta asignación del derecho de tributar, de hecho, se puede decir que no existe un criterio universal aceptado para la asignación de la potestad tributaria entre el Estado de fuente y el Estado de residencia (TAVOLARO; 2006). Desde los inicios del desarrollo del derecho tributario internacional se ha reconocido la necesidad de una distribución equitativa del ingreso generado en las transacciones realizadas entre Estados involucrados, quienes proporcionan la infraestructuras y el ambiente necesario para que el contribuyente gane el ingreso gravable. Sin embargo, esta distribución equilibrada y

equitativa es altamente teórica, en la práctica se puede observar que la evolución del derecho tributario internacional demuestra que los países en desarrollo que se unieron a la Liga de las Naciones y posteriormente a la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (“OCDE”) realizaron grandes esfuerzos para concentrar en la mayor medida el derecho de tributar en el Estado de Residencia, dando prioridad a los países exportadores de capitales. Para soportar este esfuerzo, los países en desarrollo argumentaron que la fuente del ingreso desde una perspectiva económica debería ser atribuido a la jurisdicción en la cual los factores de producción que permitieron la generación del ingreso se encuentran localizados (BIANCO; TOMAZELA, 2016).

Por otra parte, aunque históricamente se ha argumentado de una desventaja por parte de países subdesarrollados ante los Estados de residencia en consecuencia de lo descrito anteriormente; actualmente existe una importante crítica sobre la dicotomía entre la fuente y la residencia, por el simple hecho de que la misma ya no cumple con los intereses ni del Estado de fuente ni del Estado de residencia. Desde la perspectiva del Estado de fuente, los diferentes criterios usados por los países para definir la residencia permiten la posibilidad de existencia de entidades que no sean residentes de ninguno de los Estados involucrados, generando situaciones de doble no tributación. Desde la perspectiva del Estado de fuente, empresas multinacionales (“EMNs”) pueden vender sus productos y servicios digitalmente en varios países sin necesidad de contar con una presencia física en estos países; lo que permite que las EMNs puedan evitar: i) una clasificación de establecimiento permanente; y ii) la conexión de la ganancia de la EMNs con las actividades desarrolladas por agentes de ventas establecidos en el Estado de fuente. En este sentido, es claro que existe una necesidad importante de resolver el actual paradigma que engloba el ámbito del derecho tributario internacional, ya que la dicotomía entre el Estado de fuente y Estado de residencia no evolucionó en la misma medida que la economía mundial y que los cambios en los modelos de negocios de las EMNs. (BIANCO; TOMAZELA, 2016).

Más allá de la constante discusión de la correcta alocaación del derecho a tributar, que va más allá del alcance de este artículo, normalmente los países establecen una mezcla de estos principios dentro de sus políticas fiscales: i) principio de residencia para personas residentes del país; y ii) principio de fuente para los no residentes. Cada país es soberano para decidir la combinación en la cual aplicará cada uno de estos principios, dependiendo de los objetivos que su política fiscal pretende alcanzar (PARTHASARATHI; 2003).

Esa soberanía y libre decisión, puede generar diferentes alcances en la aplicación de estos principios entre países, generando situaciones de doble tributación en operaciones internacionales. Esta doble tributación puede ser mitigada a través de alternativas unilaterales de otorgamiento de créditos sobre impuestos pagados en el extranjero o a través de alternativas bilaterales de tratados que buscan limitar la doble tributación, alocando derechos de tributar entre los Estados contratantes. Estos tratados normalmente son establecidos basándose en el Modelo de Convenio Tributario sobre la Renta y sobre el

Patrimonio de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (“Modelo de la OCDE”) y en la Convención Modelo de las Naciones Unidas sobre la doble tributación entre países desarrollados y países en desarrollo (“Modelo de la ONU”). El Modelo de la OCDE, establece métodos para evitar la doble tributación, específicamente: i) el método de imputación, definido en el Artículo 23A; y el ii) método de crédito fiscal, definido en el Artículo 23B¹.

Los comentarios del Artículo 23B del Modelo de la OCDE, establecen desviaciones de los métodos para evitar la doble tributación incluidos en los Artículos 23A y 23B, que constituyen disposiciones denominadas cláusulas de *tax sparing*, que permiten que los beneficios fiscales otorgados a una entidad en un país importador de capitales (Estado de la fuente) sean “ahorrados” (en inglés, *spared*) de tributación en un país exportador de capitales (Estado de residencia). (PARTHASARATHI; 2003).

IV. TAX SPARING Y MATCHING CREDIT

El origen de los términos

La primera referencia de *tax sparing* puede encontrarse en el Reporte de la *British Royal Commission* de 1953. En este reporte la comisión examinó la posibilidad de ayudar la inversión británica en el exterior a través de políticas tributarias y recomendando la inclusión del concepto de imputación de impuestos “ahorrados” o *tax sparing*. Esta propuesta fue discutida en el Parlamento por primera vez en 1953, por segunda vez en 1956 y finalmente rechazada en 1957. Sin embargo, este asunto fue discutido en los años siguientes, hasta que, en 1961, fue promulgada una legislación que permitía al Reino Unido aliviar la carga impositiva de países en desarrollo sobre los impuestos “ahorrados” por cuenta de incentivos internacionales destinados a promover desarrollos industriales, comerciales, científicos, educacionales, entre otros. Asimismo, la primera vez que el término *tax sparing* apareció en el contexto de tratados para evitar la doble tributación, fue en 1957, en la negociación del tratado entre Estados Unidos y Pakistan; la cláusula incluida en esta propuesta de tratado a pesar de no ser aprobada marcó la base a ser utilizada por otros países en años posteriores en la negociación de sus tratados, mayor detalle sobre esto será discutido en la sección V de este artículo².

