

BENEFICIARIO EFECTIVO EN LOS CONVENIOS PARA EVITAR LA DOBLE IMPOSICIÓN: DELIMITACIÓN DEL ALCANCE DEL TÉRMINO

MALENA DÍAZ, NATALIA RABUFFETTI Y CAROLINA ZITTO

Agradecimiento

Expresamos nuestro sincero agradecimiento a todas aquellas personas que con su ayuda colaboraron en la realización de la presente investigación, en especial a nuestro Tutor académico, Dr. Sebastián Arcia, Tutor metodológico, Prof. José María Burone y a los Dres. Andrés Blanco y Juan Bonet.

1. Introducción

El tema seleccionado como objeto de investigación se incluye dentro del derecho tributario internacional y se titula “Alcance del concepto beneficiario efectivo establecido en los artículos 10, 11 y 12 de los convenios para evitar la doble imposición en materia de impuestos sobre la renta y sobre el patrimonio y prevenir la evasión fiscal, celebrados por Uruguay”.

A través de su desarrollo se pretende determinar el alcance del concepto “beneficiario efectivo” establecido en los artículos 10, 11 y 12 de los convenios para evitar la doble imposición en materia de impuestos sobre la renta y sobre el patrimonio y prevenir la evasión fiscal, celebrados por Uruguay.

El mismo fue seleccionado como fruto de nuestra experiencia profesional, al tratarse de un concepto recogido en varios instrumentos internacionales ratificados por Uruguay sin haber sido definido en forma expresa lo que implica una dificultad práctica para los operadores del derecho que deberán aplicar las cláusulas que lo recogen. Más aún al tratarse de un concepto propio del derecho anglosajón, que no fue recogido internamente como tal en ordenamientos jurídicos de origen latino como el nuestro.

Asimismo, cabe señalar que el tema objeto de investigación fue elegido teniendo en cuenta que a nivel nacional existen pocos antecedentes doctrinarios y ningún antecedente jurisprudencial, siendo un tema de gran trascendencia práctica.

Determinada la referida problemática, se intentará recomendar algunos lineamientos generales que posibiliten o faciliten la aplicación de los de los artículos antes referidos.

2. Planteamiento del problema de investigación

2.1 Objetivos de la presente investigación

2.1.1 Objetivo general

El objetivo general de la misma consiste en determinar el alcance del concepto “beneficiario efectivo” establecido en diferentes convenios para evitar la doble imposición celebrados por Uruguay.

2.1.2 Objetivos específicos

En cuanto a los objetivos específicos, los mismos se enuncian a continuación:

- Determinar el origen y evolución del concepto “beneficiario efectivo”;
- Delimitar el alcance del término objeto de estudio;
- Identificar figuras afines en nuestro ordenamiento jurídico interno;
- Identificar el propósito del establecimiento de dicho concepto en los convenios para evitar la doble imposición, buscando determinar si se está en presencia de una cláusula antielusiva o antiabuso, entre otras consideraciones;
- Considerar fallos jurisprudenciales de diferentes jurisdicciones internacionales con el fin de analizar y valorar decisiones adoptadas en relación al concepto;
- Evaluar diferentes soluciones prácticas adoptadas por otros estados, como por ejemplo, resoluciones o circulares administrativas, que pretendan delimitar el concepto objeto de estudio.

2.2 Pregunta de investigación

La pregunta principal de nuestra investigación es: **¿Cuál es el alcance del concepto “beneficiario efectivo” establecido en los convenios para evitar la doble imposición?**

De la misma se desprenden naturalmente las siguientes preguntas específicas:

- ¿Cuál es el origen y evolución del concepto “beneficiario efectivo”?
- ¿Cuál es (o cuál fue) el propósito del establecimiento de dicho concepto en la normativa que lo establece?
- ¿Ante qué tipo de cláusula se está?
- ¿Existen figuras afines al concepto en nuestro ordenamiento jurídico interno?
- ¿Cómo ha sido delimitado el concepto por la jurisprudencia internacional?
- ¿Se han adoptado soluciones prácticas por los diferentes estados en relación al concepto?

2.3 Justificación de la investigación

A través del objetivo general propuesto pretendemos facilitar la aplicación de la normativa que recoge el concepto “beneficiario efectivo”, reduciendo dudas o cuestionamientos en relación al mismo.

2.4 Viabilidad de la investigación

Entendemos viable la investigación propuesta por cuanto se tiene acceso a información que permitirá abordar con éxito el desarrollo de la misma.

2.5 Antecedentes hallados

Según se pudo constatar, no existe en la Universidad de Montevideo antecedentes de tesis que traten sobre el tema planteado.

Cabe señalar que una de las tesistas es autora de un trabajo relacionado con el tema objeto de la presente investigación, el cual fue considerado en la elaboración del mismo y que surge identificado en la biografía.

3. Diseño metodológico

3.1 Hipótesis de Investigación

Por tratarse de un estudio de alcance descriptivo, no se formuló Hipótesis de Investigación, por lo cual el trabajo se orientó a contestar la Pregunta Principal de Investigación.

3.1.1 Identificación de las variables

La o las variables normalmente están contenidas en la Hipótesis de Investigación. En la medida que la hipótesis constituye la respuesta tentativa del investigador a su pregunta de investigación, ante la ausencia de la hipótesis, la variable se deduce de la misma.

En nuestro caso la variable es: “alcance del concepto “beneficiario efectivo” establecido en los convenios para evitar la doble imposición”

3.1.2 Definición de la variable

La variable identificada se definió, a los efectos del presente trabajo, como:

“concepto que tienen los operadores jurídicos del término beneficiario efectivo al momento de aplicar la cláusula establecida en los convenios para evitar la doble imposición celebrados por Uruguay”

3.2 Alcance de la investigación

El alcance de esta investigación fue, en su fase inicial, de tipo exploratorio en tanto

examinamos un problema de investigación poco abordado por la dogmática nacional, al tratarse de un concepto introducido recientemente en nuestro ordenamiento jurídico.

Asimismo, la misma fue de tipo descriptiva, ya que el objetivo pretendido es delimitar el alcance del concepto objeto de la misma.

3.3 Diseño de investigación

El mismo fue no experimental por tratarse de una investigación sistemática y empírica, que se realizó sin manipular variables.

Por su dimensión temporal, se trata de un diseño transversal, dado que se recolectaron datos en un solo momento, buscando describir variables y analizar la incidencia e interrelación de las mismas en un momento dado.

3.4 Unidades de análisis

Como unidades de análisis utilizadas fueron la normativa que recoge el concepto “beneficiario efectivo”, la doctrina nacional e internacional que se ha pronunciado en cuanto al tema, jurisprudencia internacional, soluciones prácticas adoptadas por diferentes estados así como opiniones vertidas por especialistas en la materia.

3.5 Instrumentos de recolección de datos

A los efectos de recolectar los datos necesarios para abordar nuestra investigación, se utilizaron los siguientes instrumentos cualitativos: análisis documental y entrevistas.

4. Marco teórico

El concepto beneficiario efectivo recogido por los Modelos de Convenio OCDE y ONU, ha sido introducido en nuestro ordenamiento jurídico interno a través de la entrada en vigor de los convenios para evitar la doble imposición suscritos por Uruguay.

Respecto de estos convenios, cabe precisar que los mismos atribuyen potestad tributaria entre los estados, determinando quien tiene en cada caso, potestad para gravar la renta o ingreso en cuestión. Como principio general, los convenios atribuyen potestad tributaria ilimitada al estado de residencia y limitada respecto del estado de la fuente. Determinada la potestad tributaria de un estado en el caso concreto en relación a determinada renta o ingreso, éste deberá remitirse a su normativa interna para determinar la imposición efectiva que recaerá sobre dicha renta o ingreso.

Tradicionalmente nuestro ordenamiento jurídico interno ha adoptado como principio general de tributación el principio de la fuente, atribuyéndose potestad tributaria en relación a aquellas rentas provenientes de actividades desarrolladas, bienes situados o derechos utilizados económicamente en la República, con independencia de la nacionalidad, domicilio o residencia de quienes intervengan en las operaciones y del lugar de

celebración de los negocios jurídicos.¹

No obstante ello, a partir de la reforma tributaria implantada a través de la ley N° 18.083, de 27 de diciembre de 2006, dicho principio ha sido objeto de sucesivos excepcionamientos, previéndose para determinadas hipótesis el principio de renta mundial, lo cual muestra una marcada tendencia hacia dicho principio.²

Dado que la cláusula de “beneficiario efectivo” establecida en los convenios para evitar la doble imposición busca limitar en ciertos casos la potestad tributaria del estado pagador de dividendos, intereses o regalías (en adelante, estado fuente), consideramos especialmente relevante para nuestro país analizar tal concepto a efectos de determinar en qué casos verá limitada su potestad tributaria cuando pague este tipo de rentas a residentes de estados con los que haya celebrado un convenio para evitar la doble imposición.

A su vez, debe señalarse que Uruguay en su condición de importador de capitales suele reunir la calidad de pagador de rentas provenientes de dividendos, intereses y regalías, volviéndose clave el concepto de beneficiario efectivo a efectos de determinar si son aplicables los beneficios fiscales otorgados por lo dispuesto en los artículos 10, 11 y 12 de los convenios para evitar la doble imposición que serán analizados a continuación o por el contrario, sigue rigiendo la potestad tributaria ilimitada por parte del estado fuente.

4.1 Convenios para evitar la doble imposición celebrados por Uruguay que adoptan la cláusula “beneficiario efectivo”

A la fecha de elaboración de esta tesis, Uruguay ha celebrado 13 convenios para evitar la doble imposición con diferentes países según se exhibe a continuación, incluyendo en los artículos 10, 11 y 12 de todos ellos el concepto “beneficiario efectivo”.

PAÍS	Fecha de firma	Ley	Vigente desde
ALEMANIA	09/03/2010	18.844 (25/11/11)	28/12/2011
HUNGRÍA	25/10/1988	16.366 (19/05/93)	01/01/1994
MÉXICO	14/08/2009	18.645 (12/02/10)	29/12/2010
ESPAÑA	09/10/2009	18.730 (07/01/11)	24/04/2011
SUIZA	18/10/2010	18.867 (23/12/11)	28/12/2011
LIECHTENSTEIN	18/10/2010	18.933 (20/07/12)	03/09/2012
PORTUGAL	30/11/2009	18.934 (20/07/12)	13/09/2012

1 ver artículo 7 Título 4 del Texto Ordenado de 1996 y artículo 3 del Título 7 del Texto Ordenado de 1996.

2 Cabe precisar que en el caso de las personas físicas quedan sujetas a imposición ciertas rentas mobiliarias que provengan del exterior

ECUADOR	26/05/2011	18.932 (20/07/12)	15/11/2012
MALTA	11/03/2011	19.010 (22/11/12)	13/12/2012
COREA DEL SUR	29/11/2011	19.033 (27/12/12)	22/01/2013
FINLANDIA	13/12/2011	19.035 (27/12/12)	06/02/2013
INDIA	08/09/2011	18.972 (21/09/12)	21/06/2013
RUMANIA	14/09/2012	19.257 (28/08/14)	22/10/2014

En cuanto al contenido de los artículos 10, 11 y 12 de tales convenios, se establece que la potestad tributaria del estado fuente se verá limitada únicamente en aquellos casos en que el beneficiario efectivo de la renta sea residente del otro estado parte. De no serlo, el estado fuente tendrá potestad tributaria ilimitada en relación a dicha renta.

A continuación y teniendo en cuenta la similitud existente entre lo dispuesto por los artículos 10, 11 y 12 de los diferentes convenios para evitar la doble imposición celebrados por Uruguay³, analizaremos a título ilustrativo lo establecido por el convenio celebrado entre Uruguay y México, ratificado por ley N° 18.645 de 29 de diciembre de 2010, concretamente párrafos primero y segundo de los mismos por referirse éstos específicamente al tema que nos ocupa.

Artículo 10

“1. Los dividendos pagados por una sociedad residente de un Estado Contratante a un residente del otro Estado Contratante sólo pueden someterse a imposición en este otro Estado.

2. Sin embargo, dichos dividendos también pueden someterse a imposición en el Estado Contratante en que resida la sociedad que paga los dividendos y según la legislación de ese Estado, pero si el beneficiario efectivo de los dividendos es un residente del otro Estado Contratante, el impuesto así exigido no podrá exceder del 5 por ciento del importe bruto de los dividendos”.

Artículo 11

“1. Los intereses procedentes de un Estado Contratante y pagados a un residente del otro Estado Contratante pueden someterse a imposición en este otro Estado.

2. Sin embargo, dichos intereses pueden someterse a imposición también en el Estado Contratante del que procedan y de acuerdo con las leyes de ese Estado, pero si el beneficiario efectivo de los intereses es residente del otro Estado Contratante, el impuesto así exigido no puede exceder del 10 por ciento del importe bruto de los intereses”.

³ Cabe precisar, sin embargo, que el convenio para evitar la doble imposición celebrado con Hungría (suscrito en 1988 y ratificado por la ley No. 16.366 del año 1993) no utiliza la expresión “beneficiario efectivo”, refiriéndose al concepto de “beneficiario” en la cláusula de reserva del Establecimiento Permanente. En virtud de ello, entendemos que debería realizarse un análisis particular del referido Convenio a los efectos de su correcta interpretación, lo cual excede el alcance de la presente investigación.

Artículo 12

“1. Las regalías procedentes de un Estado Contratante y pagadas a un residente del otro Estado Contratante pueden someterse a imposición en ese otro Estado.

2. Sin embargo, dichas regalías también pueden someterse a imposición en el Estado Contratante del que procedan y de conformidad con la legislación de ese Estado, pero si el beneficiario efectivo de las regalías es residente del otro Estado Contratante, el impuesto así exigido no podrá exceder del 10 por ciento del importe bruto de las regalías”.

Del análisis de dichos párrafos se desprende la potestad tributaria compartida respecto de este tipo de rentas entre el estado de residencia y el estado fuente. Sin perjuicio, la potestad tributaria del último se ve limitada cuando el receptor de la renta, residente del otro estado parte, reúne además la condición de “beneficiario efectivo” de la misma.

5. Análisis de los datos obtenidos

5.1 Origen y evolución del concepto beneficiario efectivo

5.1.1 Origen

Habida cuenta la relevancia del concepto cuyo estudio proponemos, tanto en lo que refiere a la posibilidad de ciertos sujetos de obtener beneficios fiscales previstos en un convenio para evitar la doble imposición como en lo que respecta a la potestad tributaria de un Estado u otro frente a determinados tipos de renta, resulta necesario comenzar el análisis del mismo partiendo desde su origen, al menos a nivel internacional.

Si bien a nivel del Modelo de Convenio OCDE la expresión “beneficiario efectivo” fue introducida por primera vez en el reporte del año 1972, en oportunidad de revisarse algunos de los artículos del Modelo de Convenio OCDE de 1963, la utilización del término a nivel internacional, presente hoy en casi la totalidad los convenios internacionales para evitar la doble imposición, tuvo su origen en el año 1945 en un tratado celebrado entre el Reino Unido y Estados Unidos.⁴

En este sentido, el artículo 3 de dicho tratado, en materia de bienes de personas fallecidas señalaba: *“shares or stock held by a nominee where the beneficial ownership is evidenced by scrip certificates or otherwise”*.⁵

Con posterioridad, el término comenzó a ser sucesivamente recogido en infinidad de convenios para evitar la doble imposición. Así, por ejemplo, en el año 1968 el término fue incorporado a un tratado suscrito entre el Reino Unido y Holanda, en 1968 a otro entre Irlanda y Francia y en 1969 a uno entre Australia y Japón.

Ahora bien, como se observa, habiendo sido el término utilizado por primera vez en un tratado celebrado entre países del Common Law, sistema legal que, a diferencia

⁴ OLIVER, David: “Beneficiario Efectivo” en 2000 International Bureau of Fiscal Documentation. Bulletin Julio 2000

⁵ “Participaciones o acciones en poder de un apoderado cuando el beneficiario efectivo surge del certificado de acciones o de otra forma”. Cabe señalar que la mayoría de los textos citados en el presente trabajo han sido redactados originalmente en inglés. Dichos textos han sido traducidos a idioma español por las autoras, no constituyendo traducciones oficiales. En virtud de ello, se recomienda consultar las fuentes originales.

del Civil Law, reconoce la expresión en estudio, cuando el concepto fue introducido en dicho documento, la intención que probablemente tuvieron las partes intervinientes fue de asignarle al término idéntico significado a aquel que el mismo tenía a nivel de sus leyes domésticas.

Si bien conocer aquel significado no resulta determinante en cuanto a la definición que de la expresión se tenga hoy, no deja de constituir un antecedente a la hora de intentar determinar su alcance, máxime cuando a la fecha se carece de una definición internacional⁶.

Pues bien, el derecho anglosajón estaba conformado originalmente por dos grandes ramas: el Common Law y Equity. El Common Law encuentra su origen en los tribunales reales, que buscaban dentro de las costumbres locales aspectos comunes para crear en base a ellos un derecho unificado. De esta forma, se convertían en derecho común aplicable a todo el reino las costumbres comunes del lugar. El Equity surge posteriormente como una forma alternativa de obtener justicia ante el rey frente a situaciones que el Common Law, por su formalidad y rigidez era incapaz de resolver. Se trataba de un tribunal que conocía en los casos no contemplados por el Common Law pero que gozaba de mayor flexibilidad y discrecionalidad para llegar a una decisión, pudiendo considerar las circunstancias especiales del caso y, sobre todo, la intención de las partes más que las formas. Con el paso del tiempo ambos sistemas terminaron por fusionarse.

Ahora bien, si bien la expresión beneficiario efectivo es reconocida desde larga data en las leyes domésticas de los países del Common Law, especiales razones imponen, como punto de partida, comenzar el estudio indagando cual ha sido el significado que se le ha asignado al término en el ordenamiento jurídico interno del Reino Unido.

En primer lugar, porque en este país, y desde hace mucho tiempo, la expresión se encuentra sólidamente incorporada en su legislación interna.⁷

En segundo lugar, porque, previo a su incorporación al Modelo de Convenio OCDE, el término ya había sido incorporado en varios tratados en los cuales el Reino Unido había sido parte.

En última instancia, y tal vez sea ésta la razón más importante, porque el Reino Unido contaba con un representante en el grupo de trabajo de la OCDE en la oportunidad en que el término fue incorporado por primera vez en el reporte del año 1972. Siendo en aquel momento el único estado que reconocía el término beneficiario efectivo en su legislación interna, difícil resulta pensar que el significado que se le pretendió asignar no se encontrara fuertemente influenciado por aquel que dicho término ya tenía en la legislación interna del Reino Unido.

Como fuera indicado, el Reino Unido adopta el sistema jurídico del Common law, reconociendo como definición de beneficiario efectivo la dada por dicho sistema. El tér-

6

7 CHARL P., du Toit: "Beneficial Ownership of Royalties in Bilateral Tax Treaties".

mino beneficiario efectivo se origina dentro del Common law en lo que específicamente se llamó “Cestui que Trust” inglés, término que se utilizaba para referirse a la persona que en última instancia disfrutaba de los beneficios de un bien, en oposición al concepto de “propiedad legal”, la cual podía encontrarse en manos de otra persona por tener un carácter puramente nominal. Beneficiario efectivo suponía entonces, una distinción entre el derecho legal a la cosa y el derecho al beneficio económico de la misma, lo que implicaba la posibilidad de que propiedad legal y propiedad efectiva recayeran al mismo tiempo sobre diferentes personas.

Cabe señalar que el concepto se originó particularmente dentro del sistema Equity, que por su flexibilidad y versatilidad, en contraposición a la rigidez de Common Law tuvo la posibilidad de ir más allá las formas y observar donde estaba el verdadero propietario.

