

LAS ESTRUCTURAS INTERNACIONALES DE INVERSIÓN EN INDIA: DEL CASO VODAFONE AL NUEVO CÓDIGO DE IMPUESTOS DIRECTOS

Las estructuras internacionales de inversión en India: del caso Vodafone al nuevo Código de Impuestos Directos

Las inversiones internacionales en India han venido haciéndose, según nuestra experiencia, siguiendo el tradicional patrón de que la tenencia directa de los activos indios de primer nivel —usualmente, las acciones de la sociedad india cabecera del proyecto en el país— está en manos de una sociedad constituida y residente en un Estado que tiene firmado con India un adecuado convenio internacional para evitar la doble imposición. Sin embargo, la conexión de la sociedad tenedora de los activos indios de primer nivel con el grupo internacional inversor ha venido desarrollándose sin prestar especial atención a los convenios fiscales firmados por la India, en la asunción de que las transmisiones de acciones de sociedades no indias situadas por encima de la sociedad no india tenedora de los activos indios de primer nivel estaban fuera de la potestad tributaria india. Este artículo se refiere a cómo esa asunción fue puesta en duda en el llamado caso Vodafone y a cómo no podrá aceptarse a partir del entrada en vigor del nuevo Código de Impuestos Directos indio, prevista para el 1 de abril de 2012.

Introducción

Las inversiones internacionales en India han venido haciéndose, según nuestra experiencia, siguiendo el tradicional patrón de que la tenencia directa de los activos indios de primer nivel —usualmente, las acciones de la sociedad india cabecera del proyecto en el país— está en manos de una sociedad constituida y residente en un Estado que tiene firmado con India un adecuado convenio internacional para evitar la doble imposición. Y adecuado significa a estos efectos que, entre otras cosas, las plusvalías derivadas de la venta de las acciones de la sociedad india cabecera del proyecto indio no se someten a imposición en el país de la fuente —India—, pues el convenio atribuye la potestad tributaria sobre ellas en exclusiva al país de residencia de la sociedad vendedora —las repúblicas de Mauricio o Chipre son ejemplo de jurisdicciones tradicionales en este sentido—.

Sin embargo, la conexión de la sociedad tenedora de los activos indios de primer nivel con el grupo internacional inversor ha venido desarrollándose sin un esquema definido, según en cada caso la conveniencia particular del grupo, asumiéndose que las transmisiones de acciones de sociedades no indias situadas por encima de la sociedad no india tenedora de los activos indios de primer nivel estaban fuera de la potestad tributaria india.

International schemes for investments in India: from the Vodafone case to the new Direct Taxes Code

In our experience, international schemes for investments in India have followed the traditional path of a non-Indian holding company incorporated in a suitable international jurisdiction that holds the first level Indian assets —usually shares in the Indian company that heads the Indian business—. For these purposes, «suitable international jurisdiction» means a country that has entered into an appropriate tax treaty with India. A connection with the international investing group above such holding company has been made, however, with no special focus on tax treaties entered into by India, because it is assumed that India has no jurisdiction to tax transfers of shares of non-Indian companies made outside India. This article examines how this assumption has been discussed in the so-called Vodafone case, and the new scenario brought about by the new Indian Direct Taxes Code, due to come into force on April 1, 2012.

Esta común asunción recibió un duro golpe con el inicio del llamado caso Vodafone, y podrá considerarse fuera de lugar una vez entre en vigor al nuevo Código de Impuestos Directos indio —*Direct Taxes Code, 2010*—, lo que está previsto para el 1 de abril de 2012.

Los hechos del caso Vodafone

En un apretado resumen, los hechos del caso Vodafone pueden relatarse como sigue:

- (i) Hutchinson Essar Ltd. («Hutchinson India»), sociedad india dedicada a la prestación de servicios de telecomunicaciones en ese país, era una empresa conjunta (*joint venture*) del grupo Hutchinson —grupo internacional de telecomunicaciones basado en Hong Kong— y del grupo indio Essar.
- (ii) La participación del grupo Hutchinson en el capital de Hutchinson India —un 67%— era poseída por una sociedad filial del grupo Hutchinson constituida y residente en la República de Mauricio, cuyas acciones eran a su vez propiedad de otra sociedad del grupo constituida y residente en las Islas Caimán.
- (iii) En el mes de febrero del año 2007, el grupo Hutchinson vendió las acciones de la sociedad

de las Islas Caimán propietaria indirecta del 67% del capital de Hutchinson India a una sociedad filial del grupo Vodafone —el conocido grupo de telecomunicaciones móviles basado en el Reino Unido— constituida y residente en Holanda.