Por otro lado, la discusión sobre *tax sparing* fue incluida en los comentarios del Artículo 23 en el borrador de la Convención de Doble Tributación (*Double Taxation Convention*) de 1963. Esta discusión se expandió en el Modelo de la OCDE de 1977, posteriores modificaciones fueron realizadas en los comentarios del Artículo 23B hasta la versión

1 OCDE modelo de convención tributario sobre la renta y sobre el patrimonio.

2 OCDE tax sparing report: a reconsideration, 1998, p. 11-12.

actual del Modelo de la OCDE (2017) que continúa presentando la definición de este término en los comentarios de ese mismo artículo³.

¿Cuál es la función fundamental de estos términos?

Desde el punto de vista de varios académicos y estudiosos las cláusulas de *tax sparing* y *matching credit* fueron creadas para evitar el efecto adverso del método del crédito (o en algunas circunstancias, del método de imputación), el cual reduce el beneficio generado por los incentivos fiscales otorgados por el Estado de la fuente para atraer FDI. (ARRUDA; TRINDADE; 2013). Esto puede verse soportado en los comentarios del Artículo 23B del Modelo de la OCDE, a seguir:

“Algunos Estados conceden diferentes clases de incentivos fiscales a inversores extranjeros con el fin de atraer inversión extranjera. Cuando el Estado de residencia de un inversor extranjero aplica el método de crédito, la ventaja del incentivo concedido por el Estado de la fuente puede verse reducida en la medida que el Estado de residencia, al gravar la renta que se ha beneficiado del incentivo, solo le permitirá la deducción por el impuesto efectivamente pagado en el Estado de la fuente. Asimismo, si el Estado de residencia aplica el método de la exención, pero subordina la aplicación de este método a un cierto nivel de imposición en el Estado de la fuente, la concesión de una reducción en el impuesto por el Estado de la fuente puede tener como consecuencia que al inversor se le deniegue la aplicación del método de exención en su Estado de residencia”⁴.

Sobre este entendimiento, la necesidad de incentivar las inversiones y el crecimiento de la economía de países en desarrollo es la razón de promover el otorgamiento de créditos de *tax sparing* y *matching credit*. Si este tipo de alternativas no fueran aprobadas, existirían varias consecuencias: i) el inversionista extranjero asumiría la misma carga tributaria que hubiese tenido si ningún incentivo fiscal hubiese sido otorgado; ii) el Estado de residencia recibe pagos sobre los impuestos que fueron “ahorrados” en el Estado de la fuente; y iii) el Estado de la fuente renuncia a este ingreso tributario y no ofrece más este tipo de incentivos para sus inversionistas. (ARRUDA; TRINDADE, 2013).

Las cláusulas de *tax sparing* y *matching credit* aparecen como una alternativa de cooperación internacional para promover el desarrollo de economías emergentes por parte de países desarrollados. De acuerdo con Pasquale Pistone (2010, p. 72) “el *tax sparing* permite respetar tanto los objetivos de la política fiscal del Estado de la fuente, como la exigencia de permitir una imposición según la capacidad contributiva global del sujeto en el Estado

3 OCDE tax sparing report: a reconsideration, 1998, p. 12.

4 OCDE modelo de convención tributario sobre la renta y sobre el patrimonio, par. 72.

de residencia”. Un análisis de los términos de *tax sparing* y *matching credit* se presenta en la próxima sección de este artículo.

Definición de tax sparing y matching credit

Una de las primeras incógnitas cuando se habla de estos dos términos, es entender cuál es la diferencia entre ellos, cuáles son sus condiciones de aplicación y si existe un concepto definido internacionalmente para ellos.

De acuerdo con las definiciones de la IBFD⁵ en su Glosario Tributario Internacional (2005); *tax sparing* es generalmente entendido como el crédito tributario otorgado por Estados de residencia por impuestos no aplicados sobre ciertos tipos de ingresos en el Estado de la fuente. La diferencia entre *tax sparing* y *matching credit* es que, en el primer caso, el impuesto extranjero “ficticio” es el impuesto exonerado por el Estado de la fuente en situaciones especiales; mientras que, en el segundo caso, el impuesto ficticio no está necesariamente relacionado con el nivel impositivo del Estado de la fuente o cualquier reducción sobre este. (ARRUDA; TRINDADE, 2013).

De acuerdo con Vogel, Klaus (1997, p. 1256-1257), mientras que para el caso de *tax sparing*, el impuesto permitido como crédito por parte del Estado de residencia es equivalente a aquel que hubiese sido pagado en la ausencia de la reducción especial; para el caso de *matching credit*, el Estado de residencia generalmente permite un crédito sobre fuentes de ingreso específico por un impuesto mayor a aquel que el Estado de fuente impone de acuerdo con sus leyes domésticas o a aquel que es permitido de acuerdo a lo establecido en el convenio para evitar la doble tributación.

En la misma línea de lo expuesto por Vogel, el reporte de la OCDE sobre una reconsideración de *tax sparing* (en inglés, *Tax Sparing: A Reconsideration*), emitido en 1998, incluye un ejemplo de *matching credit*.