Ahora bien, considerar que potencialmente este fue su origen, no conlleva necesariamente a sostener que su significado internacional sea idéntico a aquel que se le ha dado en los países de donde proviene, máxime cuando probablemente ni siquiera en aquellos tenga idéntico significado.

Asimismo, y en cualquiera de los casos, el alcance del concepto ha evolucionado desde que tuvo lugar su incorporación en el Modelo de Convenio OCDE desde 1977 a la fecha.

5.2. Evolución del concepto a nivel internacional en los Modelos de Convenio OCDE y ONU

5.2.1. Modelos de Convenio OCDE

La referencia al término “beneficiario efectivo” se introdujo por primera vez en el reporte del año 1972⁸, en ocasión de efectuarse la revisión de algunos de los artículos del Modelo de Convenio OCDE de 1963.

Recogiendo las recomendaciones efectuadas en dicho reporte, el Modelo de Convenio OCDE de 1977 introduce el concepto en los artículos 10, 11 y 12, referentes a dividendos, intereses y regalías, respectivamente.

Como primera aproximación, podríamos afirmar que el término beneficiario efectivo se introduce al modelo como condición subjetiva requerida para que los residentes de un estado parte puedan beneficiarse de tasas reducidas de imposición en relación a rentas obtenidas en el estado fuente y que, por tanto, la potestad tributaria de este último se vea limitada.

No obstante, la expresión no solo no fue definida expresamente sino que además existe muy poca información documental que permita determinar cuál fue la razón que condujo a su incorporación al Modelo, a lo cual cabe adicionar que ninguna reserva u observación fue realizada por los países miembros de la OCDE en dicha oportunidad.

⁸ OECD Report entitled “Revised Text of Certain Articles of the 1963 OECD Draft Double Taxation Convention”, publicado en abril de 1972 en Anexo del Modelo de Convenio OCDE.

Sin perjuicio ello, señala DU TOIT que documentación oficial de la OCDE a la que se ha tenido acceso en los últimos tiempos resulta particularmente reveladora en cuanto a la intención de, al menos, algunos de los países que formaron parte del grupo de trabajo a partir del cual se incorporó el concepto.

En efecto, en archivo de fecha 9 de mayo de 1967, bajo el título “Artículo 10: Dividendos” el Reino Unido estableció: “*In our view the relief provided for under these Articles ought to apply only if the beneficial owner of the income in question is resident in the other contracting State, for otherwise the Articles are open to abuse by taxpayers who are resident in third countries and who could, for instance, put their income into the hands of bare nominees who are resident in the other contracting State. You will no doubt have noticed that our recent protocols with the United States and with Switzerland we have introduced this test of beneficial ownership which clearly reflects what was intended by the Committee when the Model Convention was prepared*”⁹ 10.

Las sucesivas modificaciones introducidas a los comentarios al Modelo de Convenio OCDE demuestran que si bien la cláusula que refiere a beneficiario efectivo ha permanecido inalterada desde que tuvo lugar su incorporación en el año 1977, la interpretación del término ha sufrido modificaciones.

Como se verá seguidamente, los referidos comentarios no introducen una definición positiva de la expresión beneficiario efectivo, sino más bien brindan una serie de pautas para su interpretación a partir de las cuales podría inferirse su significado. No obstante, estas pautas se han ido modificando o complementando.

Con la incorporación del término en los comentarios al Modelo de Convenio OCDE de 1977, se introduce la noción de “beneficiario”, lo cual supone concepto con connotaciones económicas, diferenciándose nítidamente de conceptos tales como “agente”, “mandatario”, los que en esencia son ajenos a los beneficios económicos que podría reportar el negocio jurídico de que se trate, en el caso, la renta pasiva originada.

Así por ejemplo, los Comentarios al artículo 11 (2) del Modelo de Convenio disponían lo siguiente:

“Bajo el segundo párrafo, la limitación al Estado de la Fuente no será aplicable cuando sea interpuesto un intermediario, tal como un agente o mandatario, entre el beneficiario y el pagador, a menos que el beneficiario efectivo sea un residente del otro Estado Contratante. Los Estados que deseen hacer esto más explícito son libres de hacerlo durante las negociaciones bilaterales”.

Como puede observarse, el Modelo de Convenio OCDE no utiliza el término “propietario” u otros que pudieran tener una connotación legal similar, tales como, “accionista”, “prestamista”, “tenedor”, etc., lo que estaría indicando que ha querido diferenciarse de

9 “En nuestro punto de vista, la reducción prevista por estos artículos sólo debería aplicar si el beneficiario efectivo de la renta en cuestión es residente del otro estado contratante, pues de otra manera los artículos estarían abiertos al abuso de contribuyentes, residentes en terceros estados, quienes podrían por ejemplo, poner sus rentas en manos de apoderados residentes en el otro estado contratante. Sin duda habrán notado que nuestros recientes protocolos con Estados Unidos y Suiza introducen el test del beneficiario efectivo que refleja claramente cuál fue la intención del Comité cuando el Modelo de Convenio fue preparado”.

Cabe señalar que la mayoría de los textos citados en el presente trabajo han sido redactados originalmente en inglés. Dichos textos han sido traducidos al idioma español por las autoras no constituyendo traducciones oficiales. Por tanto se recomienda recomendar las fuentes originales.

10 DU TOIT, Charl: “The Evolution of the Term “Beneficial Ownership” in Relation to International Taxation over the Past 45 Years” Bulletin for International Taxation, octubre 2010.

estos conceptos. En ese sentido, puede afirmarse que se introduce una noción de corte más bien económico o sustancial, al referirse a alguien que, siendo o no el propietario formal de la renta en cuestión, logra beneficiarse efectivamente de la misma.

Conforme lo antes referido, los comentarios efectuaban una interpretación relativamente estricta del concepto “beneficiario efectivo”, como una fórmula que sólo podía ser aplicada cuando se interponía una persona que actuaba por cuenta de otra, estando el receptor del dividendo, interés o regalía obligado jurídicamente a transferir las sumas percibidas por tal concepto.

En el año 1986, la OCDE publica un segundo reporte titulado Convenios de doble imposición y utilización de sociedades instrumentales¹¹ a través del cual expresa su preocupación con relación al uso indebido de los tratados por las denominadas “sociedades instrumentales”¹². En dicha oportunidad, las mismas fueron definidas de la siguiente manera:

“Aquella que ha sido creada con el propósito de beneficiarse del Tratado, lo que significa que los activos y derechos que generan los dividendos, intereses y regalías han sido transferidos a ésta para beneficiarse del mismo”.

En el referido reporte se expresa que la cláusula “beneficiario efectivo” no debiera limitarse a situaciones en las cuales estrictamente se interpone un agente o mandatario sino que debería tener un alcance más amplio, abarcando situaciones en las cuales el intermediario, a pesar de ser el propietario formal del activo generador de la renta en cuestión, tiene poderes muy limitados que lo convierten en un mero fiduciario o administrador.

Así, el reporte de 1986 expresa:

“Por tanto, la limitación no es aplicable cuando, económicamente, beneficiaría a una persona que no tiene derecho a ello, quien interpuso la sociedad instrumental como un intermediario entre ella y el pagador de la renta. Los comentarios mencionan el caso del mandatario o agente. La cláusula sin embargo aplicaría también a otros casos en los que una persona acuerda o asume obligaciones bajo las cuales tiene una función similar a las de un mandatario o agente. Por tanto, una sociedad instrumental normalmente no puede ser considerada como el beneficiario efectivo si, a pesar de ser el propietario formal de ciertos activos, tiene poderes muy restringidos que la convierten en un mero fiduciario o administrador actuando a cuenta de las partes interesadas (probablemente, el accionista de la sociedad instrumental). En la práctica sin embargo, usualmente será difícil para el Estado de la Fuente demostrar que la sociedad instrumental no es el beneficiario efectivo. El hecho de que su principal función sea la tenencia de activos o derechos, no es en sí mismo suficiente para categorizarla como una mera intermediaria, aunque esto podría indicar que un análisis adicional es necesario”.

Tales conclusiones fueron tomadas en cuenta en los sucesivos comentarios al Modelo de Convenio OCDE. Así, por ejemplo la versión 2010 de los mismos¹³ dispone:

11 OCDE: “Double Taxation Conventions and the Use of Conduit Companies”, adoptado por el Consejo de la OCDE el 27 de noviembre de 1986, en OECD, e-library.

12 OCDE: ob. cit, página 2.

13 Traducción al español del “Modelo de Convenio Tributario sobre la Renta y sobre el Patrimonio”, versión abreviada,

“12. La condición de beneficiario efectivo se incorporó en el apartado 2 del artículo 10 para explicar el significado de las palabras “pagados... a un residente” tal como se utilizan en el apartado 1 de dicho artículo. El término establece que el Estado de la Fuente no está obligado a renunciar a su derecho a percibir un impuesto sobre unos dividendos por el mero hecho de que dichos ingresos hayan pasado inmediatamente a manos de un residente de un país con el que el Estado de la Fuente ha suscrito un convenio. El concepto “beneficiario efectivo” no es utilizado en su sentido técnico más estricto, sino que debe más bien interpretarse en su contexto y a la luz de los objetivos y propósitos del Convenio, incluyendo la voluntad de evitar la doble imposición y prevenir la evasión y elusión fiscal.”

“12.1 Si un elemento de renta es percibido por un residente de un Estado Contratante que actúa en su calidad de agente o mandatario, sería contradictorio con los objetivos y propósitos del Convenio que el Estado de la Fuente concediera una desgravación o exoneración fiscal basándose exclusivamente en la condición del receptor inmediato de la renta. En estas circunstancias, el receptor inmediato de la renta merece la consideración de residente, sin que por ello se plantee ningún problema de doble imposición como resultado de su estatus, puesto que a efectos fiscales en el Estado de residencia no se considera al receptor como el propietario de la renta. También sería contradictorio con los objetivos y propósitos del Convenio que el Estado de la Fuente concediera una desgravación o una exoneración de impuestos a un residente de un Estado Contratante que, sin tener la calidad de agente o mandatario, actúa simplemente como un intermediario de otra persona que de hecho es el beneficiario de la renta implicada. Por los motivos expuestos, el reporte del Comité de Asuntos Fiscales titulado: “Convenios de doble imposición y utilización de sociedades instrumentales” concluye que una sociedad instrumental no puede ser considerada normalmente como beneficiario efectivo si, pese a ser el propietario formal, tiene –en la práctica– poderes tan restringidos que la convierten, con respecto a la renta en cuestión, en un mero fiduciario o administrador que actúa por cuenta de las partes interesadas.”

ser el propietario formal tienen –en la práctica– poderes tan restringidos que la convierten, con respecto a la renta en cuestión, en un mero fiduciario o administrador que actúa por cuenta de las partes interesadas”.

Esto condujo a Baker a señalar que “...la esencia de este Comentario es para explicar que la limitación del beneficiario efectivo tiene el propósito de excluir: (i) meros mandatarios y agentes, quienes no son tratados como los propietarios de la renta en su país de residencia; y (ii) cualquier otro instrumento (conducto) que, aún siendo el propietario formal de la renta, tiene poderes muy limitados sobre la misma convirtiéndolo en un mero fiduciario o administrador, actuando en nombre de su propietario”¹⁴.

Recientemente, la actualización de los comentarios al Modelo de convenio OCDE realizada en el año 2014¹⁵ nuevamente y a fin de clarificar el concepto introduce ciertos lineamientos. Habida cuenta que las modificaciones incorporadas a los artículos 10, 11 y 12 son similares nos referiremos a las realizadas al primero de ellos.

Instituto de Estudios Fiscales, OCDE Julio 2010.

14 BAKER, P.: “Comentarios al MCOCDE, párrafos 10.b y 10.4.

15 2014 Update to the OECD Model Tax Convention y Model Tax Convention on Income and on Capital, consultables en <http://www.oecd.org/tax/treaties/2014-update-model-tax-convention.pdf>

La actualización del párrafo 12.1 de los comentarios al Modelo de convenio OCDE señala que el término beneficiario efectivo fue introducido para solucionar potenciales dificultades que podía generar el uso de las palabras “pagadas ... a un residente” referidas en el párrafo 1. Se manifiesta que lo pretendido fue que dicho término fuera interpretado en este contexto y no relacionado al significado técnico que hubiera podido tener bajo las leyes domésticas de algún estado específico (de hecho, cuando el concepto fue agregado al párrafo el término no tenía un significado preciso en el ordenamiento jurídico interno de muchos países). Asimismo se aclara que el término no debe ser usado en un sentido técnico estricto tal como el que tiene bajo las leyes de trust de la mayoría de los países del common law, aclarándose que debe ser entendido en este contexto particularmente relacionado a la expresión “pagadas ... a un residente”.

Si bien los nuevos comentarios al Modelo OCDE señalan a texto expreso que el significado técnico del concepto beneficiario efectivo no se encuentra relacionado al concepto dado por las leyes domésticas de algún estado en particular, no parecería procedente - por las razones establecidas en el capítulo 5 de este trabajo- descartar en forma preliminar como antecedente el significado que dicho concepto tuvo en los países del Common law.

Asimismo, se incorporan los párrafos 12.4, 12.5 y 12.6. En el párrafo 12.4 se señala que en los casos de agente, sociedad conducto, el receptor directo del dividendo no es el beneficiario efectivo porque su derecho al uso y goce de los mismos se encuentra constreñido por una obligación legal o contractual de traspasar el pago recibido a un tercero. Esta obligación normalmente se encuentra documentada, no obstante podría surgir de hechos o circunstancias que permitan constatar que en sustancia el receptor del dividendo claramente no tiene el derecho al uso y goce de los mismos. Se aclara por otra parte que cuando el receptor del dividendo tenga el derecho referido y no es encontrado constreñido por una obligación legal o contractual de traspasar ese pago a un tercero, el receptor es el beneficiario efectivo de los dividendos. Se agrega que debe tomarse en consideración que el artículo 10 refiere al beneficiario efectivo del dividendo, esto es, de la renta en oposición al propietario de las acciones, calidades que pueden recaer en diferentes personas.

Según resulta de la evolución de los comentarios al Modelo de convenio OCDE, en sus orígenes el alcance del concepto beneficiario se relacionaba con la interposición de una persona o entidad que si bien formalmente figuraba como titular de los rendimientos, en los hechos no detentaba tal calidad. Por tal motivo se entendía que los agentes mandatarios y sociedades conducto no podrían ser considerados beneficiario efectivo. Actualmente, los nuevos comentarios al Modelo de convenio OCDE señalan que no detentaría la calidad de beneficiario efectivo aquella persona que figurando como titular de los rendimientos no ostentara el derecho de uso y goce de los mismos por encontrarse limitado traspasar la renta a un tercero, ya sea por una obligación legal o contractual o cuando ello surja de los propios hechos y circunstancias. En definitiva el estudio no se centraría ya en la calidad del sujeto involucrado sino en el alcance de los derechos que se tengan sobre dicha renta. Asimismo, los nuevos comentarios al Modelo de convenio OCDE en el párrafo 12.5 establecen que el hecho de que el receptor del dividendo sea

considerado el beneficiario efectivo del mismo no significa, sin embargo, que la reducción impositiva deba ser automáticamente concedida. En efecto, se indica que la misma no debería ser concedida tampoco en caso de abuso de esta previsión. En este sentido se señala que, tal como surge de la sección “Uso inapropiado de los Convenios”, existen varias formas de direccionar a las sociedades conducto y, más generalmente, a las situaciones de treaty shopping. A tales efectos, los convenios incluyen, entre otras, cláusulas anti abuso, de sustancia sobre forma y de sustancia económica¹⁶.

En última instancia, el párrafo 12.6 señala que el significado de beneficiario efectivo en el contexto de este artículo, debe ser distinguido del que ha sido dado en el contexto de otros instrumentos que refieren a la determinación de personas físicas que ejercitan el control último sobre las sociedades o activos. Ello por cuanto, dicho significado no puede ser conciliado con la expresión del párrafo 2 del artículo 10 que refiere también a la situación en que una sociedad es beneficiaria efectiva de un dividendo. En el contexto del artículo 10 el término beneficiario efectivo es entendido a efectos de solucionar dificultades surgidas por el uso de las palabras “pagadas a” en relación a los dividendos, más que dificultades relacionadas con el propietario de las acciones de la sociedad que los paga.

5.2.2 Modelo de Convenio ONU

En lo que refiere al concepto beneficiario efectivo en el Modelo de Convenio ONU, los comentarios a los artículos 10, 11 y 12 se remiten a lo referido por los Comentarios al Modelo de Convenio OCDE, no existiendo diferencias sustanciales en este sentido¹⁷. Cabe precisar que si bien en la traducción al español del primero se utiliza la expresión “propietario beneficiario”, ello parecería responder a una traducción literal de la expresión en inglés: “beneficial owner”.

En definitiva y tal como resulta de lo antes expuesto, la expresión beneficiario efectivo parece ser un concepto clave a la hora de determinar la potestad tributaria de un estado frente al pago de ciertas rentas.

Sin embargo, si bien se incluye en prácticamente todos los convenios para evitar la doble imposición celebrados en la actualidad, paradójicamente no ha sido definido en los mismos, ni en los modelos ONU y OCDE, siendo su significado aún motivo de debate.

16 En definitiva, podría existir abuso de convenio aún cuando se reconozca la calidad de beneficiario efectivo del receptor de la renta. A modo de ejemplo podríamos considerar una sociedad extranjera que es accionista de otra y como tal recibe dividendos. En atención a los beneficios impositivos otorgados por el convenio para evitar la doble imposición existente entre el estado A y el estado de la sociedad pagadora de la renta (reducción fiscal en la fuente atendiendo a la calidad de beneficiario efectivo del receptor de la renta), dicha sociedad resuelve redomiciliarse en Uruguay para obtener la calidad de residente y así beneficiarse de dicho convenio. Obtenido los dividendos resuelve redomiciliarse en el estado B habida cuenta de la reciente entrada en vigencia de un convenio para evitar la doble imposición celebrado entre dicho estado y el estado de la sociedad pagadora de la renta con reducción fiscal más beneficiosa. En el caso si bien resulta indiscutible la calidad de beneficiario efectivo de la sociedad receptora de los dividendos consideramos que la misma no tendría derecho a beneficiarse de las reducciones impositivas previstas en los convenio por la existencia de abuso de los mismos

17 ONU: “Convención modelo de las Naciones Unidas sobre la doble tributación entre países desarrollados y países en desarrollo”, Revisión de 2011.

5.3 Interpretación

Conforme lo referido en el capítulo que antecede, no estando definido el concepto bajo análisis, deviene necesario interpretar su alcance acudiéndose para ello a las reglas y principios generales en materia de interpretación de los CDI. A tales efectos procederemos a reseñar tales reglas hermenéuticas sin pretender con ello abordar el tema con la profundidad que el mismo se merece por cuanto ello excede el objeto del presente trabajo. Primeramente diremos que se identifican en este sentido las siguientes normas:

- Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 23 de Mayo de 1969, ratificada por Ley N° 16.173, de 30 de marzo de 1991 (en adelante, Convención de Viena), y
- artículo 3.2 del Modelo de Convenio OCDE.

La Convención de Viena, estableció ciertas pautas generales a fin de uniformizar la interpretación de los tratados internacionales. Cabe precisar que dado que dicha convención no ha sido ratificada por la totalidad de los países, se plantea la cuestión de qué sucede cuando uno, ambos o todos los estados firmantes de un tratado no la hubieran ratificado. En tal caso, se ha entendido en forma mayoritaria, que las reglas de interpretación allí contenidas serían aplicables aún cuando ninguno de los estados firmantes la hubiera ratificado. Ello por cuanto, tal como señalan Brian ARNOLD y Michael MCINTYRE, citados por Guzmán RAMÍREZ¹⁸, la referida convención plasma ciertas reglas admitidas por la costumbre internacional con la finalidad de uniformizar la interpretación de los tratados internacionales.