(iv) El precio de la transacción estuvo en el entorno de 11.100 millones de dólares, y en su virtud Hutchinson Essar Ltd. («Hutchinson India») pasó a denominarse Vodafone Essar Ltd.

(v) En septiembre de 2007 las autoridades fiscales indias solicitaron explicaciones de Vodafone sobre la razón por la cual Vodafone no había retenido parte del precio pagado a Hutchinson e ingresado dicha retención en el Tesoro indio en concepto de impuesto indio sobre las ganancias de capital obtenidas por Hutchinson en la operación. Debe observarse en este sentido que la legislación india establece, en el caso de ganancias de capital obtenidas por no residentes en la venta de activos fijos —*capital assets*— situados en la India, que sea el vendedor del activo quien deduzca —retenga— del precio de venta el impuesto indio correspondiente y lo ingrese en la Hacienda Pública india.

La cronología del caso y los argumentos de las partes

A partir de la solicitud de explicaciones a Vodafone por las autoridades fiscales indias en septiembre de 2007, el caso se ha venido desarrollando como una larga e intensa batalla jurídica de ataques y contraataques, con su condimento de fintas y diversiones. Nada que no debiera esperarse habida cuenta de las enormes cuantías en juego —el coste para Vodafone en caso de ser vencida en el pleito estaría por encima de 2.000 millones de dólares—.

Los hitos procesales del caso y los argumentos de las partes pueden resumirse como sigue:

(i) Frente al requerimiento de explicaciones por las autoridades indias, Vodafone presentó un escrito especial de petición —*writ petition*, que en el *commom law* es esencialmente una petición a un tribunal para que lleve a cabo una revisión rápida y extraordinaria de una decisión de un tribunal inferior— ante el Tribunal Superior —*High Court*— de Bombay, discutiendo que las autoridades fiscales indias tuvieran jurisdicción para someter a imposición la operación y por tanto para efectuar el citado requerimiento.

La cuestión jurisdiccional es sin duda la principal y de mayor relevancia del caso, pues a primera vista la pretensión de las autoridades fiscales indias contradice los principios básicos tradicionalmente aceptados en el reparto internacional de potestades tributarias.

Formulados sencillamente, esos principios básicos otorgan potestad para gravar las ganancias de capital derivadas de una venta de activos al país donde reside el vendedor y al país donde el activo está situado, y en ninguna de estas posiciones parece encontrarse la India en relación con la transacción que nos ocupa. En efecto, ni es el país de residencia del vendedor, pues el vendedor fue una sociedad residente en Hong Kong, ni es el país donde el activo vendido estaba situado, pues se trató de acciones de una sociedad constituida y residente en las Islas Caimán.

En su decisión de 3 de diciembre de 2008 el Tribunal Superior de Bombay consideró que el requerimiento de explicaciones hecho por las autoridades fiscales indias a Vodafone no podía considerarse, *prima facie*, extravagante, impertinente o erróneo, y que la cuestión de si la transacción era o no susceptible de someterse a imposición en India debía ser investigada por las autoridades fiscales indias.

Al tiempo que resolvía de este modo la petición de Vodafone, el Tribunal Superior de Bombay hizo algunos comentarios *obiter dicta* que, luego lo veremos, acabaron teniendo cierta relevancia en estadios posteriores del litigio. Así, ese Tribunal Superior dejó dicho que, dado que el comprador de las acciones —la filial holandesa del grupo Vodafone— no había aportado a la causa toda la documentación contractual de la transacción, la corte no estaba en posición de decidir sobre la verdadera naturaleza de la transacción ni de deliberar sobre si era o no susceptible de someterse a imposición en India.

(ii) Contra la decisión del Tribunal Superior de Bombay se alzó Vodafone, recurriendo ante el Tribunal Supremo indio —*Supreme Court*, con sede en Nueva Delhi— mediante un recurso especial —*Special Leave Petition*— caracterizado por su aceptación discrecional por el Tribunal Supremo indio cuando en el caso exista materia de suficiente importancia constitucional o legal.