“...matching credit (ej. garantizar que un crédito fiscal extranjero sea otorgado a una tasa fija especificada en el tratado, independientemente de la tasa real de retención realizada en el Estado de fuente).⁶

Es interesante como en la literatura tributaria se hace una amplia mención al concepto de *tax sparing*, sin embargo, no son tantas las definiciones claras sobre *matching credit* y cuáles serían las condiciones para su aplicación, de hecho, los mismos comentarios del Artículo 23B del Modelo de la OCDE solamente hacen mención del concepto de “*tax sparing*”, englobando varios ejemplos de las formas en que este término se presentaría, entre esos ejemplos, el literal b) del parágrafo 74 parece referirse a casos de *matching credit*.

5 International Bureau of Fiscal Documentation.

6 OCDE tax sparing report: a reconsideration, 1998, p. 28.

“como contrapartida por la reducción del impuesto aceptada por el Estado de la fuente, el Estado de residencia acepta permitir la deducción contra su propio impuesto de un importe (en parte ficticio) determinado aplicando un tipo más elevado”.

La forma como la OCDE incluye los casos de *matching credit* dentro de formas de *tax sparing*, tal vez llevaría al entendimiento que este concepto efectivamente puede incluirse dentro de un concepto general de *tax sparing*. En esta misma línea el IBFD⁷, establece que generalmente el termino *tax sparing* es utilizado en el *commom law* de los países para referirse a los dos tipos de mecanismos.

La falta de una clara delimitación entre estos dos conceptos por parte de la OCDE, así como un detalle de lo que *matching credit* significa y cuáles son las condiciones para su aplicación (más allá del ejemplo presentado en el reporte de 1998), claramente dificulta su aplicación en la práctica y su interpretación por parte de los Estados contratantes, generando disputas importantes por interpretaciones diferentes de las cláusulas que incluyen estos conceptos en los convenios para evitar la doble tributación.

Un ejemplo de estas disputas es la decisión sobre el caso *Société Natexis Banques Populaires*⁸ (2006), en donde la Corte Suprema Administrativa Francesa (*Conseil d'État*) interpretó que para la aplicación de la cláusula de *matching credit* del convenio para evitar la doble tributación entre Francia y Brasil (1971), debería existir un nivel mínimo de tributación en el Estado de la fuente, y como no hubo ese nivel mínimo de tributación, la cláusula no aplicaría, negándole el derecho al contribuyente de aprovechar el mecanismo. La interpretación francesa difiere de la interpretación brasilera, que de acuerdo con el profesor Schoueri (2011; p. 93-108), en los casos de cláusulas de *matching credit*, el Estado de Residencia acepta otorgar un crédito fiscal equivalente a un monto fijo (generalmente mayor al aplicado en el Estado de la fuente), que es negociado entre los Estados contratantes e indicado en el convenio. Por lo que, las cláusulas de *matching credit* no son dependientes de cualquier incentivo fiscal ofrecido por el Estado de la fuente y no establecen un nivel mínimo de tributación como requerimiento para la aplicación de la cláusula.

En este sentido, en la definición indirecta que la OCDE hace del mecanismo de *matching credit* no se establece la necesidad de un nivel mínimo de tributación para que la misma aplique, sin embargo, como no existe una definición clara, existe una abertura a interpretaciones encontradas de un mismo mecanismo, haciéndose visible la necesidad de una revisión de estas lagunas por parte de la OCDE.

7 IBFD glosario tributario internacional (2005).

8 FR: CE, 26 julio 2006. *Société Natexis Banques Populaires v. France*, No. 284930.

V. POLÍTICA DE TRATADOS CON RELACIÓN A TAX SPARING: ESTADOS UNIDOS Y BRASIL

Una vez entendido el origen de los términos, sus objetivos y las definiciones disponibles de los mismos, resulta interesante analizar cómo estas cláusulas han sido interpretadas y aplicadas desde dos perspectivas diferentes, la de un país desarrollado como Estados Unidos y la de un país en desarrollo como Brasil.

Estados Unidos y su política de tratados con relación a *tax sparing*

Cuando se discute sobre *tax sparing* y su inclusión dentro de acuerdos para evitar la doble tributación, un hecho de amplio conocimiento en el derecho tributario internacional es la negativa por parte de los Estados Unidos de incluir esta cláusula dentro de los tratados firmados con países en desarrollo. Tomando esto en consideración, un hecho interesante de considerar es que la primera vez que apareció este término en el contexto de acuerdos para evitar la doble tributación fue en la negociación del tratado entre Estados Unidos y Pakistan en 1957. En el Artículo XV de este tratado se establecía que se consideraría como crédito aquel valor que debería haber sido pagado por una corporación americana sobre los cuales el Estado de Pakistan había reducido su carga impositiva de acuerdo con la ley doméstica que estaba vigente en el momento de la firma del tratado. El acuerdo entre Pakistan y Estados Unidos otorgó un mecanismo de *tax sparing* temporal sobre los ingresos generados por algunas empresas durante 1958, quienes habían recibido una exención parcial o total de impuestos de acuerdo con la ley doméstica⁹.

Finalmente, el Senado Americano rechazó la inclusión de la cláusula de *tax sparing* en la propuesta de tratado entre Estados Unidos y Pakistan y se negó a ratificar el tratado en su forma original por la mera inclusión de esta cláusula. Desde ese momento, Estados Unidos se ha opuesto firmemente a la inclusión de este tipo de cláusulas en su política de tratados.