Por su parte, el Modelo de Convenio OCDE contiene en lo dispuesto por el artículo 3.2 una regla específica de interpretación. Parte de la doctrina¹⁹ entiende que esta regla en tanto "*lex specialis*", debe primar sobre los métodos previstos en la Convención de Viena, en tanto norma general.

5.3.1 Convención de Viena

La Convención de Viena, en su Sección Tercera denominada "Interpretación de los Tratados", establece las pautas interpretativas que deberán utilizarse al momento de abordar la interpretación de un tratado²⁰.

18 RAMÍREZ, Guzmán Revista Tributaria N° 234, Mayo-Junio, Año 2013, p. 459.

19 Entre ellos: ENGELLEN, F. Interpretation of Tax Treaties under International Law, IBDF, Doctoral Series 7, Amsterdam 2004, p. 477; KANDEV M., Tax Treaty Interpretation: Determining Domestic Meaning Under Article 3 (2) of the OECD Model, Canadian Tax Journal, Vol.55 N° 1, 2007, p. 71

20 El artículo 31 bajo el acápite "*Regla general de interpretación*", establece: "1. Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin".

2. Para los efectos de la interpretación de un tratado, el contexto comprenderá, además del texto, incluidos su preámbulo y anexos:

a) todo acuerdo que se refiere al tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de la celebración del tratado;

b) todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado.

3. Juntamente con el contexto, habrá de tenerse en cuenta:

a) todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones;

b) toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado;

Del análisis de lo dispuesto por el artículo 31, se desprende que los tratados deberán ser interpretados de buena fe, de acuerdo al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin.

5.3.2. Regla general de interpretación

5.3.2.1 Principio de buena fe

El principio de buena fe ha sido entendido como una máxima que debe regir el actuar de todo hombre de derecho, se encuentre o no consagrado a texto expreso.

En efecto, el artículo 26 de la Convención de Viena establece que: *“Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe”*. En el mismo sentido, la referida convención establece que los tratados deben ser interpretados de acuerdo al referido principio.

Si bien no ha sido definido en forma expresa qué se entiende por buena fe, de la norma resultaría que ésta supone respetar las previsiones del tratado, teniendo en cuenta su objeto y fin.

Interpretar los tratados de buena fe supone preferir la interpretación que mejor se adecúe al cumplimiento de las obligaciones emergentes de los mismos así como cumplir con el contenido de aquellos de acuerdo con una exigencia de equilibrio de intereses entre los firmantes. Es decir que habría que interpretar la norma buscando que el tratado surta los efectos que buscaron las partes, sin llegar al caso de que una de las partes obtuviera un provecho indebido a instancias de la otra.

5.3.2.2 Sentido corriente de los términos

En cuanto al sentido corriente de los términos, este requisito, indica que los tratados deben ser interpretados como parte de un todo, de manera tal que no se llegue a resultados absurdos o que se torne inaplicable la norma interpretada. En este sentido, expresa

c) *toda norma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes.*

4. *Se dará a un término un sentido especial si consta que tal fue la intención de las partes”.*

Por su parte, el artículo 32 titulado *“Medios de interpretación complementarios”*, dispone: *“Se podrán acudir a medios de interpretación complementarios, en particular a los trabajos preparatorios del tratado y a las circunstancias de su celebración, para confirmar el sentido resultante de la aplicación del artículo 31, o para determinar el sentido cuando la interpretación dada de conformidad con el artículo 31:*

a) *deje ambiguo u oscuro el sentido; o*

b) *conduzca a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable”.*

Finalmente, el artículo 33 denominado *“Interpretación de tratados autenticados en dos o más idiomas”*, señala: *“1. Cuando un tratado haya sido autenticado en dos o más idiomas, el texto hará igualmente fe en cada idioma, a menos que el tratado disponga o las partes convengan que en caso de discrepancia prevalecerá uno de los textos.*

2. *Una versión del tratado en idioma distinto de aquel en que haya sido autenticado el texto será considerada como texto auténtico únicamente si el tratado así lo dispone o las partes así lo convienen.*

3. *Se presumirá que los términos del tratado tienen en cada texto auténtico igual sentido.*

4. *Salvo en el caso en que prevalezca un texto determinado conforme a lo previsto en el párrafo 1, cuando la comparación de los textos auténticos revele una diferencia de sentido que no pueda resolverse con la aplicación de los artículos 31 y 39, se adoptará el sentido que mejor concilie esos textos, habida cuenta del objeto y fin del tratado”.*

DU TOIT que “...no es necesariamente el significado de uso diario. El significado ordinario es el significado al que se arriba después de tomar en cuenta el contexto, objeto y propósito. Por ejemplo, respecto de aquellos términos que han adquirido un significado internacional, tal significado debe ser reconocido como el significado ordinario”.²¹

5.3.2.3 Contexto

En lo que tiene relación con el contexto, la interpretación de un tratado de acuerdo al mismo se encuentra previsto tanto en la Convención de Viena como en el Modelo de Convenio OCDE, habiendo sido tal término definido únicamente por la primera.

Cabe puntualizar que se hace una breve mención del mismo, por cuanto oportunamente será abordado con mayor profundidad.

5.3.2.4 Objeto y fin

En otro orden, en cuanto al objeto y fin la Convención de Viena establece que los tratados deberán interpretarse “*teniendo en cuenta su objeto y fin*”.

A modo de ejemplo, en el caso de los convenios para evitar la doble imposición el objeto y fin principal sería evitar la doble imposición o la doble no imposición, debiendo por tanto la interpretación orientarse primordialmente en este sentido. Ello sin perjuicio de otro tipo de previsiones que de ser expresamente pactadas también deberán ser tenidas en cuenta a la hora de interpretar la disposición de que se trate.

5.3.3 Medios complementarios de interpretación

En lo que tiene relación con lo dispuesto por el artículo 32, el mismo prevé la posibilidad de acudir a medios complementarios de interpretación. Entre ellos, incluye “a los trabajos preparatorios del tratado y a las circunstancias de su celebración” en dos hipótesis, o bien “*para confirmar el sentido resultante de la aplicación del artículo 31*”, o en su defecto “*para determinar el sentido*” cuando de la interpretación del artículo 31 resulte una interpretación ambigua, un sentido oscuro, o que el resultado al que se hubiera llegado fuera manifiestamente absurdo o irrazonable. En definitiva, y según surge de lo expuesto, la Convención de Viena propugnaría una interpretación textual del tratado a interpretar.

5.4 Artículo 3.2 del Modelo de Convenio OCDE

Por su parte, el art. 3.2 del Modelo de Convenio OCDE²² establece una regla específica de interpretación²³. La interpretación de esta norma resulta muy controvertida por la remisión que efectúa a la legislación doméstica de los estados. Si bien en forma casi

21 DU TOIT, Charles: ob. cit. p. 194.

22 Se transcribe la cláusula de interpretación establecida en el MCOCDE, versión 2010, en español, por ser similar a las establecidas en los CDI celebrados por Uruguay.

23 “*Para la aplicación del Convenio por un Estado contratante en un momento determinado, cualquier término o expresión no definida en el mismo tendrá, a menos que de su contexto se infiera una interpretación diferente, el significado que en ese momento le atribuya la legislación de ese Estado relativa a los impuestos que son objeto del Convenio, prevaleciendo el significado atribuido por esa legislación fiscal sobre el que resultaría de otras leyes de ese Estado*”.

unánime se entiende que dicho reenvío opera en forma supletoria esto es, “cuando del contexto no pueda inferirse una interpretación diferente”, cierto sector doctrinario ha sostenido que eso dependerá de cómo sea interpretada la referida expresión²⁴.

En efecto, véase que es posible interpretar la norma en dos sentidos: que el término o expresión no definido tendrá “(...) el significado que en ese momento le atribuya la legislación de ese Estado relativa a los impuestos que son objeto del Convenio”, siempre y cuando no sea contraria al contexto, pudiéndose en caso contrario aplicar una interpretación distinta; o, que el término o expresión no definido por el tratado tendrá el significado que se infiera del contexto, acudiéndose a la legislación interna toda vez que del mismo no pueda inferirse²⁵.

La doctrina mayoritaria recomienda evitar la remisión a la legislación interna de los estados, en el entendido de que el significado internacional y autónomo del concepto en estudio debe inferirse del contexto²⁶.

Nos afiliamos a la postura casi unánime que sostiene que el artículo 3.2. del Modelo de Convenio OCDE efectúa un reenvío de carácter supletorio, debiéndose acudir a efectos de determinar el alcance de la norma en primer lugar al contexto y supletoriamente a la legislación interna. A dicha conclusión arribamos no sólo por considerar que la misma se desprende de la redacción del texto, sino también por cuanto entendemos que en todos los casos debería tratar de buscarse un significado internacional del término a interpretar a los efectos de lograr una interpretación armónica de los términos establecidos en los convenios para evitar la doble imposición.

Ahora bien, de corresponder efectuar la remisión al derecho interno, cabe determinar a qué derecho deberá hacerse la misma, si al derecho interno vigente al momento de celebrar el tratado o al derecho interno vigente al momento de efectuar la interpretación del concepto en cuestión, y más aún, si la remisión es a todo el derecho interno, en forma genérica, o sólo a una parte del mismo.

En primer lugar, de entenderse que el artículo 3. 2 del Modelo de Convenio OCDE efectúa un envío dinámico, y que la remisión prevista es al derecho interno vigente al momento de interpretar el término o expresión de que se trate (interpretación dinámica), se evitaría la posible aplicación de textos derogados o que hayan caído en desuso.

No obstante, parte de la doctrina se ha manifestado contraria a la procedencia de la

24 Sentencia 3378/2006 de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso, con sede en Madrid, en: <http://poderjudicial.es/search/index-AN.jsp?org=an&comunidad=13>; VEGA BORREGO, Félix Alberto, Revista Electrónica, Año 2, Número 10, 2008.

25 Ver cita anterior

26 En este sentido, du TOIT afirma: “El rol y la prioridad a ser dada al artículo 3.2 en la interpretación de los tratados es un punto que no está claro (...) Hay un fuerte apoyo para sostener que los términos que caen en la categoría de lenguaje fiscal internacional, deben ser interpretados de acuerdo al contexto del tratado y no haciendo referencia a la ley doméstica” en: DU TOIT: ob. cit. 172 y 173.

Por su parte, Carlos LOAIZA señala que: “La regla, referida exclusivamente al fenómeno de la interpretación, y nunca al de la calificación, implica un reenvío al derecho interno cuando una determinada expresión no se encuentra definida en el tratado, siempre que “el contexto” no imponga una interpretación diferente”, en LOAIZA, Carlos: “La interpretación y calificación en los convenios para evitar la doble imposición” en Revista Tributaria Tomo XXXVII, Número 216, mayo-junio 2010, p. 424.

interpretación dinámica rechazando la posibilidad de la interpretación de un CDI de acuerdo con normas de la legislación doméstica de uno de los países que no existía al momento de concluir el tratado, en tanto podría configurar un caso de *treaty overriding*²⁷.

En relación a este punto, señala LOAIZA, en posición que compartimos, que no debe confundirse el fenómeno de modificación unilateral de un tratado (hipótesis de *treaty overriding*), con la alteración del significado de ciertas expresiones, operada por simple aplicación de una cláusula del CDI que reenvía al derecho interno sin condicionar dicho reenvío temporalmente²⁸.

En segundo lugar, la otra cuestión a considerar es a qué norma del derecho interno deberá efectuarse el reenvío. Conforme lo previsto por los comentarios al artículo 3.2. del Modelo de Convenio OCDE -comentarios 13.1- el significado de los términos o expresiones no definidas en el convenio podrá determinarse en función de las normas del derecho interno de un estado contratante, se trate de legislación tributaria o no. No obstante, cuando el término o expresión se defina de forma diferente por las distintas ramas jurídicas de dicho ordenamiento el sentido que le atribuya la legislación relativa a los impuestos objeto del convenio prevalecerá sobre cualquier otra, incluyendo las que provengan de otras leyes fiscales.

Sin perjuicio, parte de la doctrina ha entendido que por evidentes razones de especialidad, la remisión debería prevalecer el reenvío a las normas fiscales, y sólo cuando de las mismas no resulte el significado, podrá acudir al resto de las normas.²⁹

5.5 ¿Es posible armonizar ambas reglas de interpretación?

Por una parte, encontramos quienes entienden que la norma contenida en el artículo 3.2 del Modelo de Convenio OCDE es una norma específica, y que por tanto debe prevalecer sobre la norma genérica de interpretación de los tratados contenida en la Convención de Viena³⁰.

Por otra parte, encontramos quienes sostienen la posibilidad de una aplicación conjunta y armónica de ambos instrumentos, debiéndose en primer lugar interpretar los términos contenidos en los tratados que no han sido definidos conforme a su contexto, teniendo en cuenta el objeto y fin³¹, recurriendo al reenvío al derecho interno dispuesto por el artículo 3.2 exclusivamente como método subsidiario y excepcional de última ratio. Nos afiliamos a esta última postura por compartir el entendido de que ambas reglas

27 Cabe señalar que no se profundizará en el alcance del término *overriding* en virtud de que el mismo excede el alcance del presente trabajo

28 LOAIZA, ob. Cit. Pág. 425

29 En este sentido, Carlos LOAIZA, entiende que “el reenvío de la norma refiere solamente a la legislación relativa a los impuestos objeto del CDI bajo análisis, es decir, a una parte de la legislación fiscal de los Estados involucrados, no siendo en ningún caso una general *renvoi clause*”. Sostiene asimismo, que la remisión debe entenderse efectuada al derecho vigente a la fecha en que el convenio para evitar la doble imposición se aplica, y comprende además, los propios convenios para evitar la doble imposición celebrados por los estados, en LOAIZA, ob. Cit. 424 y 425. Ver asimismo, VOGEL, K: “On double taxation conventions”, página 213.

30 ENGELEN, F., ob. Cit. , p. 477.

31 VOGEL, On Double Taxation Conventions, Kluwer International, Third Edition, 1997, p. 561; ELLIFE, C, The Interpretation and Meaning of “Beneficial Owner” in New Zeland, 2009, British Tax Review, 276-305, p. 17.

de interpretación son armonizables.

5.5.1 Alcance del término “contexto” a la luz de ambas reglas de interpretación

Aplicando en forma conjunta ambos instrumentos, podemos extraer ciertas reglas de interpretación.

En primer lugar, de tratarse de un concepto definido en el propio tratado, debería aplicarse la definición establecida sin más. Esta primer regla resulta consagrada en ambos textos como punto de partida, por lo cual al respecto no existen discrepancias.

De tratarse de un concepto no definido en el propio tratado y según lo previsto por ambas reglas de interpretación, el concepto a interpretar deberá inferirse de su “contexto”.

De esta forma, corresponde analizar qué se entiende por contexto, tanto en la Convención de Viena como en lo dispuesto por el artículo 3.2. del Modelo de Convenio OCDE, así como si el alcance del mismo ha sido definido en forma similar en ambos textos.

Según lo dispuesto por el artículo 31.2 de la Convención de Viena³², el contexto comprendería el tratado en su totalidad, incluyendo su preámbulo y anexos, pero también todos los acuerdos que hayan sido concertados por las partes, así como todo instrumento relativo al mismo.

Por su parte, el Modelo de Convenio OCDE no delimita el alcance del contexto habiéndosele asignado por parte de la doctrina en general un alcance más amplio al delimitado por aquella³³.

De lo analizado puede inferirse que si bien la Convención de Viena define que se entiende por contexto y el Modelo de Convenio OCDE no lo hace, este último resulta ser más amplio, comprendiendo la definición “contexto” prevista por la Convención de Viena.

5.5.2 Contexto y comentarios al Modelo de Convenio OCDE

En este punto, y habida cuenta que el concepto beneficiario efectivo ha sido considerado por los comentarios al Modelo de Convenio OCDE, entendemos conveniente considerar si los mismos pueden entenderse comprendidos dentro del alcance del contexto previsto por el artículo 3.2. del Modelo de Convenio OCDE.

Los comentarios al Modelo de Convenio OCDE representan la interpretación oficial de dicha institución respecto de las normas contenidas en el mismo. Si bien en general no forman parte de los anexos a los convenios para evitar la doble imposición, tienen

32 Según esta norma, el contexto comprende “el texto, incluidos su preámbulo y anexos”, y además: “a) todo acuerdo que se refiere al tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de la celebración del tratado; b) todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por los demás como instrumento referente al tratado”, lo que la doctrina ha denominado “contexto interno”.

33 En este sentido, se ha afirmado por Carlos LOAIZA, que: “En tal caso, el sentido del contexto es aún más amplio que el recogido en la Convención de Viena (“contexto interno”), incluyendo toda manifestación de la intención de las partes contratantes al suscribir el tratado, esto es, siguiendo los propios Comentarios, una “referencia implícita al principio de la reciprocidad en que las Convenciones se basan” LOAIZA, Carlos: ob. cit., p. 424.

particular importancia en tanto pretenden echar luz a la hora de interpretar sus disposiciones.

Sin perjuicio que la referida organización reconoce a los comentarios el valor de directrices o recomendaciones (carentes de efecto vinculante en tanto tales), al mismo tiempo los autoprocama como una interpretación válida del Modelo de Convenio OCDE, anhelando que los mismos sean utilizados al momento de interpretar las disposiciones de los convenios para evitar la doble imposición celebrados.

En cuanto al valor que cabría asignarle a los comentarios, la doctrina se ha manifestado en forma disímil. En algunos casos se los ha considerado como “trabajos preparatorios” factibles de ser utilizados como medios complementarios de interpretación (artículo 32 de la Convención de Viena)³⁴ mientras que otros autores entienden que podría considerárseles como acuerdo o práctica ulterior³⁵.

En relación al punto tratado, a nuestro juicio los comentarios al Modelo de Convenio OCDE no tendrían efecto vinculante por tratarse de meras recomendaciones más aún en el caso de países no miembros de la OCDE que no intervinieron en su redacción como nuestro país. Sin perjuicio de ello, sí entendemos que los mismos deberían suponer al menos un indicio de la intención de los estados contratantes en aquellos casos en que los convenios reproduzcan textualmente sus formulaciones.

5.6 Alcance del concepto

Atento al análisis efectuado en el capítulo anterior y de acuerdo a lo dispuesto por la normativa aplicable, entendemos necesario determinar si para establecer el alcance del concepto beneficiario efectivo debemos atender a un significado internacional o en su defecto, remitirnos al derecho interno.

5.6.1 Existencia de un posible significado internacional del concepto beneficiario efectivo a la luz del “contexto” en virtud de lo dispuesto por el artículo 3.2. del Modelo de Convenio OCDE

Conforme lo señalado en el capítulo 6, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 3.2. del Modelo de Convenio OCDE, previo a remitirnos al derecho interno habrá de descartarse que del contexto surja una interpretación del mismo.

En tal sentido, entendemos que sería conveniente que la delimitación de su alcance pudiera inferirse del contexto, entendido éste en forma amplia, a la luz del objeto y propósito de los mismos. En relación a ello, expresa VOGEL, que el mayor problema de remitirnos a la legislación interna de cada Estado, es que el concepto beneficiario efectivo no ha sido definido por casi ningún ordenamiento jurídico, por lo que “*el término debe, por lo tanto, ser interpretado en referencia al contexto del tratado, y particularmente de acuerdo con el propósito perseguido por la norma*”³⁶.