En su resolución —*order*— de 23 de enero de 2009 el Tribunal Supremo indio rechazó el

recurso de Vodafone, considerando que la cuestión jurisdiccional relativa a la potestad de las autoridades indias para someter a imposición la transacción debía ser resuelta como una cuestión preliminar por las propias autoridades fiscales indias de acuerdo con las leyes y que, si la decisión sobre esa cuestión preliminar no era favorable a las tesis de Vodafone, entonces Vodafone podría cuestionar tal decisión ante el Tribunal Superior competente por incorrecta aplicación o interpretación de la ley.

(iii) De vuelta el caso a las autoridades fiscales indias, éstas afirmaron su jurisdicción y el 31 de mayo de 2010 procedieron contra Vodafone.

(iv) En junio de 2010 el litigio estaba de nuevo ante el Tribunal Superior de Bombay, el cual resolvió en su sentencia de 8 de septiembre de ese año.

Siendo esta sentencia la última decisión del caso, por ahora, sobre el fondo del asunto, vamos a detenernos con algo más de detalle en los argumentos de las partes y del tribunal.

Los argumentos de Vodafone

(a) La ley india somete a tributación las ganancias de capital obtenidas por no residentes si derivan de activos situados en India. En este caso se trata de la venta de acciones de una compañía extranjera y no, por tanto, de activos situados en India.

(b) Una acción representa un conjunto de derechos y la venta de una acción resulta en la transmisión de todos los derechos subyacentes. Ahora bien, de acuerdo con la ley lo que se está vendiendo es la acción y no los derechos subyacentes individualmente considerados. Por otro lado, la ley distingue entre los socios de una sociedad y la sociedad misma, de modo que los socios de una sociedad no tienen derechos sobre los activos propiedad de la sociedad. En consecuencia, la afirmación de las autoridades fiscales indias de que la venta de las acciones de la compañía del grupo Hutchinson residente en las Islas Caimán tiene como consecuencia la venta de activos en la India carece de fundamento.

(c) Varios países tienen en sus leyes disposiciones especiales de transparencia fiscal, en cuya virtud someten a tributación las ganancias obte-

nidas por no residentes por la venta de acciones de sociedades extranjeras si como consecuencia de esa venta se transmite el control de una sociedad que posee activos específicos en el país en cuestión. Dichas disposiciones de transparencia fiscal están ausentes de la ley india y no pueden ser añadidas al ordenamiento por decisión judicial.

(d) Tampoco existe renta devengada o nacida en la India por razón de los pagos, pues el derecho del vendedor a recibir dinero nació de un contrato celebrado fuera de la India y el pago fue hecho también fuera del país.

Los argumentos de las autoridades fiscales indias

(a) La transacción entre los grupos Hutchinson y Vodafone tuvo por objeto la venta de un 67% del capital de Hutchinson India.

(b) La transacción supone la transmisión de un conjunto de derechos de Hutchinson en la India y no meramente la venta de las acciones de la sociedad de las Islas Caimán propietaria indirecta del 67% del capital de Hutchinson India. La adquisición de esas acciones es sólo uno de los medios utilizados para lograr el objetivo.

(c) Además de las acciones de la sociedad de las Islas Caimán, Vodafone adquirió varios derechos cruciales (licencias de operador de telecomunicaciones, derechos de gestión, préstamos, contratos de opción, licencia de apertura de sucursales, etc.) que tienen una conexión indudable con la India.

Los argumentos del Tribunal Superior de Bombay

(a) La ley india reconoce el derecho de toda persona a planear y ejecutar sus transacciones comerciales de una manera que reduzca los impuestos a pagar. En tanto las estructuras legales y los contratos utilizados lo hayan sido de buena fe y con un propósito comercial, la ley fiscal —salvo disposición expresa en contrario— no permite una indagación del interés económico subyacente.

(b) A menos que la transacción sea una simulación, la naturaleza jurídica de las transacciones no puede ser ignorada en búsqueda de la sustancia económica.

(c) Una acción en el capital de una sociedad mercantil comprende un conjunto indivisible de derechos políticos y económicos que son inseparables de la propiedad de la acción, y que no se pueden transmitir separadamente.

(d) El control sobre una sociedad —*controlling interest*— es una consecuencia incidental de la propiedad de un número suficiente de acciones, y no es por tanto un activo distinto de esas acciones.

(e) La transacción entre Hutchinson Hong Kong y Vodafone tomó en consideración, entre otros, los siguientes derechos:

— Participación indirecta en Hutchinson India a través de una cadena de sociedades intermedias.

— Derechos de opción de compra y venta sobre acciones de compañías que directa o indirectamente poseían acciones de Hutchinson India.