De acuerdo con Avi-Yonah, Reuven (2019, p.2): “El Senado rechazó el tratado con Pakistan y desde entonces, ha sido una política inflexible americana el no otorgar créditos de *tax sparing*, contraria a la posición de varios países europeos y de Japón, quienes vieron estos créditos como una herramienta para ayudar en el desarrollo” [traducción no oficial].

En este sentido, a pesar de la oposición de Estados Unidos sobre este tema, la inclusión y ofrecimiento de *tax sparing* en varios tratados por parte de otros países a nivel mundial experimentó un incremento significativo entre los años 1960s y 1970s. Adicionalmente, es importante mencionar, que la propuesta de cláusula que aprobaba otorgar créditos de *tax sparing* en el tratado no ratificado entre Estados Unidos y Pakistan sirvió como base para el diseño de este tipo de cláusulas en otros tratados firmados posteriormente. Lo que resulta bastante interesante, siendo Estados Unidos quien marca la pauta para la

9 OCDE tax sparing report: a reconsideration.

aprobación de este tipo de créditos por parte de otros países, aunque posteriormente presenta una posición totalmente negativa al respecto.

Una prueba fehaciente de la posición de Estados Unidos sobre este tema es el número de tratados que en la actualidad mantiene con países en LATAM; países con economías en desarrollo, en su mayoría, países importadores de capitales, quienes incluyen dentro de su política fiscal, incentivos fiscales en la búsqueda de atracción de capitales. Este tipo de países son los que en su mayoría requieren la inclusión de cláusulas de *tax sparing* dentro de los tratados firmados con países desarrollados, esto a manera de continuar siendo atractivos para los inversionistas extranjeros. De hecho, de acuerdo con Addy Mazz (2010, p.48), la pretensión de países en LATAM de incluir la cláusula de *tax sparing* es una de las razones por las cuales durante años fueron suscritos pocos tratados por países en esta región; siendo otras razones: la insistencia de estos países en aplicación de las reglas de fuente y la existencia del secreto bancario en diferentes grados.

Desde 1990, la red de tratados de Estados Unidos se ha expandido y ha incluido varios de los más grandes países en desarrollo, como lo son, China e India, así como algunos pequeños países como Kazakstán. Sin embargo, Estados Unidos solo tiene dos tratados con países latinoamericanos, siendo ambos países exportadores de petróleo: México y Venezuela, y uno pendiente con Chile. La explicación tradicional por la cual Estados Unidos no ha firmado tratados, por ejemplo, con Argentina y Brasil, es su oposición desde 1957 de otorgar créditos por *tax sparing*. Esta falta de inclusión de este tipo de cláusulas ha sido la razón tradicional por la que países como Argentina y Brasil no han firmado tratados para evitar la doble tributación con Estados Unidos. El argumento tradicional de estos países se ve soportado en el hecho de que en la ausencia de *tax sparing*, los incentivos fiscales otorgados a MNEs americanas resultarían en una transferencia de ingresos desde el *host country* hasta los Estados Unidos, sin otorgar ningún beneficio para la Multinacional Americana. (REUVEN, 2019).

Una posición interesante con respecto al argumento mencionado anteriormente, es la de Avi-Yonah, Reuven (2019, p.3), quien establece que esa visión original estaba equivocada, incluso antes de la Reforma de Tributaria de Estados Unidos de 2017 (*Tax Cuts and Jobs Act* "TCJA"), siendo enfático en que la combinación entre el diferimiento impositivo y el *cross-crediting* significarían que la existencia de *tax holidays* en Estados de fuente no generaría el traslado de ingresos para el Estado de residencia aun sin la existencia de *tax sparing*. En este sentido, desde su posición, la real razón por la que no existen casi convenios entre Estados Unidos y países de LATAM es presuntamente el desequilibrio del flujo de inversiones donde solo un lado, el *host country* asumiría pérdida de ingresos. Argumentando adicionalmente, que no es accidental que los únicos dos países sean México y Venezuela, países exportadores de petróleo con un flujo de inversiones más equilibrado con Estados Unidos. De hecho en esta misma línea de ideas, se puede complementar que dentro de la política de tratados venezolana el establecimiento de cláusulas de *tax sparing*

no es un factor determinante para la firma de tratados con otros países, de hecho, dentro la red de convenios actualmente vigentes en este país, solamente tres tratados incluyen cláusulas de *tax sparing*, aquellos firmados con Suecia, Qatar y Reino Unido (HEVIA; 2015).

Lo que nos lleva a reflexionar, que, en el momento de negociar convenios para evitar la doble tributación entre países, otras razones, desde políticas hasta económicas también juegan un papel fundamental en la última decisión, lo que demuestra que tal vez la negativa de incluir cláusulas de *tax sparing* no haya sido la única razón por la cual estos tratados no hayan sido firmados.

Brasil y su política de tratados con relación a *tax sparing*

Brasil es un claro ejemplo de un país en desarrollo que incluyó como alternativas de los métodos para evitar la doble tributación las cláusulas de *tax sparing* y *matching credit*. Que se convirtieron en una característica relevante, hasta una tradición, de su política de tratados para evitar la doble imposición fiscal.