34 RAMÍREZ, Guzmán: ob. Cit. P. 470 y 471.

35 BLANCO, Andrés, Revista Tributaria T. XL, N° 235, Julio-Agosto 2013, p. 661-663.

36 VOGEL, ob. Cit., p. 562.

Así lo ha sostenido prestigiosa doctrina, señalando que lo deseable sería contar con un significado fiscal internacional del término, en pos de una interpretación armónica de los convenios para evitar la doble imposición, de manera tal de lograr que un determinado significado sea interpretado de la misma manera en todos los países.

En este sentido, señalan FRASCHINI y BALIÑO: “...la efectiva aplicación de un CDI supone una interpretación armónica por parte de los Estados de los términos recogidos en el mismo. De lo contrario, podrían verificarse supuestos de doble imposición o doble no imposición por conflictos de calificación, que es precisamente lo que los CDI pretenderían evitar. En teoría, un término debería ser interpretado igual tanto en Francia como en India...”³⁷³⁸

Atento a lo precedentemente señalado y teniéndose en cuenta la imprecisión del alcance del “contexto” establecido por el artículo 3.2. del Modelo de Convenio OCDE, a los efectos de determinar la existencia de un significado internacional del mismo, consideramos pertinente tener en cuenta lo analizado en el capítulo 5 en relación al origen y evolución del término, así como lo señalado por la doctrina, entendiéndose conveniente comenzar analizando el propósito de su establecimiento.

5.6.1.1 Propósito del establecimiento del concepto beneficiario efectivo

Según señala prestigiosa doctrina, el concepto beneficiario efectivo habría sido introducido para contrarrestar el uso indebido de los tratados por parte de personas que no tendrían por sí mismas derecho a beneficiarse de los mismos, lo que lo ubicaría dentro de lo que comúnmente se denomina en materia de fiscalidad internacional como “*treaty shopping*”.³⁹⁴⁰ Así, entre otros, VOGEL señala: “Esta restricción fue introducida en el MCOCCDE de 1977. Su propósito fue ayudar a prevenir la evasión fiscal. En definitiva, que personas que no tienen derecho a la protección de un tratado particular fueran impedidas de obtener sus beneficios con la ayuda de interpuestas personas.”⁴¹

En el mismo sentido, VEGA BORREGO afirma: “La cláusula del beneficiario efectivo se introdujo en el MCOCCDE con la finalidad de impedir la aplicación de los convenios para evitar la doble imposición a las conductas de *treaty shopping*. El objetivo de estas conductas es reducir

37 FRASCHINI, Ignacio y otra, ob cit., p.

38 Entre las razones expuestas por los autores se afirma que los ordenamientos nacionales no prevén una definición precisa de la expresión, que el concepto no es utilizado en los convenios de acuerdo a su estricto sentido técnico sino de acuerdo a los fines y propósitos del mismo y que debe propenderse a una interpretación armónica de los conceptos a efectos de evitar fricciones entre los Estados que lleven a obstaculizar la efectiva aplicación de los convenios.

39 Esta expresión ha sido definida por PISTONE como: “fenómeno en el cual un sujeto, para obtener un ahorro de impuesto, requiere los beneficios de un régimen convencional al cual no tendría derecho en razón de su situación sustancial”, PISTONE, P.: “El abuso de los Convenios Internacionales en Materia Fiscal” en Curso de Derecho Tributario Internacional, Víctor Uckmar, Editorial Temis, 2003, vol. II, p.115. por su parte, VOGEL ha señalado que el mismo implica la realización de transacciones o el establecimiento de entidades en otros estados con el único objetivo de disfrutar los beneficios de las reglas de un tratado existente entre el estado involucrado y un tercer estado que de otromodo no habrían podido ser aplicadas en VOGEL, K: “On Double Taxation Convention”, p. 50.

40 Cabe señalar que sin perjuicio del propósito del establecimiento del concepto de beneficiario efectivo que analizaremos en este punto, los conceptos de abuso de tratados o *treatyshopping* y beneficiario efectivo no están necesariamente interrelacionados, pudiendo verificarse casos de *treatyshopping* sin que ello implique la inexistencia de la calidad de beneficiario efectivo. Véase en este sentido nota al pie N° 16

41 VOGEL: “On Double Taxation Convention”, p. 561.

*o eliminar la tributación en el Estado de la Fuente a través de un convenio que, en principio, no es aplicable*⁴².

Por su parte, BAKER al analizar los Comentarios al Modelo de Convenio de OCDE señala: *“El requisito de que el receptor de los dividendos sea el beneficiario efectivo (la versión francesa del Modelo utiliza la expresión “bénéficiaire effectif”, ambos idiomas oficiales de la OCDE) fue agregado cuando se revisó el texto del Modelo en 1977, y el mismo fue incorporado para prevenir el abuso bajo la forma de treaty shopping. Desafortunadamente, el significado de la frase aún permanece menos que claro”*.

De hecho, cuando la OCDE incluye en el alcance de la expresión “beneficiario efectivo” a la sociedad instrumental, en su reporte de 1986 la define como *“aquella que ha sido creada con el propósito de beneficiarse del tratado...”*. En igual sentido, los Comentarios al Modelo de Convenio OCDE de 2003 (actualmente vigentes en la versión 2010) señalan que el concepto *“debe interpretarse en su contexto y a la luz de los objetivos y propósitos del Convenio, incluyendo la voluntad de evitar la doble imposición y prevenir la evasión y elusión fiscal”*.

Entendemos que dicho propósito resulta al menos discutible, conforme fuera analizado anteriormente, la ausencia de beneficiario efectivo no implica necesariamente que haya habido abuso de convenio. Podría darse por ejemplo el caso de una persona física que para ocultar rendimientos ante sus eventuales herederos utilice la figura del fideicomiso con la finalidad de que sea éste quien formalmente reciba los rendimientos traspasándose los luego a sí mismo (beneficiario efectivo).

Se trata de un caso de ausencia de beneficiario efectivo en el que no hubo abuso de convenio en tanto la maniobra fue realizada con el fin de eludir las normas del derecho sucesorio y no con el propósito de abusar del convenio aplicable.

En este sentido, la doctrina ha cuestionado la necesidad de verificar cuál fue la efectiva intención de las partes con el fin de determinar si se está en presencia del beneficiario efectivo de la renta en cuestión. A modo de ejemplo, du TOIT afirma: *“Es importante hacer notar que a pesar de que la incorporación de la cláusula “beneficiario efectivo” tiene un propósito anti-abuso, no siempre logra contrarrestar la evasión. El motivo de ello es el hecho de que una indagación en las razones por las que fue hecha una transacción, no forma parte del test del “beneficiario efectivo”. Aún en el caso de que una persona haya sido interpuesta únicamente para hacer uso de los beneficios del tratado, tales beneficios no le pueden ser negados en razón del requerimiento de “beneficiario efectivo”, si la persona interpuesta mantiene la mayoría de los atributos de propiedad. Por lo que aunque la cláusula “beneficiario efectivo” previene el abuso de tratados en la mayoría de los casos, no es garantía de que siempre lo haga. Por otra parte, el test de “beneficiario efectivo” puede también impedir los beneficios del tratado en casos donde no se constante abuso del mismo”*.⁴³

Adicionalmente consideramos que si hubiera sido relevante analizar la intención de las partes, así debería haber sido establecido expresamente en los convenios⁴⁴.

42 VEGA BORREGO, Félix: “El concepto de beneficiario efectivo en los convenios para evitar la doble imposición”, Documento N° 8/05, Instituto de Estudios Fiscales, p. 5.

43 DU TOIT, Charl: ob. cit., p. 209.

44 En el caso de Uruguay podemos observar que sólo en alguno de los convenios para evitar la doble imposición se ha

De esta manera, podríamos afirmar que a los efectos de verificar la calidad de beneficiario efectivo de un sujeto determinado, en principio debería prescindirse de la intención que tuvieron las partes al momento de realizar la transacción involucrada.

Asimismo, entendemos pertinente analizar a continuación fallos jurisprudenciales emitidos en relación al concepto objeto de estudio así como algunas soluciones prácticas adoptadas por diferentes administraciones tributarias, sin que ello suponga un pronunciamiento en relación a si éstos pueden considerarse abarcados dentro del “contexto” referido en lo dispuesto por el artículo 3.2 del Modelo de Convenio OCDE. Consideramos que dicho análisis, en conjunto con lo que viene de señalarse, permitiría arribar a una delimitación más acabada de un posible significado internacional del concepto.

5.6.1.2 Casos jurisprudenciales

En el presente capítulo abordaremos el análisis de algunos de los casos jurisprudenciales más relevantes en materia de beneficiario efectivo de modo de conocer el alcance que la jurisprudencia internacional ha atribuido al término bajo análisis.

5.6.1.2.1 “Indofood International Finance Ltd. Vs. JP Morgan Chase Bank N.A. London Branch” (Reino Unido).⁴⁵

El presente fallo ha sido considerado como un leading case en la materia por ser la primera vez que una Corte del Reino Unido se pronunció sobre el alcance del concepto “beneficiario efectivo” establecido en un convenio para evitar la doble imposición.

Cabe señalar que el mismo se dirimió ante un tribunal civil, no siendo un caso estrictamente tributario, y si bien ninguno de los jueces y abogados participantes eran especialistas en materia de tributación internacional, las conclusiones a las que se arribó fueron en general compartidas por destacados especialistas en la materia.

5.6.1.2.1.1 Antecedentes

PT Indofood Sukses Makmur TBK (en adelante, Indofood) era una sociedad constituida en la República de Indonesia, dedicada a la producción y distribución de alimentos. En junio del año 2002, dicha sociedad proyectó obtener financiamiento mediante la emisión de obligaciones negociables en el mercado internacional.

A los efectos de instrumentar la operación, Indofood tuvo en consideración que:

- de realizar la misma directamente, los intereses pagados a no residentes hubieran quedado sujetos a una retención de impuestos del 20%;
- de emitir dichas obligaciones a través de una subsidiaria constituida en la República de Mauricio -prestando luego a Indofood el capital así obtenido-, dicha

hecho expresa referencia a la intención de las partes. Así por ejemplo, el convenio para evitar la doble imposición celebrado entre Uruguay y Ecuador en su artículo 11.7 relativo a intereses establece que “Las disposiciones de este Artículo no se aplicarán si el propósito o uno de los principales propósitos de cualquier persona vinculada con la creación o atribución del crédito en relación al cual los intereses se pagan, fuera el sacar ventajas de este Artículo mediante tal creación o atribución”.

45 www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2006/158.html

retención se reducía al 10% en virtud de lo dispuesto por un convenio para evitar la doble imposición vigente entre República de Mauricio e Indonesia. Cabe señalar que adicionalmente, los intereses pagados desde la República de Mauricio a los tenedores de bonos no quedaban sujetos a retención de impuestos.

En junio de 2002, la subsidiaria, Indofood International Finance Ltd. (en adelante, el Emisor), quien lleva adelante la demanda en cuestión, emitió obligaciones (“*loan notes*”) por USD 280 millones, a una tasa de interés del 10.375%.

El capital obtenido como consecuencia de dicha emisión fue prestado a Indofood, el mismo día y sustancialmente en los mismos términos.

En la misma oportunidad, se celebró un fideicomiso, bajo el cual JP Morgan Chase Bank N.A. fue designado como “*trustee*” fideicomisario o administrador de las obligaciones, así como agente de pago (en adelante, JP Morgan).

El rescate de los bonos estaba previsto para junio de 2007, excepto que se produjera un cambio en la legislación de Indonesia que aumentara la tasa de retención sobre los intereses pagados por encima del 10%⁴⁶. De verificarse tal extremo y de acuerdo a lo estipulado por las partes, el emisor podía re-comprar los títulos antes del vencimiento, “siempre y cuando no pudiera adoptarse una medida razonable para evitar dicho perjuicio”.

En junio de 2004 Indonesia denunció el tratado con la República de Mauricio alegándose el uso indebido del mismo por parte de sociedades instrumentales constituidas con el propósito de beneficiarse de un tratado que en principio no le hubiere sido aplicable. Como consecuencia de ello, la retención de impuesto sobre los intereses pagados por Indofood pasaba del 10% al 20%.

Mientras tanto, la tasa de interés del mercado había cambiado, y la recompra de los títulos no resultaba económicamente indiferente para el emisor.

Es así como en agosto de 2004 el emisor informa a JP Morgan su intención de recomprar los títulos en cuestión. No obstante, JP Morgan entendió que era posible adoptar ciertas medidas razonables que permitirían conservar la tasa de retención inicial del 10% (o incluso reducirla). A tales efectos, sugiere la interposición de una sociedad constituida en Holanda (en adelante, NewCo.) entre el emisor y el garante, en la cual el emisor atribuyera a dicha sociedad los beneficios del préstamo otorgado al garante (préstamo “*back to back*”). En este caso, los intereses pagados por Indofood quedarían sujetos a la retención del 10% (o, incluso al 0%) en el marco de lo dispuesto por el convenio para evitar la doble imposición celebrado entre Indonesia y Holanda.

46 El costo de retención de impuestos quedaba a cargo de Indofood. La tasa de interés pactada en los bonos era libre de impuestos. Cualquier cambio en las tasas de impuestos afectaban, por tanto, a Indofood.

En 2005 el caso es llevado a la justicia del Reino Unido, jurisdicción competente según fuera estipulado contractualmente, con el fin de determinarse si la estructura propuesta por JP Morgan constituía una medida razonable de instrumentar. Ello por cuanto de así considerarse por el tribunal actuante, los tenedores de bonos conservarían los mismos hasta su vencimiento original (2007).

En dicho caso, la cuestión a resolver fue concretamente si NewCo. calificaba como beneficiario efectivo de los intereses en cuestión y si ésta podía ser considerada como residente en Holanda⁴⁷, en el marco del convenio para evitar la doble imposición celebrado entre Indonesia y Holanda.

En efecto, el tribunal debía fallar en base a la posible interpretación que podría llegar a hacerse en Indonesia, tanto por la Administración tributaria de dicho país como por la Corte.

Cabe señalar que de sostenerse que NewCo. no calificaba como beneficiario efectivo, la pretendida solución no sería pasible de ser considerada como una medida razonable para evitar dicho perjuicio.

5.6.1.2.1.2 Hechos

La emisión de deuda se realizó por la suma de USD 280 millones, a una tasa del 10.375%, con vencimiento al año 2007.

Indofood y otras cuatro subsidiarias garantizaban la operación principal y se comprometían a adoptar una serie de medidas que evitaran una reducción de los activos de las sociedades.

El capital obtenido a raíz de dicha emisión fue prestado por el emisor a Indofood en iguales términos y condiciones (entre otras, monto del préstamo, fechas de pago, vencimiento 2007 y a una tasa de interés del 10.375%, libre de retenciones impositivas⁴⁸).

Cabe señalar que Indofood debía pagar las sumas adeudadas bajo el contrato de préstamo al emisor, dos días antes de la fecha de vencimiento de cada pago.

A su vez, el emisor debía pagar las sumas adeudadas a JP Morgan un día antes del día en que JP Morgan debía pagar las sumas adeudadas a los tenedores de bonos, sin percibir por ello un spread ni suma alguna por otro concepto. En los hechos, se constató que Indofood pagaba las sumas adeudadas directamente a JP Morgan.

En la práctica, los intereses cobrados por el emisor a Indofood se destinaban íntegramente a los intereses a pagar los tenedores de bonos.

5.6.1.2.1.3 Consideraciones del fallo

47 En relación al requisito de "lugar de administración efectiva" exigido a las entidades para determinar su residencia fiscal, en el marco del CONVENIOS Holanda-Indonesia.

48 Las retenciones impositivas eran a cargo de Indofood, debiéndose en ese caso realizar el "grossing up" de las rentas pagadas al exterior y recién entonces calcular las retenciones fiscales correspondientes.

Del caso bajo análisis creemos pertinente destacar en primer lugar que el mismo se planteó sobre una situación hipotética, siendo resuelto por un tribunal civil.

En cuanto al fondo del asunto, la corte falló unánimemente sosteniendo que las sociedades interpuestas no calificaban como beneficiarios efectivos (ni el emisor ni NewCo.), traspasando íntegramente las sumas de dinero recibidas sin percibir por ello un spread suma alguna por otro concepto, por lo que la estructura propuesta no habría sido “una medida posible de instrumentar”⁴⁹.

Para ello, entendió que era necesario contar con un significado internacional del término. Asimismo, señaló que el mismo podía ser obtenido de lo establecido por los comentarios al Modelo de Convenio OCDE así como del Reporte de 1986 sobre las sociedades instrumentales⁵⁰. Sin perjuicio, falló considerando la opinión del Director General de Rentas de Indonesia según el cual la calidad de beneficiario efectivo implicaría el privilegio total de beneficiarse directamente del ingreso.

A los efectos de determinar el alcance del término bajo análisis, sostuvo que correspondía realizar el análisis considerándose la “sustancia” de la operación en cuestión. En tal sentido, sentenció que de constatarse que una persona está obligada íntegramente a pagar las sumas de dinero recibidas, no podría considerarse beneficiario efectivo de las mismas.

Habiéndose constatado que las sociedades interpuestas no asumieron función alguna más que recibir y pagar idénticas sumas de dinero, entendió que las mismas no gozaban de “todos los privilegios” de la renta, no teniendo por tanto la calidad de beneficiario efectivo

Cabe señalar que al comentar el presente fallo, prestigioso doctrino internacional⁵¹ destacó favorablemente el reconocimiento de la necesidad de contar con “un significado internacional” del término beneficiario efectivo, más que un significado dependiente de la legislación doméstica de cada país, señalando de manera positiva el hecho de que la Corte haya recurrido a los comentarios del Modelo de Convenio OCDE para definirlo. Puntualizó además que de tener el beneficiario efectivo algún tipo de significado quedarían fuera las entidades interpuestas cuya única función fuera recibir y pagar idénticas sumas de dinero.

5.6.1.2.1.4 Conclusiones

Consideramos que lo destacado del fallo es que la Corte entendió que a los efectos de determinar el alcance del término “beneficiario efectivo” no debería recurrirse a la legislación doméstica de cada país sino que el referido concepto debería tener un significado fiscal internacional, que entendió extraíble de los comentarios al Modelo de Convenio OCDE y al reporte sobre sociedades instrumentales de 1986.

49 También sostienen que la NewCo. no calificaría como residente de Holanda.

50 Párrafos 35 a 36 de la Sentencia.

51 Philip Baker: “Beneficial Ownership: after Indofood”, página 26.

En definitiva, y en tanto en el presente fallo se consideró que la expresión en cuestión tendría un significado fiscal internacional, entendemos que las conclusiones arribadas constituyen un antecedente relevante a ser tenido en cuenta a la hora de delimitar el alcance del término.

5.6.1.2.2 “Prévost Car Inc. and Her Majesty the Queen” (Canadá)⁵²

La importancia de este caso radica en que fue la primera vez que un tribunal canadiense interpretó el concepto “beneficiario efectivo” en el marco de los convenios para evitar la doble imposición, en un país que convive con los dos sistemas legales (“*civil law*” y “*common law*”).

5.6.1.2.2.1 Antecedentes

Prévost Car Inc. (en adelante “Prévost”), era una sociedad canadiense dedicada a la fabricación de autobuses y productos relacionados.

En mayo de 1995 los accionistas de la referida sociedad acordaron vender sus participaciones en la misma a otras empresas de la industria automotriz: “Volvo Bussar Corporation” (en adelante, Volvo), residente en Suecia, dedicada a la fabricación de chasis y “Henlys Group plc” (en adelante, Henlys), residente en el Reino Unido, dedicada a la fabricación de carrocería.

Henlys y Volvo por su parte, celebraron un acuerdo de accionistas bajo el cual se incorporaría una sociedad residente en Holanda, denominada “Prévost Holding B.V.” (en adelante, sociedad holding) -a la que se le transferirían las acciones adquiridas-, que sería propiedad de Volvo en un 51% y de Henlys en un 49%. Asimismo, se estableció que no menos del 80% de las ganancias de la sociedad holding deberían ser distribuidas por la referida sociedad ya sea como dividendos, reintegros de capital o préstamos.