— Derechos establecidos en contratos de accionistas, incluido el derecho a designar administradores, en relación con compañías que indirectamente poseían acciones de Hutchinson India.

— Préstamos que fueron cedidos como parte de la transacción.

— Acciones privilegiadas de compañías que indirectamente poseían acciones de Hutchinson India.

— Derechos de uso y titularidad de la marca Hutchinson en India.

— Acuerdo de no competencia con el grupo Hutchinson.

A la vista de lo anterior, es una simplificación asumir que la entera transacción consistió en la venta de las acciones de la sociedad de las Islas Caimán propietaria indirecta del 67% del capital de Hutchinson India. La venta de esas acciones no habría sido suficiente por sí sola para consumir la operación.

(f) La extensa y compleja documentación contractual del caso no es meramente accidental o consecuencia de la venta de las acciones de la sociedad de las Islas Caimán, sino que reconoce independientemente los derechos, permisos y autorizaciones que tenía Hutchinson India en relación con su negocio en India y que fueron transmitidos a Vodafone.

(g) La transmisión de los mencionados derechos, permisos y autorizaciones fue parte integrante de la transacción y, acaba la corte, tales derechos, permisos y autorizaciones constituyen activos fijos —*capital assets*— en el sentido de la ley fiscal india.

(h) La contraprestación pagada por Vodafone a Hutchinson Hong Kong lo fue por la adquisición de un conjunto de derechos y las autoridades fiscales indias deben distribuir esa contraprestación entre rentas que derivan de la transmisión de derechos que tiene un punto de conexión con la jurisdicción fiscal india y rentas que por carecer de ese nexo han de residenciarse fuera de la India.

Vodafone recurrió la sentencia del Tribunal Superior de Bombay ante el Tribunal Supremo de la India, y se ha fijado la fecha del 19 de julio de 2011 para el inicio del juicio definitivo en esa instancia.

Comentario a la sentencia de 8 de septiembre de 2010 del Tribunal Superior de Bombay

Para los interesados en la tributación de las inversiones internacionales, el inicio del caso Vodafone pareció poner en cuestión los principios básicos sobre los que dicha tributación se ha asentado. Para los inversores en la India supuso además, y probablemente sigue suponiendo, un riesgo cierto de inutilidad de las estructuras societarias usadas para la tenencia eficiente de sus inversiones en ese país.

En efecto, como ya observamos al principio de estas líneas, los principios básicos tradicionalmente aceptados en el reparto internacional de potestades tributarias otorgan potestad para gravar las ganancias de capital derivadas de una venta de activos al país donde reside el vendedor y al país donde el activo está situado, pero no a un país tercero que no se halle en alguna de esas posiciones.

Sin embargo, a nuestro juicio la sentencia del Tribunal Superior de Bombay ha desactivado el debate técnicamente más virulento y ha hecho una interpretación en esencia conforme con tales principios. Todavía más, la corte afirma otros principios también universales de interpretación jurídica de los tributos, afirmaciones que resultan especialmente bienvenidas en un tiempo como el actual, en el que las autoridades fiscales de muchos países parecen empeñadas en ignorar la vieja y buena dogmática jurídica que proscribía la interpretación económica del hecho imponible de los impuestos.

Cosa distinta es que el tribunal concluya, a la vista de los hechos del caso, que la transacción entre los grupos Hutchinson y Vodafone fue una transacción que requirió complejos acuerdos contractuales en la India que iban más allá de la pura venta de las acciones de la sociedad de las Islas Caimán que indirectamente poseía las acciones de la sociedad india conjunta de los grupos Hutchinson y Essar, y que esos complejos acuerdos supusieron la transmisión de otros derechos de tal modo conectados con el territorio indio que pueden considerarse activos singulares situados en la India.

Y desde luego es coherente con ese hilo argumental la decisión final de la corte de que las autoridades fiscales indias distribuyan la contraprestación de la transacción entre rentas que derivan de la transmisión de derechos que tienen un punto de conexión con la jurisdicción fiscal india, y que quedarán sujetas al impuesto indio correspondiente, y rentas que por carecer de ese nexa han de residenciarse fuera de la India y no someterse a imposición en ese país.

El caso tiene todavía que dar bastante de sí, porque incluso si el Tribunal Supremo indio sostuviera la sentencia del Tribunal Superior de Bombay, luego comenzará un nuevo debate, seguramente también fiero, sobre la distribución de la contraprestación entre las distintas clases de activos que, según esa sentencia, fueron objeto de transmisión.