Hasta 1995, Brasil adoptaba una tributación territorial, por lo que hasta ese momento los tratados eran vistos por ese país como una herramienta para el desarrollo de la economía, más que una alternativa para evitar situaciones de doble tributación. En este sentido, entre los años 1960s y 1970s, Brasil era un país altamente importador de capitales, convirtiéndose en la mayoría de los casos en estado de la fuente. Considerando su caracterización como importador y sus políticas de incentivos fiscales, Brasil estableció como criterio no firmar tratados para evitar la doble tributación con países desarrollados a menos que incluyera cláusulas de *tax sparing* o *matching credit*, porque desde su perspectiva, no sería aceptable reducir el nivel de impuestos recaudados en Brasil y simultáneamente incrementar los impuestos recaudados en el país de residencia, por lo que el inversor no se beneficiara de los incentivos fiscales ofrecidos por ese país (SCHOUERI; MATOS SILVA, 2012).

Entre 1960s y 1970s el foco de negociación de tratados por parte de Brasil era con países desarrollados, a partir de 1980s comienzan las negociaciones con algunos países en desarrollo, especialmente en LATAM. La política sobre la inclusión de cláusulas de *tax sparing* y *matching credit* no era la misma para esos dos grupos de países; siendo la inclusión de esta cláusula un requerimiento estricto con países desarrollados, requerimiento no aplicado en la misma medida con países en desarrollo, en algunos casos hasta se negociaron cláusulas recíprocas de *matching credit* con los últimos. Todo esto se puede soportar en el hecho, que con países en desarrollo habría un mayor equilibrio entre el flujo de inversiones en comparación con el flujo con países desarrollados, que, en ese caso, sería en una sola dirección. Es evidente el crecimiento de la economía brasilera y relevancia que MNEs brasileras han tenido en los últimos años, como resultado de la globalización y el crecimiento de la economía mundial, cambiando totalmente las características que inicialmente definían la política de tratados de este país. Esto se puede

ver reflejado en el hecho de que a pesar de que las cláusulas de *tax sparing* y *matching credit* hayan sido tradición en la política de tratados brasilera, desde el año 2002, Brasil no ha firmado ningún tratado que incluya estas cláusulas como medidas para evitar la doble tributación (SCHOUERI; MATOS SILVA, 2012).

Lo que es indudable, es que la política de tratados brasilera hasta el momento demostraba un alto nivel de eficiencia, por lo que quedaría de la mano de los negociadores de tratados el decidir la necesidad de inclusión de estas cláusulas. Sin embargo, también existe una amplia posibilidad que aquellos países que en un pasado aceptaron el otorgamiento de créditos de *tax sparing* puedan solicitar la renegociación de sus tratados porque perciben que esas cláusulas ya no son tan relevantes para la política de tratados brasilera.

Son muchas las razones que pueden soportar la razón por la cual, después de años de desarrollo de economía esas cláusulas ya no son tan determinantes para este país, una de ellas quizás podría estar respaldada por lo establecido por la OCDE en su reporte de reconsideración de *tax sparing* de 1998:

“El creciente fortalecimiento de la económica de países no miembros.

A lo largo de los años, la principal política racional para el otorgamiento de *tax sparing* ha sido a necesidad de promover el desarrollo económico en países en desarrollo. Algunos países que solían ser países en desarrollo en los años 1960s y 1970s, son ahora económicamente mucho más sofisticados. Ciertos países no miembros han alcanzado actualmente un nivel económico que es equivalente o hasta superior al de algunos de los países miembros. Estos desarrollos han hecho a varios países miembros de la OCDE más renuentes a otorgar *tax sparing* en nuevos o renegociados tratados¹⁰.” [traducción no oficial]

Este párrafo está totalmente alineado a lo que fue mencionado anteriormente, es posible que el requerimiento de este tipo de cláusulas sea necesario en casos en los que efectivamente existen bajos niveles de economía, siendo un incentivo temporal para el crecimiento de la economía, pero sujeto a reevaluación en el tiempo; esto a medida de garantizar que es una medida tomada con una finalidad y cuando la misma es alcanzada debería reconsiderarse su aplicación.

VI. TAX SPARING COMO MEDIDA DE DESARROLLO DE ECONOMÍAS O COMO RESPALDO LEGAL PARA LA DOBLE NO TRIBUTACIÓN

Uno de los principales argumentos de inclusión de cláusulas de *tax sparing* y *matching credit* es garantizar que los incentivos fiscales ofrecidos por las políticas fiscales de países en desarrollo sean efectivamente aprovechados por el contribuyente y no por el Estado de residencia. Esto en teoría garantizaría que el *host country* continúe siendo atractivo para

¹⁰ OCDE tax sparing report: a reconsideration, 1998, p. 15.

inversiones extranjeras. Sin embargo, es importante considerar que, al momento de tomar decisiones de inversión, antes de los incentivos fiscales, existen otros factores considerados como determinantes por parte de los inversionistas, factores como: transparencia, simplicidad, estabilidad y seguridad de la ley doméstica y su aplicación por parte de la administración tributaria. De acuerdo con Parthasarathi, Shome (2003, p. 109):

“...Existe mucha controversia sobre el uso de incentivos fiscales. Por una parte, se argumenta que la dependencia sobre una estructura fiscal y un bajo nivel de tributación son más atractivos para un inversionista que incentivos fiscales intermitentes que generan actividades de planificación fiscal y tienden a beneficiar inversiones a corto plazo. Adicionalmente, factores no tributarios, como estabilidad política y económica, la disponibilidad de una adecuada infraestructura económica, acceso a recursos naturales y una mano de obra calificada, podrían ser factores más importantes que factores tributarios. Por otra parte, investigadores han proporcionado evidencia que, bajo ciertas circunstancias, especialmente en una región en la cual varios países tienen ambientes similares representados por factores no tributarios, los incentivos fiscales si pudieran ser importantes para generar actividades económicas y soportar la industrialización...” [traducción no oficial]