Cabe señalar que en virtud del convenio para evitar la doble imposición existente entre Canadá y los Países Bajos, el pago de los dividendos efectuado por Prévost a la sociedad holding estaba sujeta a una tasa reducida del 5%.

Durante los años 1996 a 2001 Prévost declaró y pagó dividendos a la sociedad holding, su único accionista, a la tasa reducida antes señalada.

Dicha tasa fue oportunamente cuestionada por el fisco canadiense, quien entendió que la misma no aplicaba por cuanto el beneficiario efectivo de los dividendos pagados no era la sociedad holding receptora inmediata de los mismos, sino sus accionistas Henlys y Volvo.

5.6.1.2.2.2 Hechos

Del fallo surge que según declaraciones efectuadas por el vicepresidente de Volvo para Norteamérica, a principios de los años 90, Volvo tomó conocimiento de que los accionistas de Prévost querían vender sus acciones.

52 Ver: “Prevost Car Inc. v. The Queen”, 2008 tcc 231, en <http://www.canlii.org/en/ca/tcc/doc/2008/2008tcc231/2008tcc231.html> (sentencia de primera instancia) y “Her Majesty the Queen v. Prévost Car Inc”, (sentencia de segunda instancia).

Por su parte, las empresas Volvo y Henlys –residentes en Suecia y Reino Unido respectivamente-, decidieron adquirir tales acciones como oportunidad de crecimiento en la región.

A tales efectos, formaron una sociedad holding que según sus declaraciones, fue establecida con la intención de llevar adelante varios proyectos en Norteamérica, entre ellos, Prévost, aclarándose durante el juicio que la elección de la misma no se debió únicamente a razones fiscales.

Durante el proceso, se constataron los siguientes hechos:

- los asesores fiscales recomendaron que la efectiva administración de la sociedad holding estuviere en Holanda, a efectos de evitar reclamos fiscales por parte de Reino Unido o Suecia, además de otras cuestiones fiscales internacionales;
- la sociedad holding no había llevado adelante otros proyectos, no teniendo empleados en Holanda ni en ningún otro lugar, así como tampoco mantuvo otras inversiones aparte de Prévost. Por su parte, los directores de Prévost eran también directores de la sociedad holding;
- en cumplimiento del acuerdo de accionistas celebrado, las ganancias obtenidas por la sociedad fueron distribuidas como dividendos a Volvo y a Henlys. Incluso, surge que algunos pagos habrían sido efectuados directamente por Prévost a Henlys, a partir de instrucciones recibidas por fax sin una resolución del Directorio de la sociedad holding;
- en varias oportunidades la sociedad holding presentó documentación ante instituciones bancarias informando que los beneficiarios de las acciones de Prévost eran Henlys y Volvo. Cabe señalar que la actora argumentó que dicha información era presentada por motivo de las normas anti-lavado de dinero, bajo las cuales era necesario informar “quién estaba en última instancia detrás de la cuenta”.

5.6.1.2.2.3 Consideraciones del fallo

En primer lugar, el fallo reconoce que la expresión “beneficiario efectivo” no es propia del convenio para evitar la doble imposición celebrado entre Canadá y los Países Bajos, sino que se encontraba en 85 de los 86 convenios firmados por Canadá.

Haciendo un análisis exhaustivo del origen del término y su evolución, concluye que el mismo no tiene un significado internacional considerando pertinente recurrir a la legislación doméstica en virtud de lo establecido por el artículo 3.2 del convenio para evitar la doble imposición.

A tales efectos, analizó el significado de este término en la Ley del Impuesto a las Rentas, el Código Civil de la Provincia de Quebec, “*Canadian Common Law*” y otras leyes internas⁵³, reconociendo también el valor de los Comentarios del Modelo de Convenio OCDE.

53 Incluso analiza la ley holandesa, por ser el Estado Parte en el caso objeto de análisis.

Haciendo un análisis integral de ambos sistemas (*common y civil law*), identifica figuras similares a la de “beneficiario efectivo” haciendo referencia en primer lugar al derecho real de usufructo establecido por el Código Civil de Québec como ejemplo de desmembramiento del derecho de propiedad en un sistema de *civil law*. Afirma que la figura del “usufructuario”, propia de este sistema, es similar a la figura del “beneficiario efectivo” propia del *common law*. Por otra parte, alude a la figura del *trustee*, propia del “*common law*”, que mantiene la propiedad legal en beneficio de otro, sin derecho a disfrutar los atributos de esa propiedad.

En base a lo analizado, el juez define al “beneficiario efectivo” de los dividendos como: “*la persona que recibe los dividendos para su propio uso y goce, asumiendo el riesgo y el control sobre los mismos. La persona que es beneficiario efectivo de los dividendos es aquella que disfruta y asume todos los atributos de la propiedad. En resumen, el dividendo es para su beneficio propio y tal persona no responde ante nadie por cómo dispone de dicho dividendo*”, definición asimilable a la sostenida por du TOIT en obra antes comentada⁵⁴.

A efectos de determinar el alcance de beneficiario efectivo, se hizo referencia a un fallo de la Suprema Corte en el cual se señaló que “beneficiario efectivo” era aquel que “en última instancia” ejercitaba los derechos de propiedad sobre la cosa. Cabe puntualizar que en dicho fallo se aclaró que la expresión “en última instancia”, refería al receptor del dividendo como la persona que puede hacer con él lo que desee, no pretendiéndose quitar el velo corporativo de la sociedad.

Finalmente, expone las razones por las cuales considera que la sociedad holding reunía efectivamente la calidad de “beneficiario efectivo” de los dividendos distribuidos por Prévost. Ello por cuanto:

- surgió probado que Prévost pagó dividendos a su único accionista, la sociedad holding y a pesar de que se constató que el libro de actas de Prévost contenía referencias a Henlys y Volvo como sus accionistas, no lo consideró determinante, entendiéndolo que los libros de actas contienen errores y que no es poco común encontrar este tipo de errores;
- no se probó que la sociedad holding fuera una sociedad instrumental de Volvo y Henlys, manifestando: “es cierto que la sociedad holding no tenía oficina física ni empleados ni en Holanda ni en ningún otro lugar. Sin embargo, no surge probado que los dividendos fueran desde su inicio destinados a Volvo y Henlys a través de la sociedad holding como un flujo de fondos desde Prévost”;
- se constató que la sociedad holding se trataba de una entidad estatutaria que desarrollaba actividad comercial de acuerdo a la ley holandesa, bajo la que fue constituida;
- la sociedad holding no había formado parte del acuerdo de accionistas celebrado entre Henlys y Volvo que aseguraba la distribución de sus dividendos, por lo que éstos no podrían promover acciones legales en caso de que la sociedad no los distribuyera;

54 ver cita número 10, página

- el artículo 24 de los estatutos de la sociedad holding no la obligaba a pagar dividendos a sus accionistas, rigiendo a tales efectos la ley holandesa.
- la sociedad holding era propietaria de las acciones de Prévost, habiendo pagado por éstas, concluyendo que “cuando los dividendos son recibidos por la sociedad holding respecto de acciones que le pertenecen, tales dividendos son de su propiedad”, constituyendo un activo a disposición de sus acreedores.

Por los hechos constatados, el juez llegó a la conclusión de que la sociedad holding reunía la calidad de “beneficiario efectivo”, siendo tal decisión confirmada en segunda instancia por la Corte Federal de Apelaciones de Canadá.⁵⁵

5.6.1.2.2.4 Conclusiones

Del fallo surge que luego de realizarse un análisis exhaustivo del origen y evolución del concepto beneficiario efectivo, el mismo carece de un significado internacional debiéndose, de conformidad con lo previsto por el artículo 3.2 del convenio para evitar la doble imposición aplicable, recurrir a la legislación doméstica.

Entendemos que lo destacado del mismo es el hecho de que pese a recurrirse a la legislación doméstica, no se subsume la figura del beneficiario efectivo en algún instituto ya existente en el ordenamiento jurídico interno (como podría ser la recogida en la ley de *trust*) sino que a partir de éstos se delimita el alcance de la figura en cuestión.

Cabe resaltar que a diferencia de Indofood, fallo en el cual se realizó un análisis considerando la sustancia del caso, el juez en el presente efectúa un análisis formal a la hora de calificar la operación obviando la consideración de circunstancias de hecho que entendemos relevantes, tales como:

- los dividendos pagados por Prévost a la sociedad holding fueron transferidos por esta última a sus accionistas Volvo y Henlys, tal como había sido estipulado en el acuerdo de accionistas; si bien el acuerdo no había sido firmado por la sociedad holding y por ende, jurídicamente no la vinculaba, le era vinculante por la vía de los hechos por cuanto sus únicos accionistas eran Volvo y Henlys;
- la sociedad holding no tenía personal y los directores eran comunes a los de Prévost;
- existieron pagos efectuados directamente por Prévost a Henlys, entre otras consideraciones antes señaladas.

Respecto del presente fallo, compartimos la no subsunción del término bajo análisis en un instituto determinado sino la posibilidad de que el alcance del mismo sea inferido a partir tanto del análisis de su origen y evolución, teniéndose en cuenta los comentarios al Modelo de Convenio OCDE, como de figuras afines, existentes en el ordenamiento jurídico.

⁵⁵ Remitiéndose la Corte a lo analizado por el juez de primera instancia.

No obstante, resulta cuestionable el análisis meramente formal efectuado por el juez al momento de determinar si la sociedad en cuestión reunía la calidad de beneficiario efectivo, obviándose hechos que a nuestro juicio parecerían determinantes a la hora de definir la referida calidad.

5.6.1.2.3 “Administración tributaria de España vs. Real Madrid Club de fútbol”⁵⁶

La importancia de este caso, radica en primer lugar, en que proviene de España, país con el cual Uruguay ha celebrado un convenio para evitar la doble imposición, y en segundo lugar, por cuanto el órgano decisor entendió que la cláusula “beneficiario efectivo” debía aplicarse utilizando los mismos parámetros que utilizan las normas generales contra el fraude a la ley tributaria, haciendo prevalecer la sustancia sobre la forma.

5.6.1.2.3.1 Introducción

Mextar BV (en adelante: sociedad holandesa) era una sociedad residente en Holanda, titular de los derechos de explotación de imagen de un jugador de fútbol profesional.

A los efectos de hacer uso de los beneficios establecidos por el convenio para evitar la doble imposición celebrado entre España y Hungría, dicha sociedad cedió tales derechos a “Magyar Sport Services Internacional”, sociedad residente en Hungría (en adelante, sociedad húngara). El haber hecho uso del referido convenio implicó eliminar la tasa del 6% prevista por el convenio para evitar la doble imposición celebrado entre España y Holanda, que habría resultado aplicable.

Finalmente, la sociedad húngara cedió tales derechos al Real Madrid Club de Football (en adelante Real Madrid).

En virtud del contrato celebrado entre la sociedad húngara y el Real Madrid, esta última se obligó a pagar semestralmente la suma de 1:000.000 dólares por concepto de regalías. En el ejercicio 1998, la Sociedad húngara computó rentas en España por un monto de 1.950.140 euros, sin mediación de un establecimiento permanente.

5.6.1.2.3.2 Hechos

A raíz de una solicitud de intercambio de información tributaria, la administración tributaria húngara informó a su par española la inexistencia de contratos directos entre el jugador de fútbol y la sociedad húngara, debiendo esta última para transferir los derechos de imagen del jugador al Real Madrid, contactarse con “Mextar BV” (sociedad holandesa).

Asimismo, informó la existencia de un contrato celebrado entre la sociedad húngara y la holandesa en virtud del cual la última recibiría de la primera el 99% del total de los ingresos que a su vez, la sociedad holandés hubiera recibido en virtud del contrato de sublicencia de los derechos de imagen celebrado con el Real Madrid.

⁵⁶ Sentencia 3378/2006 de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso, con sede en Madrid, en: <http://poderjudicial.es/search/index-AN.jsp?org=an&comunidad=13>.

En los hechos, inmediatamente después de que la sociedad húngara recibía pagos del Real Madrid en virtud del contrato de sublicencia antes referido, transfería el 99% de lo recibido a la sociedad holandesa.⁵⁷

5.6.1.2.3.3 Consideraciones del fallo

Según surge del fallo, el sentenciante reconoce la existencia de un significado internacional del concepto beneficiario efectivo, debiendo basarse en los comentarios al Modelo de Convenio OCDE para determinar su significado. En este sentido, afirma que *“debe preferirse la interpretación autónoma del concepto a la remisión al Derecho de cada Estado con el fin de determinar su significado”*.

No obstante ello, señala que el Modelo de Convenio OCDE *“no es de gran ayuda, pues en su texto no se prevé ninguna definición (...) En efecto, el artículo 3.2 del MCOCDE señala que “para la aplicación del Convenio en cualquier momento por un Estado Contratante cualquier expresión no definida en el mismo tendrá, a menos que de su contexto se infiera una interpretación diferente, el significado que en ese momento se le atribuya por la legislación de este Estado relativa a los impuestos que son objeto del Convenio”*.

Del citado precepto, afirma, *“se deriva, en principio, una preferencia a favor de la legislación interna para dotar de significado a los términos que el convenio no define expresamente. No obstante, la remisión al Derecho Interno depende del peso que le demos a la otra parte del precepto (“a menos que de su contexto se infiera una interpretación diferente”)”*.

“La mayoría de la doctrina considera que el contexto de los Convenios de Doble Imposición exige que este concepto deba interpretarse de forma autónoma, con el fin de garantizar que los convenios se apliquen de un modo uniforme por los Estados que forman parte del mismo. Por lo tanto, debe preferirse la interpretación autónoma del concepto a la remisión del Derecho de cada Estado con el fin de determinar su significado. Asimismo, hay que tener en cuenta, como inmediatamente veremos, que la remisión al Derecho Interno puede que no constituya un recurso adecuado en esta materia, toda vez que la mayoría de los ordenamientos no prevén un concepto similar”.

En opinión del juez del caso en estudio, los comentarios al Modelo de Convenio OCDE forman parte del contexto, y por este motivo, los analiza y utiliza para determinar el significado del concepto beneficiario efectivo.

En efecto, la sentencia analiza la evolución del concepto en los referidos comentarios: *“Los Comentarios al 1977 – 2000 MCOCDE solamente señalaban que los límites a la imposición en el Estado de la fuente no se aplicarían “cuando un intermediario como un agente o un mandatario se interpone entre el beneficiario efectivo y el pagador, a menos que el beneficiario efectivo sea residente del otro Estado contratante”*. Como se puede apreciar, los Comentarios consideran que no tienen la condición de beneficiario efectivo aquellos sujetos que jurídicamente actúan por cuenta de un tercero. Ello es lógico, pues en estos casos, aunque dichos sujetos sean los que perciban materialmente el rendimiento, el hecho de actuar por cuenta ajena supone que no están obteniendo ese rendimiento para sí, pues tienen la obligación de ponerlo a disposición de un tercero, esto es, la persona por cuya cuenta están actuando”. Y sigue la sentencia: *“(…) la modificación de 2003*

57 Es importante señalar que en el fallo se aclara que los extractos bancarios correspondían a los años 1997 y 1999.

de los Comentarios pretende poner de relieve que el alcance del concepto “beneficiario efectivo” es más amplio al que en principio podría llegarse a deducir de la simple lectura de las referencias que sobre esta materia contenían hasta dicha fecha los Comentarios. La intención es que el alcance del concepto de “beneficiario efectivo” sea más amplio con el fin de cubrir otros supuestos en los que a pesar de que formalmente el titular de un rendimiento es una persona determinada, la persona que se beneficia efectivamente del mismo, quien lo adquiere materialmente para sí, es otra”.

Así, basándose en los referidos comentarios, en el referido fallo se sostuvo que: “a la hora de interpretar este texto debe atenderse no sólo cuál es el titular formal del rendimiento, sino que también hay que examinar cuál es la persona que desde un punto de vista económico dispone efectivamente del mismo. Dicho en otras palabras hay que analizar tanto la forma como la sustancia de la operación para establecer si la persona que reclama los beneficios del convenio es o no el beneficiario efectivo del rendimiento”.

En definitiva, el juez entendió que a efectos de determinar la calidad de beneficiario efectivo, debería analizarse si la conducta se encontraba basada en motivos válidos o no, asimilando dicho análisis al que correspondería efectuarse en virtud de las normas generales de fraude a la ley previstas por la legislación interna. En este sentido, señaló que: “Se podría llegar a un resultado muy similar al que tiene lugar cuando un Estado aplica sus normas generales contra el fraude a la ley tributaria”, pues, en esos casos también se valoran los motivos válidos o no de la conducta adoptada por las partes.

Al respecto, efectúa la siguiente precisión: “la Administración podrá denegar la condición de beneficiario efectivo utilizando los mismos parámetros que emplearía la norma general contra el fraude de ley, pero sin aplicarlo formalmente al caso concreto, pues aquella, en su actuación se limita a verificar si quien percibe la renta tiene o no la condición de beneficiario efectivo, sin que, por tanto, fuera necesario cumplir la exigencia procedimental especial que prevé la legislación española...”.

A su vez, en tanto el juez afirma que debe atenderse no sólo a cuál es el titular formal del rendimiento, sino también a la persona que dispone económicamente del mismo (entendiendo que esta es la postura que adopta la OCDE, especialmente con la modificación del 2003 a los Comentarios), reconoce que el objetivo de su enfoque es “realizar, en cierto modo, una interpretación económica del concepto”. Y siendo consciente del riesgo que asume al adoptar tal posición, afirma: “Este enfoque, si no es bien entendido, puede encontrar serios obstáculos para las Administraciones de muchos Estados, pues sus ordenamientos no admiten la interpretación económica de las normas. No obstante, también hay que tener en cuenta que estos ordenamientos prevén principios y normas que admiten, en determinados casos, realizar una interpretación que puede ir más lejos de lo que permitiría la vinculación a las formas jurídico-privadas. Se trata precisamente de las normas y principios generales contra el fraude a la ley tributaria”.

Finalmente, concluye que la sociedad húngara no era en definitiva el “beneficiario efectivo” de las regalías percibidas, siendo la sociedad holandesa quien reunía tal calidad. Para arribar a tal conclusión se basó en los siguientes elementos probatorios:

- inexistencia de contrato entre la sociedad húngara y el jugador de fútbol, figurando como titular de los derechos de imagen del mismo la sociedad holandesa;

- existencia de un acuerdo celebrado entre las sociedades húngara y holandesa por el cual la primera se obligó a transferirle a la segunda el 99% de las regalías percibidas por la sub-licencia de tales derechos;
- los extractos bancarios por los que se pone de manifiesto que días después de recibir los ingresos del Real Madrid, la sociedad húngara realizaba una transferencia del 99% del importe recibido a la sociedad holandesa, quedando así probado que el destinatario de los fondos era esta última.

Finalmente, el Tribunal acude a la utilización del mecanismo de la presunción, admitido como medio de prueba en el ordenamiento jurídico español, y concluye que, existiendo “un enlace preciso y directo entre el hecho probado –los referidos pagos y contratos- y el que se trata de deducir –quien decide el destino de las rentas recibidas- (...)”, existe a juicio de este Tribunal prueba suficiente de que la entidad húngara no es la beneficiaria efectiva del activo cedido, sino que es la entidad holandesa”.

Si bien no se desconoce la validez jurídica de los contratos (y por tal motivo no puede hablarse de simulación, pues los contratos existieron), de los hechos se desprende que los mismos carecen de sustancia propia, y de lo que se trata en realidad, es que aparezca la sociedad húngara con el único fin de beneficiarse del convenio suscrito con ese país. Desde el punto de vista económico, la sociedad húngara no dispone de las regalías recibidas, pues inmediatamente que las recibía las transfería casi totalmente a la sociedad holandesa, con lo cual se descarta la aplicación del Convenio suscrito con Hungría.