El nuevo Código de Impuesto Directos indio

No recuperados del susto ocasionado por el planteamiento inicial del caso Vodafone, los inversores internacionales interesados en la India tuvieron conocimiento de la existencia del proyecto de nuevo Código de Impuestos Directos indio —*Direct Taxes Code, 2010*—, cuya entrada en vigor está prevista para el 1 de abril de 2012.

Pues bien, el proyecto de nuevo Código de Impuestos Directos dedica su artículo —*clause*— 5 a las rentas que se consideran devengadas en la India, y entre ellas se incluye la renta derivada de la transmisión, hecha fuera de la India, de cualquier participación o derecho —«*any share or interest*»— en una compañía extranjera que, en cualquier momento dentro de los doce meses anteriores a la transmisión, haya poseído directa o indirectamente activos en India cuyo valor de mercado represente al menos el cincuenta por ciento de los activos de la compañía.

La renta devengada en la India en tal caso se calcula como la parte de la renta o plusvalía derivada de la transmisión —calculada como si la transmisión se hubiera hecho en la India— proporcionalmente resultante de dividir el valor de mercado de los activos indios entre el valor de mercado de todos los activos de la compañía.

Esto es, con el Código de Impuestos Directos en vigor, lo que como hemos adelantado está previsto que suceda a partir del 1 de abril de 2012, un caso similar al caso Vodafone no podrá existir, pues no habrá lugar a pleito alguno porque la plusvalía obtenida por una sociedad residente en Hong Kong por la venta de las acciones de una sociedad de las Islas Caimán cuyo activo son acciones de una sociedad de Mauricio —cuyo activo está constituido a su vez por acciones de una sociedad india—, será renta obtenida en la India, *ope legis*.

Fuera de evitar el nacimiento del hecho imponible por la vía de que los activos situados en la India supongan menos de la mitad del activo de las sociedades holding internacionales tenedoras de las inversiones —solución muy poco satisfactoria para desinversiones por encima de la sociedad holding—, la estructuración internacional de inversiones en la India parece que habrá de discurrir por el camino de situar todos y cada uno de los escalones de tenencia de la inversión en países que hayan firmado con India un adecuado convenio internacional para evitar la doble imposición.

Pero en ese caso habrá que prestar cuidadosa atención a todos los detalles de la estructura de inversión, pues el proyecto de nuevo Código de Impuestos Directos indio también contiene disposiciones específicas sobre la aplicación de los convenios fiscales internacionales en los que la India sea parte.

En particular, el artículo 291 del proyecto, tras reconocer que en caso de convenio internacional las disposiciones del Código de Impuestos Directos indio sólo se aplican cuando resulten más beneficiosas para el contribuyente, establece a continuación que, no obstante lo anterior, ciertas disposiciones del Código se aplican siempre, sean o no más beneficiosas para el contribuyente.

Entre esas disposiciones que se aplican aún en presencia de un convenio internacional está, junto a la imposición sobre el beneficio de sucursales y las reglas de transparencia fiscal internacional, la cláusula general antiabuso contenida en el artículo 123 del proyecto.

Dicha cláusula establece que cualquier acuerdo hecho por cualquier persona puede ser calificado como «*acuerdo elusivo no permitido*» —*impermissible avoidance arrangement*—; y «*acuerdo elusivo no permitido*» significa —artículo 124 del proyecto— un paso de una transacción, operación, esquema o acuerdo, o la transacción, operación, esquema o acuerdo por entero, cuyo principal objetivo sea la obtención de una ventaja fiscal —*tax benefit*— y que:

- (i) cree derechos u obligaciones que normalmente no se crearían entre partes no vinculadas,
- (ii) resulte directa o indirectamente en un mal uso o abuso de las disposiciones del Código,

(iii) carezca de sustancia comercial, en todo o en parte, o

(iv) se convenga o lleve cabo de una manera que no sería normalmente utilizada actuando de buena fe.

En fin, que la estructuración de la inversión no puede quedarse en la correcta elección de la jurisdicción o jurisdicciones de situación de las sociedades intervinientes, debiendo abarcar el sentido y la sustancia comercial de la estructura en sí misma y de toda la documentación contractual relacionada.

JESÚS LÓPEZ TELLO*

* Abogado del Área de Fiscal y Laboral de Uría Menéndez (Madrid).