Sin duda alguna, los incentivos fiscales pueden ser atractivos para inversiones extranjeras, pero a su vez podría traducirse en actividades de planificación fiscal e inversiones a corto plazo, lo que no favorecería el crecimiento económico de un país en desarrollo. Adicionalmente, diferentes tipos de incentivos fiscales entre países podría promover una competición fiscal dañosa, sin fomentar la cooperación internacional. En una región como LATAM, donde los países presentan condiciones de incertidumbre tanto política como económica, tal vez los incentivos fiscales podrían significar un factor importante en un principio, pero deben estar acompañados de otros factores que le otorguen estabilidad al inversionista.

Esto nos lleva a la pregunta inicial de este artículo, ¿otorgar créditos por tax sparing efectivamente favorece el crecimiento de países en desarrollo? ¿O simplemente son una medida para atraer inversiones extranjeras a corto plazo y fomentar comportamientos abusivos por parte del contribuyente?

La OCDE a través del mencionado informe emitido en 1998 donde evalúa reconsideraciones sobre *tax sparing*, presenta una posición un poco crítica sobre la aplicación de este mecanismo, haciendo énfasis en varias preocupaciones que se resumen en: i) posibilidad de abusos que presenta la imputación de impuestos “ahorrados”; ii) la eficacia del *tax sparing* como un mecanismo de ayuda exterior para promover el desarrollo de los Estados de la fuente; y iii) inquietud general por cómo el *tax sparing* puede incentivar a los Estados a

hacer uso de incentivos fiscales¹¹. En este sentido, la OCDE se posiciona desde una perspectiva que son cláusulas que preferiblemente no deberían ser utilizadas a menos que se pueda demostrar que efectivamente generaran un flujo de inversiones extranjeras para el Estado de la fuente.

Una de las principales críticas de la inclusión de este tipo de cláusulas es que no solo fomentan inversiones extranjeras, sino que también dejan espacio para prácticas tributarias abusivas. Comentarios de estas prácticas abusivas se encuentra en el mismo informe de la OCDE que establece que pueden existir “potenciales abusos por parte de los gobiernos en el uso de *tax sparing*” [traducción no oficial], donde el Estado de la fuente a través del establecimiento de una alícuota impositiva artificialmente alta extiende los beneficios del uso de cláusulas de *tax sparing*, lo que generaría un mayor beneficio de crédito a ser utilizado en el Estado de residencia, perjudicando significativamente los ingresos tributarios de Estado de residencia que inicialmente aceptó el otorgamiento de este tipo de créditos para fomentar el crecimiento de la economía del Estado de la fuente, perdiendo totalmente el foco del establecimiento de este tipo de cláusulas.

En este sentido, la OCDE dentro de sus comentarios sobre *tax sparing*, ha dejado claro que tal vez este sea un mecanismo de atracción de capitales para países cuyos niveles económicos son muy bajos, representando una primera medida para atraer inversiones; sin embargo, una vez que el nivel de la economía mejora, podrían ser utilizados como alternativas para fomentar la doble no tributación por parte del contribuyente, quien se aprovecha de este beneficio, invirtiendo temporalmente en el Estado de la fuente para luego trasladar sus beneficios para otras jurisdicciones de baja imposición fiscal y no necesariamente para el Estado de residencia, lo que se traduce en actividades de planificación fiscal en ambos Estados contratantes. Sobre esta discusión, los comentarios de Lang, Michael (2004; p. 82) son interesantes de considerar: “aunque el otorgamiento de créditos a través de *matching credit* y *tax sparing* no necesariamente resultan en una doble no tributación, el convenio para evitar la doble tributación, deliberadamente lo permite” [traducción no oficial].

Finalmente, una posición alineada con el reporte sobre *tax sparing* de la OCDE, se encuentra en la Acción 6 del Proyecto para la Erosion de la base y el Traslado de Beneficios de la OCDE (en inglés, *Base Erosion and Profit Shifting* – BEPS); reporte que, aunque no excluye completamente la utilización de las cláusulas de *tax sparing*, si recomienda revisarlas y disminuir su utilización para evitar su uso abusivo. Demostrando que, las cláusulas de *tax sparing* si son efectivamente percibidas como mecanismos de evasión fiscal; y aunque los mismos no sea específicamente prohibidos, su uso es poco recomendado (ANDRADE, 2017).