5.6.1.2.3.4 Conclusiones

Nuevamente y en concordancia con los fallos antes analizados, a través del presente se reconoce la existencia del significado internacional del término, aludiéndose expresamente a los comentarios al Modelo de Convenio OCDE por entender que en éstos podrían encontrarse algunas referencias en relación al mismo.

Consideramos que lo destacable del mismo es el análisis de la sustancia de la operación efectuado a efectos de calificarla y dilucidar quién es el beneficiario efectivo de las regalías; análisis en virtud del cual se concluye que éste es aquél que tiene el poder en los hechos de decidir el destino de las rentas recibidas.

Resulta asimismo relevante el reconocimiento de cierta similitud entre el análisis que debe realizarse en estos casos y aquel que correspondería efectuar en oportunidad de aplicarse las normas internas de fraude a la ley.

5.6.1.2.4 “Administración Federal de Ingresos Públicos vs. Molinos del Río de la Plata”

A continuación abordaremos el estudio del presente por tratarse de un caso relativamente reciente y novedoso que tuvo lugar en nuestro vecino país, Argentina, y marcó un precedente en cuanto al tema que nos ocupa.

5.6.1.2.4.1 Introducción

Molinos Río de la Plata S.A. (en adelante: Molinos) era una sociedad anónima argentina que creó una sociedad chilena denominada Molinos de Chile y Río de la Plata Holding S.A. (en adelante, sociedad holding), bajo la modalidad de sociedad plataforma de inversiones, al amparo de lo previsto por la ley chilena N° 19.840. Molinos ejercía el control de la sociedad holding en virtud de poseer el 99,99% de su participación accionaria.

Posteriormente, Molinos formalizó dos aumentos de capital en la sociedad holding por medio del aporte en especie de las participaciones directas que tenía en sociedades subsidiarias ubicadas en Uruguay y Perú.

En virtud de dichas operaciones, la sociedad holding pagó dividendos a Molinos provenientes de dividendos distribuidos a la misma por sociedades residentes en Uruguay y Perú.

Los dividendos distribuidos por la sociedad holding a Molinos no se encontraban gravados en virtud de que según lo dispuesto por el artículo 11 del convenio para evitar la doble imposición celebrado entre Chile y Argentina, únicamente tenía potestad tributaria sobre los referidos dividendos Chile, por ser el estado contratante donde se encontraba domiciliada la empresa que los distribuía. Chile a su vez, no gravaba los referidos rendimientos en virtud del régimen especial bajo el cual se regía la sociedad.

Cabe señalar que en el año 2002, Chile había creado las denominadas “sociedades plataformas de inversión”. Estas sociedades tienen como único objeto administrar inversiones en Chile y en el exterior, siendo alcanzadas por el impuesto a la renta en Chile únicamente por sus ganancias de fuente local, ya que al considerar la ley a dicha sociedad como no residente, las ganancias de fuente extranjera no se encuentran alcanzadas por el referido impuesto.

5.6.1.2.4.2 Hechos

La administración fiscal entendió que se había transgredido lo dispuesto por el artículo 11 del convenio para evitar la doble imposición celebrado entre Chile y Argentina, e incorporó en la base imponible del impuesto los dividendos distribuidos por la sociedad holding, determinando el correspondiente impuesto a las ganancias.

En efecto, sostuvo que la sociedad holding constituía una estructura “conductora” cuyo único fin consistía en que Molinos recibiera los dividendos provenientes de las firmas domiciliadas en Uruguay y Perú sin tributar impuesto a la renta ni en Argentina ni en Chile, por el juego de la normativa aplicable al caso.

En tal sentido, basándose en el artículo 2 de la Ley de Procedimiento Tributario (en adelante, la “LPT”), sostuvo la existencia de un uso abusivo del convenio para evitar la doble imposición celebrado entre Argentina y Chile, no resultando por tanto, aplicable en el caso a estudio.

El Tribunal confirmó la determinación de adeudos tributarios efectuada y consideró que Molinos había incurrido en un uso abusivo del convenio aplicable.

5.6.1.2.4.3 Consideraciones del fallo

Los argumentos utilizados por el Tribunal fueron básicamente los siguientes:

- El convenio para evitar la doble imposición celebrado entre Argentina y Chile resulta ser un convenio internacional, por lo que le son aplicables las reglas de interpretación contenidas en los artículos 31 y 33 de la Convención de Viena, que prescriben que dicha interpretación se realizará de acuerdo con la buena fe, el sentido corriente de los términos utilizados y el fin del tratado en cuestión;
- La mayoría de la jurisprudencia internacional otorga preeminencia a la sustancia del negocio por sobre la forma para evitar el abuso de los convenios o “*treaty shopping*”;
- Las disposiciones contenidas en la legislación interna de cada estado contratante a los fines de evitar el abuso de los convenios no deben considerarse contrarias a los mismos, toda vez que están dirigidas a desarticular su aprovechamiento desleal y abusivo;
- Si con motivo de un cambio de legislación en materia tributaria por parte de uno de los estados contratantes, se afecta el convenio celebrado, el principio de la realidad económica contenido en el artículo 2 de la LPT, como mecanismo para hacer frente a distintas conductas elusivas, resulta perfectamente aplicable aunque no esté previsto expresamente en el texto del convenio. A tal fin, el Tribunal cita jurisprudencia y doctrina que avala este criterio;
- Los artículos 10,11 y 12 relativos al pago de dividendos, intereses y regalías del Modelo de Convenio OCDE introdujeron el concepto de “beneficiario efectivo” con el fin de evitar el abuso de los convenios internacionales. Mediante informes y comentarios posteriores de la OCDE y del Grupo de Acción Financiera Internacional (“GAFI”) se ha ido delineando este concepto de “beneficiario efectivo”. Así, desde la modificación que se realizó en el año 2003 al modelo referido, debe interpretarse al “beneficiario efectivo” dentro del contexto y a la luz de la finalidad que tuvo en miras el convenio para evitar la doble imposición, indagando en cada caso quién es el sujeto al que se le atribuye el ingreso desde el punto de vista fiscal. De esta forma, los convenios no serían aplicables cuando económicamente beneficien a una persona sin derecho al convenio que interpone una sociedad conducto como un intermedio entre él y el pagador de la renta;
- Una compañía conducto, cuyo único propósito es el de contar con la estructura legal necesaria a los fines de un convenio, pero que no desarrolla ninguna actividad económica sustancial, no puede considerarse “beneficiario efectivo”, aun cuando sea el propietario formal de esas rentas, ya que no es quien tiene el efectivo control sobre dichos ingresos, sino que se limita a transferirlos inmediatamente al verdadero titular, reduciendo o anulando a través de su intermediación la carga tributaria global de un grupo económico;
- Cuando se utilizan sociedades conducto, se revela la eliminación de la tributación tanto en el estado de la fuente como en el estado de la residencia de la sociedad conducto; asimismo se elimina la tributación en el estado de residencia del sujeto

que organiza la estructura, dando como resultado un fenómeno evasivo inadmisiblemente, pues las rentas que se canalizan a través de este tipo de estructuras no tributarán en ningún estado;

- Si bien resulta válido realizar una planificación orientada a minimizar la carga fiscal, lo cierto es que mediante la utilización de la sociedad holding en Chile, la empresa directamente anuló la carga fiscal por cuanto tales sociedades no tributan por las rentas extranjeras, apartándose del objeto y el fin que se buscó en el convenio para evitar la doble imposición aplicable;
- La Dirección Nacional de Impuestos de Chile, por informe agregado a las actuaciones, considera que nada impide que, en ausencia de normativa específica en el convenio aplicable, el país que se considera perjudicado por las prácticas abusivas desplegadas por los responsables haga uso de su normativa anti abuso (en este caso, el artículo 2 de la LPT) ;
- De todo lo expuesto y las pruebas producidas en la causa el Tribunal tuvo por probado que Molinos constituía el verdadero “beneficiario efectivo” de la distribución indirecta de dividendos trasladados a la sociedad holding, que actuó como “conducto” para sustraerse completamente del pago del impuesto a las ganancias en ambos países debido al marco legal aplicable;
- La sociedad holding se caracterizaba por la inexistencia de un vínculo económico real con las sociedades radicadas en Uruguay y en Perú, y las rentas giradas por estas últimas a la sociedad chilena no permanecían en ella sino que de manera inmediata eran giradas a Molinos, a lo que se agrega la inexistencia de actividades económicas y de una estructura operacional de parte de la sociedad holding, que actuó como un mero intermediario o sociedad conducto de los dividendos repartidos, encuadrando el esquema fiscal dentro del supuesto denominado “*Treaty Shopping*” o “abuso del tratado”;
- El Tribunal señaló que al generarse un supuesto de “doble no imposición” se desvirtuó el sustancial propósito que tiene en consideración todo estado contratante al momento de suscribir un convenio para evitar la doble imposición, lo que resultaba inadmisiblemente.

En definitiva, el Tribunal declaró inaplicable el convenio para evitar la doble imposición celebrado entre Argentina y Chile por considerar que se había verificado una hipótesis de “abuso de tratado” o “*treaty shopping*”, entendiendo que la sociedad holding no era el beneficiario efectivo de la renta en cuestión, confirmando así la decisión de la administración fiscal que sostenía la gravabilidad de los dividendos distribuidos por una sociedad chilena a su vinculada en Argentina.

5.6.1.2.4.4 Conclusiones

El caso comentado supone un precedente sumamente relevante a nivel de la jurisprudencia latinoamericana. Primero, por cuanto demarca los límites entre una planificación fiscal tendiente a minimizar la carga tributaria, y la utilización abusiva de las ventajas

derivadas de un convenio para evitar la doble imposición. Segundo, por cuanto entiende aplicable frente a prácticas abusivas las normas antiabuso internas, aún a falta de previsión expresa en el convenio aplicable. En otro orden, por otorgar preeminencia a la sustancia sobre la forma y entender aplicable, aunque no esté previsto expresamente, el principio de la realidad económica contenido en el artículo 2 de la ley de procedimiento de dicho país.

Cabe precisar como puntualización final que el Tratado fue dejado sin efecto por Chile en junio del año 2012.

5.6.1.3 Soluciones prácticas

Dada la ausencia de una definición expresa del concepto beneficiario efectivo establecido en los convenios para evitar la doble imposición y la incertidumbre que ello genera, algunas administraciones tributarias han establecido ciertas pautas con el propósito de delimitar el alcance del mismo.

A continuación, analizaremos en particular las soluciones adoptadas por las administraciones tributarias de Chile y de China.

5.6.1.3.1 Chile – Circular N° 57⁵⁸.

En el año 2009, la administración tributaria chilena emitió la Circular N° 57 de 16 de Octubre intentando definir el concepto beneficiario efectivo en el marco de los convenios para evitar la doble imposición.

A tales efectos, dicha circular se fundamenta en las normas de interpretación contenidas en la Convención de Viena y en lo dispuesto por los comentarios al Modelo de Convenio OCDE, en su carácter de medio de interpretación complementario, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 32 de la referida convención.

En este sentido, establece que si bien de los reportes y comentarios al Modelo de Convenio OCDE no surge una definición del concepto beneficiario efectivo, los mismos establecen *“directrices que sirven para ilustrar situaciones donde se reunirían o no los elementos necesarios para que una persona sea calificada como tal”*.

La referida circular dispone que *“el término beneficiario efectivo no debe ser utilizado en un estricto sentido técnico, sino que debe, más bien, interpretarse en su contexto y a la luz de los objetivos y propósitos del CDI, incluyendo la voluntad de evitar la doble tributación y de prevenir la evasión y la elusión fiscal”*;

En este sentido, entiende excluidas del concepto beneficiario efectivo:

- aquella persona que residiendo en un estado contratante actúa en calidad de agente o mandatario, pues *“sería contradictorio con los objetivos e intenciones del Convenio que el Estado de la fuente concediera los beneficios de un CDI basándose exclusivamente en el estatus de residente de otro Estado contratante receptor del inmediato de la renta”*;

58 www.sii.cl/documentos/circulares/2009/circu57.htm

- quien “sin tener la calidad de agente o mandatario, actúa simplemente como intermediario de otra persona que de hecho es el beneficiario efectivo de la respectiva renta”;
- toda persona que tenga poderes limitados sobre la renta en cuestión;
- las sociedades instrumentales, en virtud de que “pese a ser el propietario formal de la renta, cuenta con poderes restringidos que la convierte, respecto a ella, en un mero fiduciario o administrador que actúa por cuenta de las partes interesadas”.

En este sentido, define a la sociedad instrumental como “aquella sociedad que reside en uno de los Estados contratantes y que actúa canalizando determinadas rentas a una persona de un tercer Estado, la cual en virtud de tal operación se beneficia indebidamente de un CDI”. Según la referida circular, sería factor determinante para concluir que estamos ante una sociedad instrumental, el hecho que la misma haya celebrado “acuerdos instrumentales”, entendiéndose por tales “aquellos por medio de los cuales un residente de un Estado con derecho a los beneficios del CDI, recibe una renta originada en el otro Estado contratante, pero se obliga legalmente o de hecho a traspasar directa o indirectamente, todo o parte importante de tal renta, en cualquier tiempo, de cualquier forma, y a cualquier título que implique perder la facultad de disponer de dicha renta por parte del perceptor original, a otra persona que no es residente de los Estados contratantes”.

A su vez, enumera algunas circunstancias que, de verificarse, descartan que se esté ante una sociedad instrumental: “la disponibilidad de un lugar físico donde la sociedad pueda desarrollar las actividades que dan origen a tales rentas; la existencia de activos en el Estado donde ésta se encuentra constituida; la existencia de activos para llevar a cabo tales actividades; los riesgos asumidos en relación con la renta percibida; o la capacidad funcional que la sociedad tiene para desarrollar sus actividades”. Y, en su numeral 14, enumera ciertas circunstancias que hacen presumir que estamos en presencia de una sociedad instrumental, “por ejemplo: la existencia de alguna obligación, ya sea legal o de hecho, de traspasar las rentas recibidas a terceras personas; si es que la entidad intermediaria percibe alguna comisión o “spread” por la transacción; o si se han constituido garantías por otras partes en relación con las obligaciones de la sociedad que solicita los beneficios del CDI”.

Por tanto, de acuerdo a la reglamentación chilena, “para que un residente de un Estado contratante sea calificado como beneficiario efectivo de una renta, se requiere que la persona que invoca los beneficios del convenio, ya sea natural o jurídica, no cumpla con los criterios antes enunciados para ser calificado como instrumental, concepto que se determinará no tan sólo analizando si la persona actúa como agente o mandatario, sino también pudiendo considerar el simple hecho que tal persona realiza un acuerdo instrumental”.

Finalmente, quien invoca la calidad de beneficiario efectivo deberá efectuar su declaración jurada y mantener toda la documentación respaldante que acredite ser el efectivo receptor de las rentas.

Del análisis de la referida circular, surge que la misma delimita el alcance del concepto beneficiario efectivo recogiendo prácticamente en su totalidad los lineamientos dados por la OCDE en los comentarios al Modelo de Convenio.

Cabe precisar que a la fecha en que fue emitida la referida circular, Chile aún no era miembro integrante de dicha organización.

Destacamos como positivo el hecho de que la administración chilena a la hora de delimitar el concepto bajo análisis tuvo en consideración las pautas generales recogidas a nivel de los comentarios al Modelo de Convenio de la OCDE, absteniéndose de elaborar una definición que tomara conceptos recogidos por su derecho interno.

5.6.1.3.2 República Popular China – Aviso 601⁵⁹

Impulsado por el mismo motivo que Chile, la República Popular China emitió en el año 2009 el Aviso 601, en el cual se establece que beneficiario efectivo es la persona (física, jurídica u otro tipo de entidad) que posee la propiedad y derecho de control sobre los ingresos o sobre los derechos, o la propiedad sobre el activo que genera la renta, siendo condición de la figura el asumir actividades operativas de sustancia.

El Aviso 601 considera expresamente que las sociedades instrumentales no pueden ser consideradas beneficiario efectivo y por tanto, no podrían ampararse en los beneficios de un convenio para evitar la doble imposición. Conceptualiza este tipo de sociedades como aquellas registradas en su país de origen únicamente con la finalidad de cumplir con las condiciones de residencia, para eludir o disminuir la carga tributaria o para transferir utilidades acumuladas, y no para realizar actividades sustantivas como lo son las empresas industriales, de ventas o de gerenciamiento.

Asimismo, el documento aclara también que la determinación de cuándo se está ante un beneficiario efectivo no debe quedar limitado a las normas nacionales, debiendo atenderse a los objetivos principalmente perseguidos por los convenios, es decir, evitar la doble tributación o la doble no tributación y prevenir la evasión fiscal, debiendo analizarse tanto la sustancia como la forma.

Según lo dispuesto por el aviso, de verificarse las hipótesis que a continuación se reseñarán, deberá descartarse que la persona reviste la calidad de beneficiario efectivo:

- cuando la sociedad esté obligada a distribuir todo o gran parte de su ingreso (más del 60%) a un residente de otro país, en determinado plazo;
- ante la falta de sustancia de la sociedad entendiéndose por tal cuando ésta no tenga, o tenga mínimas actividades;
- toda vez que los activos, el personal o las operaciones efectuadas por la sociedad no tengan relación con sus ingresos;
- en el caso de una sociedad que tenga nulo o mínimo control o poder de decisión y no soporte los riesgos;
- cuando la renta obtenida por la sociedad no está gravada por impuestos o lo está a una tasa reducida;

⁵⁹ No fue posible acceder a la Circular 601, por lo que la información volcada en el presente trabajo fue extraída de “Concepto de beneficiario efectivo en los Convenios para evitar la doble imposición”, V Jornadas Tributarias de 2012, Cra. Martha Roca y de la página web www.dofiscal.net/pdf/doctrina.

- en el caso de intereses, cuando exista un contrato de préstamo o depósito entre la sociedad y un tercero con términos muy similares al préstamo que dio origen al interés recibido;
- en el caso de regalías, cuando exista un acuerdo de transferencia de licencias entre la sociedad y terceros con términos muy similares a los que dieron origen a las regalías recibidas;
- ante la existencia de contratos alternos como medios para trasladar los ingresos a otras jurisdicciones, entre otros.

En la práctica, cuando una determinada sociedad pretende ampararse a los beneficios de un convenio para evitar la doble imposición, deberá proporcionar a las autoridades fiscales chinas toda la documentación que acredite que se trata del beneficiario efectivo de las rentas y que no cumple con los aspectos negativos relacionados.

Cabe señalar que en la práctica, la utilización de este mecanismo generó grandes inconvenientes por su rigidez, por lo que en el año 2012 fue flexibilizada a fin de que los contribuyentes pudieran ampararse en los beneficios de los convenios para evitar la doble imposición celebrados por el país⁶⁰.

Si bien como surge de lo antes expuesto, dicho Aviso fue modificado, versión a la que no se pudo tener acceso, consideramos igualmente conveniente analizar la que fuera su versión original por cuanto la misma constituye un ejemplo de delimitación del alcance del concepto efectuada por una administración tributaria.

Analizada la misma, destacamos como positivo el hecho de que la administración china establece que la delimitación del concepto en estudio no debe quedar limitada a lo dispuesto por las normas nacionales, debiendo atenderse a los objetivos establecidos por los convenios para evitar la doble imposición, debiendo analizarse tanto la sustancia como la forma.

No obstante ello, resulta cuestionable la enunciación de pautas taxativas, en algún caso de extrema rigidez, que excluyen respecto del sujeto en cuestión, la calidad de beneficiario efectivo.

5.6.1.3.3 Estados Unidos – Nota explicativa al Modelo de Convenio

En Estados Unidos, el Departamento del Tesoro, expidió las Notas Explicativas al Modelo de Convenio, y en las mismas se entendió que beneficiario efectivo es aquella persona que en última instancia recibe el ingreso, independientemente de quién sea el beneficiario nominal: *“El beneficiario efectivo de un dividendo se entiende generalmente como cualquier persona residente de un Estado contratante a quien ese Estado le atribuye el ingreso por dividendo. Párrafo 1 (d) del Artículo 4 (Residencia) señala expresamente este punto en relación con el ingreso que obtenga una persona transparente. Más aún, según lo dispuesto por el párrafo 12 de los Comentarios de la OCDE al Artículo 10, el Estado de fuente de riqueza puede desestimar*

60 ROCCA, Martha: ob cit. página 22.

como beneficiario efectivo a ciertas personas que normalmente pueden recibir el dividendo pero que en esencia no tienen control sobre el mismo (...).”

5.6.2 Significado interno del concepto beneficiario efectivo en virtud de proceder el reenvío dispuesto por el artículo 3.2. del Modelo de Convenio OCDE

Según lo dispuesto por el artículo 3.2. del Modelo de Convenio OCDE, de no contarse con una interpretación autónoma del concepto que surja del contexto, correspondería remitirse al derecho interno a efectos de determinar su alcance.

Cabría preguntarse a la normativa interna de cuál de los estados correspondería remitirse.

Dado lo discutible del tema, entendemos que profundizar en el mismo excedería el propósito de esta investigación.

No obstante ello, resulta oportuno señalar que compartiendo lo sostenido al respecto por Alberto XAVIER, entendemos que el estado con vocación calificatoria de los presupuestos de aplicación de la norma convencional sería el estado de la “lex situationis” o estado con vocación natural para regular la situación en cuestión. En tal sentido, señala refiriéndose a los demás presupuestos de la norma convencional: “También aquí la regla general es la atribución de competencia calificatoria exclusiva. Solo que esa atribución no es hecha necesariamente al estado de la fuente de la renta, pero sí al estado con vocación natural para regular la situación, vocación que varía de acuerdo con el tipo de situación en cuestión. Nos referimos a la competencia de la *lex situationis* para extraer la ley del Estado con vocación para regular un tipo de situación, presupuesto como condición de aplicación de normas convencionales ... puede, pues, concluirse que cierto tipo de situación que configure un presupuesto de aplicación del tratado y que sea descrita por un concepto jurídico debe ser exclusivamente calificada por el orden jurídico que con ella tenga más estrecha conexión (*lex situationis*) ...”⁶¹ En este sentido siguiendo la antes señalado debería acudir a la normativa interna del estado en donde resulte residente el presunto beneficiario efectivo.

5.6.2.1 Ventajas y desventajas

De proceder el reenvío dispuesto por el artículo 3.2. del Modelo de convenio OCDE y de existir en el ordenamiento jurídico una definición del concepto beneficiario efectivo que pudiera ser aplicable, reportaría como ventaja la seguridad jurídica que le brindaría a los estados contratantes pues no es lo mismo tener que interpretar un concepto con el riesgo de que ambos lleguen a soluciones diversas, a la hipótesis de ya contar con la definición concreta del término.

Asimismo, también sería ventajoso para los operadores del derecho a la hora de aplicar la cláusula establecida por el convenio, y concretamente ante un caso en el que se controvirtiera su aplicación, para el juez de la causa, que no tendría que delimitar su alcance sino efectuar la calificación de la situación fáctica en relación a dicha definición.

61 XAVIER, Alberto: “Derecho Tributario Internacional. Conceptos fundamentales”. Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Ciudad de Buenos Aires, Primera edición, agosto de 2005, páginas 155 a 157.

En contrapartida, podemos plantear como desventaja el hecho de que si el ideal es que las cláusulas establecidas en los convenios para evitar la doble imposición se interpreten de igual manera en todos los países o al menos, entre los estados ratificantes, tal premisa no se cumpliría pues en concreto, el alcance del concepto de beneficiario efectivo dependería del dado por cada estado.

Adicionalmente, muchas veces los ordenamientos jurídicos difieren al momento de regular sus institutos, pudiendo darse la hipótesis de que la definición interna establecida por un estado no sea compartida por el otro, tornando inaplicable o al menos, dificultosa, la aplicación de la cláusula objeto de estudio.

Incluso, de no contarse con una definición expresa del término, el estado podría pretender aplicar un instituto previsto por su ordenamiento jurídico que a su entender fuera de similares características, el cual podría resultar desconocido o controvertido por el otro estado parte.

Conforme fuera analizado en el capítulo 5, el término beneficiario efectivo bajo análisis encontraría su origen en el common law, el cual admite diversos niveles de propiedad sobre un mismo bien, distinguiéndose el propietario formal (legal owner) y el propietario económico (beneficial owner). El término en estudio se encontraría comprendido dentro de este último concepto.

Sin perjuicio, podemos encontrar conceptos y regímenes que se acercan al concepto anglosajón de beneficiario efectivo en el derecho tributario de los ordenamientos de derecho civil. A modo de ejemplo, el derecho alemán distingue a efectos de la propiedad entre la titularidad del bien y la disponibilidad económica del mismo. Si bien tales atributos en general pertenecen a la misma persona, se reconoce la posibilidad de que recaigan en sujetos diferentes, situación en la cual cobra importancia el referido desdoblamiento en lo que tiene relación con la atribución e imputación de rentas⁶².

Finalmente, existen ordenamientos jurídicos como el nuestro, en los cuales a diferencia de lo precedentemente señalado no se reconoce el desdoblamiento de la propiedad y consecuentemente, no se distingue la figura de beneficiario efectivo. Sí se ha establecido la posibilidad de que respecto de un bien recaigan distintos derechos como por ejemplo, la nuda propiedad y el usufructo, el derecho de uso, el derecho uso y habitación, o incluso la figura del fideicomiso.

5.6.2.2 Posibles figuras afines en nuestro ordenamiento jurídico

Resulta procedente analizar ciertas figuras previstas en nuestro ordenamiento jurídico que preliminarmente podrían resultar afines, sin que ello suponga la emisión de un juicio de valor acerca de la procedencia de la remisión al derecho interno a la hora de determinar el alcance del concepto beneficiario efectivo.

62 Artículo 39.1 de la Abgabenordnung, citada por sentencia 3378/2006 de la Audiencia Nacional antes citada.

5.6.2.2.1 Uso y habitación

Los derechos de uso y de uso y habitación no serán objeto del presente análisis por cuanto si bien suponen un desmembramiento de la propiedad, su limitado alcance impide la comparación y menos aún su asimilación con el término en análisis.

5.6.2.2.2 Usufructo

Por su parte, el derecho de usufructo previsto en los artículos 493 a 540 del Código Civil, es un derecho real que consiste en gozar de la cosa ajena, con cargo de conservar su forma y sustancia y de restituirla a su dueño, si la cosa no es fungible; o con cargo de volver igual cantidad y calidad del mismo género o de pagar su valor, si la cosa es fungible. Coexiste necesariamente con el derecho de nuda propiedad, tiene duración limitada y concluido, se consolida con el mismo. Asimismo, se trata de un derecho pasible de extinción, entre otros, por la muerte del usufructuario o por la consolidación del usufructo con la nuda propiedad, pudiendo estar sujeto a plazo o condición. A su vez, los derechos del usufructuario están supeditados a lo que determinen las partes, o a falta de previsión, a las disposiciones de nuestro Código Civil.

Si bien el derecho de usufructo no supone la existencia de distintos niveles de propiedad, admite que una persona sea el titular del bien (nudo propietario) y otra la que tenga el goce de los derechos derivados del mismo, entre ellos, a los frutos de la cosa (usufructuario).

En lo que tiene relación con el derecho de usufructo antes analizado y la figura del beneficiario efectivo, entendemos que ambos institutos comparten como característica principal el derecho al goce de la cosa ajena en el caso de usufructo, y en el caso del beneficiario efectivo de la disponibilidad económica del bien.

No obstante, podríamos señalar ciertas diferencias entre ambas figuras.

En primer lugar, mientras el usufructuario se encuentra obligado a restituir a su dueño la cosa una vez extinguido el derecho real que recae sobre la misma, el beneficiario efectivo no tendría dicha obligación por cuanto no solamente detentaría el derecho al goce del bien sino también el derecho a disponer económicamente del mismo.

En segundo lugar, el usufructo por expresa disposición normativa tiene duración limitada, extinguiéndose en última instancia como consecuencia de la muerte del usufructuario. El beneficiario efectivo por su parte, en tanto supondría la titularidad de la disponibilidad económica del bien, en principio no tendría una duración limitada, perdurando más allá de la muerte de aquel.

Adicionalmente, el usufructuario no detenta la propiedad económica del bien, habida cuenta que nuestro derecho no admite la distinción entre propiedad formal y económica, característica que parecería ostentar la figura del beneficiario efectivo.

En última instancia, el derecho de usufructo es un derecho limitado por cuanto, por más amplios que fueran los derechos del usufructuario, nunca podrá disponer del bien

como si fuera su propietario. Como vimos, los derechos del usufructuario están limitados a lo pactado en el contrato o, a falta de previsión, a lo que establezca el Código Civil, mientras que el beneficiario efectivo tiene un derecho de propiedad pleno, sólo que ver- saría sobre el aspecto económico.

Ahora bien, como dijimos el derecho de usufructo supone el derecho del usufructua- rio a disponer de los frutos de la cosa. En este sentido, la figura del usufructuario podría asimilarse a la del beneficiario efectivo en tanto supone la disponibilidad económica de la renta en cuestión.

En definitiva, ambas figuras podrán llegar a ser asimilables o no, dependiendo si se compara la figura del beneficiario efectivo con el derecho de uso y goce que tiene el usufructuario respecto de la cosa usufructuada o, sobre el derecho que posee sobre los frutos de la misma.

5.6.2.2.3 Fideicomiso

La ley N° 17.703 de 4 de Noviembre de 2003, define al fideicomiso en su artículo 1°: *“El fideicomiso es el negocio jurídico por medio del cual se constituye la propiedad fiduciaria de un conjunto de derechos de propiedad u otros derechos reales o personales que son transmitidos por el fideicomitente al fiduciario para que los administre o ejerza de conformidad con las instrucciones contenidas en el fideicomiso, en beneficio de una persona (beneficiario), que es designada en el mismo, y la restituya al cumplimiento del plazo o condición al fideicomitente o, la transmita al beneficiario. Podrá haber pluralidad de fideicomitentes y de beneficiarios”*.

Según surge de la norma transcripta, el fideicomiso se define como un negocio ju- rídico por medio del cual se constituye la propiedad fiduciaria sobre un conjunto de derechos de propiedad u otros derechos reales o personales del fideicomitente. Tales derechos son transmitidos por el fideicomitente al fiduciario a los efectos de que éste ad- ministre o ejerza los derechos en beneficio de una persona designada en el fideicomiso. Una vez cumplido el plazo o condición, la propiedad fiduciaria debe ser restituida al fideicomitente o en su caso, trasmitida al beneficiario.

En cuanto al instituto del fideicomiso y la figura del beneficiario efectivo, ambos ins- titutos presentan similitudes en cuanto suponen la coexistencia de distintos derechos.

En el caso del fideicomiso, encontramos por una parte el derecho de titularidad de los bienes afectados al mismo y por otra, el derecho al goce de los beneficios obtenidos a raíz de dicho contrato.

Sin perjuicio, se advierten diferencias entre ambas figuras que preliminarmente im- pedirían su asimilación.

En primer lugar, en el caso del fideicomiso, los derechos del beneficiario se encontra- rían limitados a aquello que se hubiera dispuesto contractualmente. En el caso del bene- ficiario efectivo y en tanto titular de la disponibilidad económica del bien, no existirían tales limitaciones.

En segundo lugar, respecto del fideicomiso, cumplido el plazo o condición previsto por el contrato la propiedad fiduciaria deberá necesariamente ser restituida al fideico-

mitente o transmitida al beneficiario, mientras que en la figura del beneficiario efectivo la titularidad de la disponibilidad económica del bien no estaría en principio sujeta a plazo o condición alguna.

Finalmente, cabría realizar una precisión en cuanto a que en el caso de un fideicomiso no revocable, el mismo actuaría con libertad e independencia respecto del fideicomitente y podría generar rentas que no necesariamente deberían ir a los beneficiarios hasta que no se cumpla con la condición para ello.

5.6.2.2.4 Actuación por interpuesta persona

En el caso de la simulación por interpuesta persona encontramos un sujeto que formalmente aparece como titular del bien en cuestión y otro, encubierto, verdadero propietario del mismo. Este último en su condición de tal, aprovecha los beneficios derivados del derecho de propiedad en relación al bien.

Previendo los efectos jurídicos de la actuación por interpuesta persona, el artículo 1580 del Código Civil dispone: *“Los contradocumentos surten efecto entre los contrayentes y sus herederos; pero no pueden perjudicar a sus sucesores por título singular los cuales se consideran como terceros”*.

A través de esta disposición se vislumbra la posibilidad de que un sujeto celebre una compraventa simulada traspasando la propiedad a otro sujeto que figurará formalmente como su propietario, siendo el primero de ellos quien en los hechos disfrute de los derechos inherentes a la propiedad.

Se advierte la semejanza con la figura del beneficiario efectivo en la posibilidad en que la titularidad del bien formalmente se encuentre en manos de un sujeto pero los beneficios derivados de aquel sean aprovechados por otro.

No obstante la similitud señalada, ambas figuras no serían asimilables desde el momento en que la situación bajo análisis implica un negocio simulado mientras que el beneficiario efectivo no necesariamente supondría una simulación, si bien podría darse dicho hipótesis.

5.6.2.2.5 Beneficiario final

Finalmente, debemos hacer breve mención a la ley N° 18.494, de fecha 11 de junio de 2009 que regulando el régimen jurídico aplicable para el contralor de prevención de lavados de activos y del financiamiento del terrorismo, introdujo en nuestro derecho el concepto de beneficiario final.

Dicho concepto fue definido por el literal c) del numeral 2° del artículo 4 del decreto reglamentario N° 355/010 de 2 de diciembre de 2010, que entiende por beneficiario final a la persona física que es propietaria final o controlante de un cliente o en cuya representación se lleva a cabo una operación; comprende a aquellas personas que ejercen el control final sobre una persona jurídica, un fideicomiso, un fondo de inversión u otro patrimonio de afectación.

Cabría preguntarse entonces si podría extenderse la definición de beneficiario final prevista por el decreto precedentemente citado, al concepto de beneficiario efectivo establecido en los convenios para evitar la doble imposición.

Preliminarmente entendemos que en tanto la definición de beneficiario final necesariamente supone la existencia de una persona física, no sería posible hacer extensiva la misma al concepto que nos ocupa, desde el momento que a nuestro criterio, la figura de beneficiario efectivo podría, dependiendo del caso concreto, recaer tanto sobre una persona física como jurídica.

Efectuado el análisis precedente, encontramos que si bien la figura del beneficiario efectivo no se encuentra definida en nuestro derecho interno, las figuras preliminarmente similares al término objeto de estudio antes analizadas, presentan, salvo el derecho del usufructuario en relación a los frutos del bien respecto al cual ostenta dicho derecho, sustanciales diferencias que impedirían su asimilación. Sin perjuicio, de acuerdo a lo analizado a lo largo de este capítulo entendemos pertinente a la hora de determinar el alcance de beneficiario efectivo no remitirnos a lo dispuesto por los ordenamientos jurídicos internos con respecto al mismo.

5.7 Vinculación entre la cláusula de beneficiario efectivo y la cláusula de limitación de beneficios o cláusula de exclusión

Finalmente, entendemos pertinente deslindar brevemente el ámbito de aplicación de la cláusula bajo estudio y las denominadas cláusulas de limitación de beneficios.

Siguiendo a Leonardo BRUZZONE y otros, las cláusulas de limitación de beneficios o de exclusión son cláusulas destinadas a excluir explícitamente de la aplicación del convenio para evitar la doble imposición a las sociedades que gocen de regímenes fiscales privilegiados en el estado de su residencia. Un fundamento teórico para la incorporación de una cláusula de este tipo en un convenio para evitar la doble imposición puede encontrarse en el hecho de que posiblemente, el nivel de imposición de uno de los estados contratantes ya de por sí reduce todo riesgo de doble imposición internacional, o bien, éste puede subsistir, pero en mínima medida. El diseño de estas disposiciones puede dirigirse a apuntar a cierto tipo de régimen fiscal privilegiado vigente, dejarlo abierto a otros de naturaleza similar que puedan implantarse en un futuro, o bien podrían diseñarse elaborando una fórmula genérica que permita identificar a los regímenes fiscales que se pretende abarcar⁶³.

En definitiva, esta cláusula supone la inaplicabilidad de los beneficios otorgados por las disposiciones del convenio para evitar la doble imposición de que se trate respecto de las personas y/o entidades objeto de la misma.

Cabe señalar en primer lugar, que es posible la coexistencia de ambas cláusulas.

Respecto de la aplicación de las mismas, frente a un caso concreto deberá determinarse en primer lugar si la sociedad receptora de la renta no se encuentra imposibilitada de acceder a los beneficios otorgados por el convenio en función de encontrarse compren-

63 Bruzzone, Leonardo y otros: "El abuso de convenios: Modalidades y forma de evitarlo desde la perspectiva uruguaya" en Revista Tributaria N° 245, marzo – abril de 2015.

dida en el objeto de la cláusula de limitación de beneficios. En este caso, no cabría analizar si dicha sociedad reúne la calidad de beneficiario efectivo de la renta por cuanto de acuerdo a lo establecido por la cláusula de limitación de beneficios, la misma no podrá acceder a los beneficios otorgados por el convenio, en ninguna hipótesis.

Una vez verificado que la sociedad receptora de la renta no se encuentra comprendida en lo previsto por la cláusula de limitación de beneficios, deberá determinarse a los efectos de poder hacer uso de la reducción fiscal prevista en los artículos que regulan los dividendos, intereses y regalías, que dicha sociedad reúne la calidad de beneficiario efectivo de la renta en cuestión.

5.8 Información obtenida de las entrevistas realizadas.

En el marco de esta investigación, se realizaron dos entrevistas a personas expertas en el tema. Las mismas, que se pueden ver en los anexos 1 y 2 contenían cinco preguntas que se les realizaron a ambos entrevistados.

De los entrevistas realizadas no se extrajo información que alterara los desarrollos de la presente investigación.

6. Discusión

6.1 Conclusiones de la Investigación

A continuación se desarrollarán las conclusiones parciales y finales del presente trabajo de investigación. Para ello, se irán respondiendo las preguntas específicas de investigación planteadas al comienzo del mismo, para finalmente responder, en base a la evidencia empírica recabada del análisis documental y las entrevistas realizadas, la pregunta principal de investigación.

6.1.1 Conclusiones parciales

A continuación se presentan las respuestas a las preguntas específicas de investigación;

- ¿Cuál es el origen y evolución del concepto “beneficiario efectivo”?

Encontramos el origen del término en un tratado celebrado entre el Reino Unido y Estados Unidos en el año 1945. Habiendo sido el mismo utilizado por primera vez en un tratado celebrado entre países del Common Law, la intención que probablemente tuvieron las partes intervinientes fue de asignarle al término idéntico significado a aquel que el mismo tenía a nivel de sus leyes domésticas.

Consideramos que si bien conocer aquel significado no resulta determinante en cuanto a la definición que de la expresión se tenga hoy, no deja de constituir un antecedente a la hora de intentar determinar su alcance, máxime cuando a la fecha se carece de una definición internacional.