11 OCDE modelo de convención tributario sobre la renta y sobre el patrimonio, par. 75.

Efectos de la posición de la OCDE acerca de las cláusulas de *tax sparing* sobre la política de tratados de países en desarrollo

Todas estas discusiones, tal vez soporten la razón por la cual la inclusión de este tipo de cláusulas ha perdido relevancia en la política de tratados de algunos países en desarrollo, Brasil es un ejemplo claro de un país que tradicionalmente utilizaba el *tax sparing* como argumento decisivo en los procesos de negociación de tratados y a partir del año 2002 dejó de incluir este tipo de cláusulas. La posición crítica por parte de la OCDE inicialmente en su reporte de 1998 y posteriormente en la Acción 6 del Proyecto BEPS probablemente debilitó los argumentos que en el pasado soportaban la inclusión de estas cláusulas, dificultando cada vez más su aceptación por parte de países desarrollados; lo que genera un problema adicional: la negativa de incluir estas cláusulas por países desarrollados atacaría la soberanía del Estado de la fuente sobre el establecimiento de su política fiscal y la posibilidad de que sea el contribuyente quien se beneficie de la misma y no el Estado de residencia. Esta idea se ve soportada por lo expuesto por el profesor Schoueri, Luis Eduardo y Matos Silva, Natalie (2012; p. 199):

“El poder de tributar incluye el poder de no tributar. Si el Estado de la fuente otorga un incentivo fiscal, el Estado de residencia debería respetar esa decisión – hasta el límite de la jurisdicción del primero – sin extender sus propios derechos de tributar hasta las circunstancias exentas por el Estado de la fuente” [traducción no oficial].

Partiendo de esta idea, a lo largo de este artículo se ha hecho mención de que las cláusulas de *tax sparing* eran parte de la política de tratados de países en desarrollo, especialmente en Latinoamérica, estas cláusulas juegan un papel fundamental en la búsqueda del respeto de la soberanía de los países en sus decisiones sobre cómo establecer sus políticas fiscales. El hecho de que países como Brasil, ya no incluyan este tipo de cláusulas en sus negociaciones de tratados a partir del año 2002, no significa que otros países en la región hayan desconsiderado la importancia de este tipo de cláusulas, porque muchos de ellos siguen ofreciendo un gran número de beneficios fiscales para atraer inversiones extranjeras y tal vez no hayan evidenciado un crecimiento económico significativo en los últimos años, por lo que continuarían fomentando la inclusión de cláusulas de *tax sparing* para proteger sus sistemas tributarios y su soberanía, sin otorgar beneficios para el Estado de residencia.

El Instituto Latinoamericano de Derecho Tributario (“ILAD”), en la IV Conferencia de Derecho Tributario Internacional Latinoamericano de 1964 y en la VII Conferencia de Derecho Tributario Internacional Latinoamericano de 1975, reconoció la necesidad de proteger el derecho de los países en desarrollo de incluir cláusulas de *tax sparing* en sus convenios para evitar la doble tributación (ANDRADE, 2017). Por esto, tal vez para el caso de países en desarrollo latinoamericanos que efectivamente presentan bajos niveles de economía, se puede seguir soportando la necesidad de incluir este tipo de cláusulas siempre

y cuando se demuestre que generaran un beneficio efectivo para la economía de esos países, tal y como es recomendado por la OCDE. Un ejemplo de esto es que además del caso de Brasil, ya mencionado anteriormente, otros países en LATAM también incluyen cláusulas de *tax sparing* y de *matching credit* en sus tratados, algunos de estos países son: Argentina, Bolivia, Chile, Ecuador, México, Paraguay, Uruguay y Venezuela (ANDRADE, 2017).

Por otro lado, si bien es claro que esas cláusulas serían necesarias para el respeto de la soberanía de los países en desarrollo, también es importante considerar, que a veces, a medida de garantizar la inclusión de este tipo de cláusulas, los países en desarrollo deben intercambiar algo en el proceso de negociación del convenio con países desarrollados, como por ejemplo, menores tasa de retención en el Estado de la fuente, en algunas ocasiones, para países que ya se encuentran con un mejor nivel de economía, no sería tan atractivo realizar este intercambio, lo que soportaría la disminución del establecimiento de este tipo de cláusulas en los convenios negociados en los últimos años por ciertos países en la región.

VII. CONCLUSIÓN

Los incentivos fiscales forman parte de la política tributaria de países en desarrollo, quienes intentan ofrecer condiciones para fomentar la inversión extranjera. Estos incentivos son creados con la finalidad de que sean efectivamente aprovechados por el inversionista, muchas veces este objetivo no es alcanzado si no existe una debida alocaación de los derechos de tributar entre el Estado de residencia del inversor y el Estado de la fuente donde fue hecha la inversión. Una alternativa viable y fomentada por la política de convenios para evitar la doble tributación de países en desarrollo es el establecimiento de cláusulas de *tax sparing* y *matching credit*, para garantizar que el Estado de residencia otorgue un crédito ficticio por el impuesto “ahorrado” en el Estado de la fuente.

Las cláusulas de *tax sparing* y *matching credit* surgieron como un mecanismo de cooperación internacional para fomentar el crecimiento de las economías emergentes. Un gran número de países desarrollados, como Japón y varios países europeos (desde la primera aparición de estas cláusulas en la negociación del tratado Estados Unidos – Pakistán en 1957) comenzaron a aprobar la inclusión de estas cláusulas dentro de los convenios firmados con países en desarrollo; sin embargo, Estados Unidos siendo una clara excepción, siempre se opuesto a la inclusión de este tipo de cláusulas en su política de tratados con países en desarrollo.

La OCDE desde 1998, presenta una opinión bastante crítica sobre la aplicación de este tipo de cláusulas, viéndose reforzado por los comentarios incluidos en la Acción 6 del Proyecto BEPS sobre *tax sparing*. Su posición establece que la aplicación de este tipo de cláusulas puede generar actividades de planificación fiscal abusiva por parte del contribuyente, tanto en el Estado de residencia como en el Estado de la fuente, porque la misma permite condiciones de doble no tributación. Si bien la OCDE no rechaza por completo el uso de

estas cláusulas, si establece que las mismas deben ser utilizadas en aquellos casos en los que efectivamente se demuestre que generaran un crecimiento de la economía del país de desarrollo; y que la necesidad de su aplicación debe ser evaluada en línea con el nivel de la economía del país en desarrollo, para que una vez que los objetivos de crecimiento hayan sido alcanzados las mismas dejen de ser aplicadas.