La evolución del concepto a nivel internacional se observa a partir de las sucesivas modificaciones a los comentarios al Modelo de Convenio OCDE, los cuales a nuestro juicio recogerían la evolución doctrinaria y jurisprudencial en cuanto al alcance del mismo.

La misma transitó desde la consideración de aspectos formales, excluyéndose del alcance del término a agentes y mandatarios, a considerarse aspectos sustanciales, recogiendo en los últimos comentarios al Modelo de Convenio OCDE que el receptor de la renta debería tener el pleno derecho de uso y goce de la misma, sin limitación contractual o legal que lo obligue a transferir el pago recibido a otra persona. Este derecho de uso y goce de la renta debe ser distinguido de su propiedad legal, así como del titular del activo que lo genera. Cabe señalar además, que la obligación de transferir la renta no necesariamente debe surgir de documentos formales, sino que también puede surgir de hechos y circunstancias que lo acrediten.

- ¿Cuál es (o cuál fue) el propósito del establecimiento de dicho concepto en la normativa que lo establece?

Según surge de la presente investigación el concepto beneficiario efectivo habría sido introducido para contrarrestar el uso indebido de los tratados por parte de personas que no tendrían por sí mismas derecho a beneficiarse de los mismos, lo que lo ubicaría dentro de lo que comúnmente se denomina en materia de fiscalidad internacional como “*treaty shopping*”.

Entendemos que dicho propósito resulta al menos discutible en tanto la ausencia de beneficiario efectivo no implica necesariamente, según se analizó oportunamente, que haya habido abuso de convenio.

- ¿Ante qué tipo de cláusula se está?

Consideramos que no se trata de una cláusula antiabuso puesto que no se requiere verificar la intencionalidad de las partes, tratándose en definitiva a nuestro juicio de una cláusula específica que busca limitar los beneficios otorgados por los convenios para evitar la doble imposición de constatarse que el receptor de rentas por concepto de dividendos, intereses y regalías no reúne la calidad de beneficiario efectivo.

- ¿Existen figuras afines al concepto en nuestro ordenamiento jurídico interno?

De las figuras reconocidas por nuestro ordenamiento jurídico interno, encontramos que dentro del instituto del usufructo, previsto en los artículos 493 a 540 del Código Civil, la figura del usufructuario podría asimilarse a la de beneficiario efectivo en tanto supone la disponibilidad económica de la renta en cuestión.

- ¿Cómo ha sido delimitado el concepto por la jurisprudencia internacional?

Al momento de aplicar dicho concepto, surge de los diferentes fallos jurisprudenciales analizados -algunos de los cuales hemos reseñado en esta investigación-, la interpretación disímil de dicho término, lo cual obstaculiza o al menos, dificulta la correcta aplicación del mismo.

En este sentido, a la hora de calificar si se está en presencia de un beneficiario efectivo se plantea una nueva dificultad por cuanto en algunos casos se efectúa un análisis formal, como por ejemplo en el caso *Prévost*, mientras que en otros casos como *Indofood* y *Real Madrid* se efectúa un análisis de la sustancia de la operación.

- ¿Se han adoptado soluciones prácticas por los diferentes estados en relación al concepto?

Entendemos que las soluciones prácticas adoptadas en el ámbito de las administraciones tributarias analizadas tampoco contribuyeron a la hora de delimitar su alcance.

6.1.2 Conclusión final

Tomando como base las conclusiones parciales a las que se arribaron, se procederá a continuación, a responder a la pregunta principal de investigación planteada al inicio de nuestro trabajo la que se transcribe a continuación:

¿Cuál es el alcance del concepto “beneficiario efectivo” establecido en los convenios para evitar la doble imposición?

A más de 40 años de incorporado el concepto de beneficiario efectivo a los convenios para evitar la doble imposición no se ha delimitado claramente el alcance del mismo ni en éstos, ni en los modelos de convenio existentes, ni en los comentarios a los mismos.

Tampoco se ha ensayado una definición precisa a nivel doctrinario recogida a nivel internacional.

La mayoría de la doctrina aboga por la existencia de un significado fiscal internacional de la expresión “beneficiario efectivo”, hecho que también fue reconocido en alguno de los fallos jurisprudenciales analizados. Entendemos acertado tal enfoque por cuanto contribuye a una aplicación armónica de los convenios para evitar la doble imposición celebrados entre los diferentes estados. Por el contrario, recurrir a las diferentes legislaciones domésticas podría llevar a dificultades prácticas a la hora de aplicar las disposiciones de los mismos.

La cuestión es cómo derivar en un significado internacional o, en otras palabras, cómo inferirlo de su contexto, surgiendo a su vez dificultades a la hora de determinar este último. Consideramos pertinente señalar en relación a qué debe entenderse por contexto que, a nuestro juicio, el mismo podría comprender todos los elementos analizados en la presente investigación como ser, doctrinas más recibidas fallos jurisprudenciales, análisis del establecimiento y evolución de la cláusula beneficiario efectivo en los convenios para evitar la doble imposición, entre otros.

6.1.3 Recomendaciones

Dado lo expuesto precedentemente, consideramos necesario o al menos altamente conveniente la previsión de una definición expresa del concepto en el propio convenio.

En tal sentido, entendemos que tal definición debería establecer que para reunir la calidad de beneficiario efectivo, el receptor de la renta debe tener el pleno derecho de uso

y goce de la misma sin limitación contractual o legal que lo obligue a transferir el pago recibido a otra persona, debiendo distinguirse del propietario legal así como del titular del activo que genera dicha renta.

Ello conllevaría, a nuestro juicio y necesariamente, a un análisis de la sustancia económica de la operación concreta sujeta a análisis, sin que sea posible de antemano establecer pautas objetivas a efectos de la calificación de un negocio concreto. Entendemos que el término no debe ser analizado desde un punto de vista meramente formal, por cuanto de considerarse como elemento concluyente la calidad de propietario del activo que genera la renta a la hora de determinar la calidad de beneficiario efectivo, siempre el receptor inmediato de la misma reuniría tal calidad.

Si ello no llegara a concretarse, y si bien constituye una solución menos ambiciosa, consideramos conveniente definir ciertas pautas, vinculantes para los estados, a efectos de delimitar el alcance del término.

En este sentido, compartiendo los nuevos comentarios del Modelo de Convenio OCDE, el receptor de la renta debería tener el pleno derecho de uso y goce de la misma, sin limitación contractual o legal que lo obligue a transferir el pago recibido a otra persona. Este derecho de uso y goce de la renta debe ser distinguido de su propiedad legal, así como del titular del activo que lo genera. Cabe señalar además, que la obligación de transferir la renta no necesariamente debe surgir de documentos formales, sino que también puede surgir de hechos y circunstancias que lo acrediten.

Por último, creemos que el alcance del concepto de beneficiario efectivo no debería asimilarse a la persona física que tiene el control último sobre la sociedad o los activos ya que en el contexto en el que fue inserto, la finalidad fue clarificar la expresión pagadas a un residente, pudiendo ser éste persona física o jurídica.

7. Listado bibliográfico

AISEMBERG, Luis y otro: *“El concepto de Beneficiario Efectivo en Derecho Tributario Internacional”*, en

AVERY JONES, J. F. y otros: *“The origins of concepts and expressions used in the OECD models”* en *British Tax Review*, vol. 695, 2006, p. 753-754.

BAKER, P.: *“Beneficial ownership: After Indofood”* en *GITC Review*, vol. IV, N° 1, feb. 2007.

BAKER, P: *“Comentarios al MCOCDE, párrafos 10.b y 10.4.”*

BRUZZONE, L y otros: *“El abuso de convenios: Modalidades y forma de evitarlo desde la perspectiva uruguaya”* en *Revista Tributaria* N° 245, marzo – abril de 2015.

DU TOIT Charles: *“Beneficial Owner of royalties on bilateral tax treaties”* IBDF, Amsterdam.

DU TOIT, Charles: *“The Evolution of the term “Beneficial Ownership” in relation to International Taxation over the past 45 years”*, en IBDF, *Bulletin for International Taxation*, octubre 2010.

ELLIFE, C.: *“The interpretation and meaning of “Beneficial Owner” in New Zealand”*, en *British Tax Review*, p. 276-305.

FRASCHINI, I y otra: *“La planificación fiscal vs. El abuso de tratados. El treaty shopping y el concepto de beneficiario efectivo”*, en *Revista Tributaria*, n° 219, nov-dic. 2010.

KLAPPENBACH, Ana y otras: *“El concepto beneficiario efectivo en los convenios para evitar la doble imposición”*, en *Revista Tributaria*, Tomo XL, número 234, mayo-junio 2013.

LOAIZA, C.: *“La interpretación y calificación en los convenios para evitar la doble imposición”*, en *Revista Tributaria Uruguay* Tomo XXXVII, número 216, mayo-junio 2010.

MAZZ, Addy: *“La interpretación de los convenios para evitar la doble imposición”*, en *Revista Tributaria*, Tomo XL, número 233, marzo-abril 2013.

NIEVES, G.: *“Interpretación de los convenios para evitar la doble imposición”* en *Revista Tributaria*, Tomo XXXVII, número 217, julio-agosto 2010.

NIEVES, G.: *“Interpretación y aplicación de Convenios de doble imposición internacional”*, en *Revista Tributaria* Tomo XL, número 232, enero-febrero 2013.

OCDE: *“Modelo de Convenio Tributario sobre la Renta y sobre el Patrimonio”*, traducción al español del Instituto de Estudios Fiscales, julio 2010.

OECD Report entitled: *“Revised Text of Certain Articles of the 1963 OECD Draft Double Taxation Convention”*, publicado en abril de 1972 en Anexo del MCONU.

OECD: *“Double Taxations Conventions and the Use of Conduit Companies”*, adoptado por el Consejo de la OCDE el 27 de noviembre de 1986, en OECD, e-library.

OECD: *“Clarification of the meaning of “Beneficial owner” in the OECD Model Tax Convention”*, Discussion draft, 29 April 2011 to 15 July 2011, en

ONU: *“Convención modelo de las Naciones Unidas sobre la doble tributación entre países desarrollados y países en desarrollo”*, Revisión 2011.

PISTONE, P.: *“El abuso de los Convenios Internacionales en Materia Fiscal”* en *“Curso de Derecho Tributario Internacional”*, Víctor Uckmar, Editorial Temis, 2003, vol II.

UCKMAR, V.: *“Curso de Derecho Tributario Internacional”*, Editorial Temis, 2003, vol II.

SERRANO ANTÓN: *“Fiscalidad Internacional”*, Editorial Centro de Estudios Financieros, Madrid, 4ta. Edición.

TAVOLARO: “Beneficiario Efectivo” en RTFP, N° 52, set-oct 2003.

VOGEL: “On Double Taxations Conventions”

VEGA BORREGO, F.: “El concepto de Beneficiario Efectivo en los convenios para evitar la doble imposición”, Documentos Instituto de Estudios Fiscales N° 8/05.

XAVIER, Alberto: “Derecho Tributario Internacional. Conceptos fundamentales”. Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, Ciudad de Buenos Aires, Primera edición, agosto de 2005.

Casos de jurisprudencia internacional, entre otros:

“Indofood International Finance Ltd. v. JP Morgan Chase Bank” (2006), en www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2006/158.html.

“The Queen v. Prevost Car Inc.” Federal Court of Appeal, Canadá, 2008 en <http://www.canlii.org/en/ca/tcc/doc/2008/2008>.

Caso Real Madrid, sentencia 3378/2006 de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso, con sede en Madrid, en <http://poderjudicial.es/search/index-AN.jsp?org:an&comunidad:13>

Anexo I

Cuestionario Dr. Andrés Blanco

1.- ¿Entiende usted que el término “beneficiario efectivo” introducido en el Modelo de Convenio de la OCDE conlleva al análisis de la realidad económica?

Si, desde mi punto de vista sí, sin duda. Parecería ser que beneficiario efectivo, sobre todo el adjetivo efectivo, apunta a pasar por arriba de la calidad formal de accionista o socio. Es decir, apunta a prescindir de la calidad formal de integrante de la sociedad, para atender a quien es en sustancia el sujeto que recibe los beneficios derivados de la actividad que desarrolla la sociedad y que es objeto de reparto.

Para que coincidiera simplemente con el término accionista tendría que suponerse que las normas han introducido un texto redundante y, en general, los criterios generales de racionalidad de todos los sistemas, pero particularmente de los sistemas jurídicos, indican que una cualidad racional del mismo es que no es redundante, es decir, que cada situación está tratada una vez y de una manera, no dos veces y de la misma manera o con dos nombres distintos. Entonces, empíricamente uno puede comprobar casos de redundancia en los sistemas jurídicos (en los sistemas normativos o en cualquier sistema). No obstante, para evaluar una determinada solución hay que partir del supuesto de que, en principio, el sistema no es redundante. Esto ha sido desarrollado por Alchourron y Bulygin, en el famoso trabajo titulado en inglés “Normative Systems”, y en español “Introducción a la Metodología de las Ciencias Jurídicas y Sociales”. En este trabajo, los autores señalan que una de las cualidades formales que hay que suponer en un sistema jurídico es, justamente, la no redundancia, aparte de la coherencia y la unidad.

2.- ¿A los efectos de interpretar dicho concepto considera que debería remitirse al derecho interno en virtud de lo dispuesto por la cláusula de reenvío establecida en el artículo 3.2 de los Convenios?

Si, primero que nada debo señalar que es un tema que aún no he abordado en profundidad. De todas maneras, remítase al derecho interno o no, las líneas generales de la discusión van a ser semejantes porque parecería que está pensando para el caso que se tenga en la legislación interna alguna norma que defina beneficiario efectivo de una manera especial. Ahora bien, eso necesariamente impone un análisis en función de la realidad, es decir, pasar por encima de la forma jurídica quizás con alguna pauta específica. Por ejemplo, la existencia en el derecho interno de alguna pauta especial para evaluar la realidad para el caso concreto del beneficiario efectivo, que algunos países la podrían tener. Por ejemplo, que se establezca: “...existirá beneficiario efectivo cuando: a)...b)... c)... d)...” Pero en general, parecería que la línea general sería esa.

Se pregunta: Remisión al derecho interno en el sentido si podría suponer que coloques el concepto de beneficiario efectivo en un instituto ya creado partiendo de la base de que nuestro derecho no lo tiene?

No, no lo tiene pero no es inconsistente tampoco con otras categorías que maneja el derecho positivo y la dogmática interna, por ejemplo, el artículo 6 del Código Tributario.

Quizás no sea tan importante preguntarse si el concepto encuadra dentro de una figura ya existente, sino preguntarse si es inconsistente con algo que ya se tiene.

3.- ¿A su criterio, cuál sería la naturaleza jurídica del referido concepto: norma antielusiva, antiabuso u otro?

Bueno, en ese caso yo tengo que hacerles a ustedes una pregunta ¿a dónde apuntan con la pregunta de la naturaleza jurídica? ¿Que diferencia habría entre llamarlo norma antielusiva, norma antiabuso?

Las preguntas sobre la naturaleza jurídica son complejas. Los juristas lo hacemos habitualmente. El tema es que para abrir bien la discusión hay que desplegar todo lo que uno está colocando implícitamente en la discusión acerca de la naturaleza jurídica. Si la pregunta refiere a si es una u otra porque la norma antiabuso requiere una finalidad “desviada”, y la norma antielusiva no, porque funcionaría de una manera más objetiva, la verdad, no lo sé, habría que ver un poco más los antecedentes y demás. Realmente, necesitaría reflexionar un poco más en relación al tema para emitir opinión acerca de si es una cosa u otra.

Se pregunta: ¿O tal vez podemos tildarla como ninguna de las dos?

O cualquiera de las dos. Colocar en un lugar u otro la frontera de la norma antiabuso está bastante atado con las intenciones que tenga el dogmático que esté analizando el problema o el juez que esté analizando el problema. Es decir, cualquier norma antielusiva podría ser calificada como una norma antiabuso. Parecería que la tendencia general en todo este tipo de normas es a que funcionen de manera objetiva, como las normas de precios de transferencia. El caso de los precios de transferencia es un caso típico. ¿Por qué surge la figura? Para evitar toda discusión de la realidad versus forma. De esta manera se establece una norma objetiva y cuando hay un apartamiento de esta pauta, o de esta regla fijada en forma fría por el texto legal se practica el ajuste prescindiendo de la valoración de intenciones. Entonces, parecería que este tipo de normas que pertenecen a un mismo conjunto, o a una misma familia de normas, como es la de beneficiario efectivo, apuntaría a eliminar valoraciones subjetivas y otras evaluaciones semejantes que están sí en la valoración acerca del fraude o en la decisión acerca del abuso. Si esto fuera así, cabría pensar que están más cerca de una norma objetiva que subjetiva.

4.- ¿Cuál sería a su juicio el fundamento jurídico de un acto administrativo dictado a los efectos de desconocer la calidad de beneficiario efectivo ante un caso concreto? ¿Bastaría lo dispuesto por el artículo del convenio aplicable al caso concreto o requeriría la aplicación conjunta de dicho artículo y el artículo 6 del Código Tributario?

Eso en realidad refiere simplemente al planteamiento de qué normas deben invocarse. Estamos asumiendo que es un caso en el cual hay un tratado en el cual se prevé el caso de beneficiario efectivo. En principio parecería que bastaría la sola aplicación de la norma del tratado, porque el tratado de derecho interno es un fundamento jurídico igual que el Código Tributario y el tratado está en el mismo rango que el Código Tributario, es una ley también. No estaría demás invocar el artículo 6 del Código Tributario pero parecería que si no se hiciera no habría mayor problema.

5.- ¿Considera usted que el concepto de beneficiario final previsto por el artículo 2º de la Ley N° 18.494, de 11 de junio de 2009, tiene un significado similar al concepto en estudio?

Bueno, conceptualmente tendría que decir que sí, porque a la larga el beneficiario efectivo de un rendimiento siempre es una persona física, siempre. O sea, al final del día siempre hay una persona física. Las personas jurídicas no existen, no hay nada atrás de una persona jurídica, más que seres humanos. Ahora, otra cosa es el concepto de beneficiario efectivo en el contexto del Modelo de OCDE. Eso ya es otra cosa distinta que sinceramente preferiría no emitir opinión porque no lo tengo aún estudiado a fondo (tal vez allí el contexto determina una solución distinta pero preferiría no pronunciarme en relación a ello).

Anexo II

Cuestionario Dr. Juan Bonet

1.- ¿Entiende usted que el término “beneficiario efectivo” introducido en el Modelo de Convenio de la OCDE conlleva al análisis de la realidad económica?

En nuestra opinión va al análisis de la realidad, pero parte de la misma implica la constatación de la existencia de elementos jurídicos formales que el concepto de BE conlleva.

2.- ¿A los efectos de interpretar dicho concepto considera que debería remitirse al derecho interno en virtud de lo dispuesto por la cláusula de reenvío establecida en el artículo 3.2 de los Convenios?

No, entendemos que hay una concepción internacional del concepto.

3.- ¿A su criterio, cuál sería la naturaleza jurídica del referido concepto: norma antielusiva, antiabuso u otro?

Norma antielusiva especial.

4.- ¿Cuál sería a su juicio el fundamento jurídico de un acto administrativo dictado a los efectos de desconocer la calidad de beneficiario efectivo ante un caso concreto? ¿Bastaría lo dispuesto por el artículo del convenio aplicable al caso concreto o requeriría la aplicación conjunta de dicho artículo y el artículo 6 del Código Tributario?

Bastaría con lo que señala el convenio aplicable. El tema puede ser que del concepto del CDI existan aspectos de prueba relacionados con la realidad como ya fue mencionado.

5.- ¿Considera usted que el concepto de beneficiario final previsto por el artículo 2° de la Ley N° 18.494, de 11 de junio de 2009, tiene un significado similar al concepto en estudio?

No, en absoluto y lo desarrollamos en nuestro trabajo.