La posición de la OCDE busca atacar posibles riesgos de prácticas tributarias abusivas y las cláusulas de *tax sparing* y *matching credit* cuando son aplicadas sin una finalidad real efectivamente pueden ser utilizadas como mecanismos de evasión fiscal por parte del contribuyente, por lo que su uso debe ser efectivamente monitoreado para garantizar atacar estos riesgos de traslado de beneficios. También es cierto que muchos países en desarrollo, como es el caso de algunos países en Latinoamérica, efectivamente necesitan fomentar su inversión extranjera, por lo que ofrecen continuamente beneficios fiscales para conseguir atraer capitales, es por ello, que no debería rechazarse por completo la inclusión de estas cláusulas, pero si debe ser evaluado si su establecimiento se verá efectivamente reflejado en el crecimiento de la economía.

Así como existen países en desarrollo que efectivamente necesitan grandes niveles de inversión extranjera, existen otros países también en desarrollo que se encuentran en un nivel más avanzado, como es el caso de Brasil, este país es un ejemplo de cómo en un pasado la inclusión de cláusulas de *tax sparing* y *matching credit* representaba una tradición dentro de su política de tratados; sin embargo, a partir del año 2002, Brasil no ha firmado ningún otro tratado que incluya estas cláusulas, lo que demuestra que tal vez de la mano con el crecimiento de su economía, los objetivos de su política fiscal hayan cambiado. Ese cambio de objetivo podría generar que los países desarrollados con los cuales fueron negociados convenios para evitar la doble tributación en un pasado (cuando la inclusión de esta cláusula era determinante) puedan solicitar la renegociación de los convenios.

Todo lo anterior demuestra, que a pesar de que las cláusulas de *tax sparing* y *matching credit* puedan ser consideradas como medidas para promover el crecimiento de la economía de países en desarrollo, las mismas deben ser aplicadas siempre y cuando sean necesarias y consigan su objetivo principal. En el momento que su uso ya no sea determinante deberán ser reevaluadas para garantizar que no sean utilizadas como prácticas de evasión fiscal por parte del contribuyente.

BIBLIOGRAFIA

ANDRADE RODRIGUEZ, Betty. Implementation v. adaptation: BEPS in Latin America through the lens of the ILADT Model. *World Tax Journal*, August 2017.

ARRUDA FERREIRA, Vanessa; TRINDADE MARINHO, Anapaula. Tax sparing and matching credit: from an unclear concept to an uncertain regime. *Bulletin for International Taxation*. August 2013.

AVI-YONAH, Reuven. If not now, when? *US tax treaties with Latin America after TCJA*, July 2019.

BIANCO, João Francisco; TOMAZELA, Ramon Santos. A change of paradigm in International Tax Law: article 7 of tax treaties and the need to resolve the source versus residence dichotomy. *Bulleting for International Taxation* vol. 70, n. 3, 2016.

DHARMAPALA, Dhammika; AZEMAR, Celine. *Tax sparing, FDI, and foreign aid: evidence from territorial tax reforms*, 2016.

HEVIA, Burt. *Medidas para evitar la doble tributación internacional. Memorias de las XIV Jornadas Venezolanas de Derecho Tributario*. Asociación Venezolana de Derecho Tributario, 2015.

LANG, Michael. General report in double non-taxation. *IFA Cahiers* vol. 89A, 2004.

MAZZ, Addy. Rasgos fundamentales de la doctrina latinoamericana en el derecho tributario internacional y los requerimientos actuales de este. In: MAZZ, Addy; PISTONE, Pasquale. *Reflexiones en torno a un modelo Latinoamericano de Convenio de Doble Imposición*. Montevideo. Fundación de Cultura Universitaria, 2010.

OCDE Modelo de convención tributario sobre la renta y sobre el patrimonio.

OCDE tax sparing report: a reconsideration (1998).

PARTHASARATHI, Shome. Tax policy and the design of single tax system. *International Monetary Fund* – Singapore Regional Training Institute, 2003.

PISTONE, Pasquale. Rasgos fundamentales del Proyecto de Modelo de Convenio para América Latina. In: MAZZ, Addy; PISTONE, Pasquale. *Reflexiones en torno a un modelo Latinoamericano de Convenio de Doble Imposición*. Montevideo. Fundación de Cultura Universitaria, 2010.

SCHOUERI, Luís Eduardo. Tax sparing: uma reconsideração da reconsideração. *Revista de Direito Tributário Atual* vol. 26. São Paulo: Dialética e IBDT, 2011.

_____; SILA, Natalie Matos. Brazil. In: LANG, Michel, PISTONE, Pasquale et. al. (coord.). *The impact of the OECD and UN Model Conventions on bilateral tax treaties*. New York: Cambridge University Press, 2012.

TAVOLARO, A. T. *Fonte e domicílio: nova configuração no direito tributário internacional*. G. de Castro Moreira Júnior; M. Magalhães Peixoto (eds.). MP Editora, 2006.

VOGEL, Klaus. *Double taxation conventions*. 3. ed., 1997.