



UNIVERSIDAD DE
MONTEVIDEO

Universidad de Montevideo

**Tesis Máster en Derecho y
Técnica Tributaria**

**El Concepto de Beneficiario Efectivo,
Con Énfasis En Algunos De Los Estados Con
Los Cuales Uruguay Tiene Convenios Firmados**

Maestranda

Cra. Ana María Rivas

Tutor Académico

Dr. Horacio Viana

Agosto 2017

Índice de contenido

CAPÍTULO 0 – RESUMEN EJECUTIVO	3
Metodología del trabajo.....	7
Concepto de Beneficiario Efectivo: doctrina y criterios de interpretación	7
Uruguay. Jurisprudencia, doctrina y normativa interna.....	8
Jurisprudencia.....	9
Resumen y conclusiones.....	9
CAPÍTULO 1 – INTRODUCCIÓN.....	11
CAPÍTULO 2 – CONCEPTO DE BENEFICIARIO EFECTIVO:	13
Orígenes y dificultades.....	13
Definición e interpretación.....	15
Artículos a los que aplica.....	23
¿Cláusula anti-abuso o atribución de potestad tributaria, disposición de tipo amplia o restrictiva?.....	29
Medidas anti-abuso específicas o generales, uso de normativa interna.....	37
BEPS y Beneficiario Efectivo.....	41
CAPÍTULO 3 – URUGUAY JURISPRUDENCIA Y DOCTRINA.....	50
Treaty Shopping.....	53
El concepto de beneficiario efectivo en la doctrina nacional.....	54
¿Norma anti-abuso o cláusula de atribución de potestad tributaria? Su vinculación a una concepción económica o jurídica del concepto de beneficiario efectivo.....	61
Normativa interna.....	63
CAPÍTULO 4 – JURISPRUDENCIA.....	72
Argentina	72
Molinos Rio de la Plata S.A. (Tribunal de la Nación, Argentina).....	72
Chile.....	90
Brasil.....	101
Tim Nordeste S.A.....	104
Caso Volvo.....	106
Canadá.....	107
Prévost Car Inc. v. The Queen, (Tribunal Federal de Apelaciones, Canadá, 2008 T.C.C. 231.....	107
España.....	114
Real Madrid (Recurso N° 1110/2003, Audiencia Nacional, España, SAN 3378/2006, entre otros).....	114

Francia.....	124
Royal Bank of Scotland (Consejo de Estado, Francia 2006).....	124
India.....	130
Union of India vs Azadi Bachao Andolan (Suprema Corte de India) 2003-TII-02- SC- INTL).....	131
DIT v Universal International Music BV (Suprema Corte de Bombay).....	133
Holanda	141
Royal Dutch Shell (Hoge Raad, Suprema Corte, Paises Bajos), N. 28638, 6th April 1994, BNB 1994/2171.....	141
Suiza.....	147
Total Return SWAP (Suprema Corte, Suiza, 2C_364/2012; 2C_377/2012).....	147
V SA (Juzgado Tributario, Suiza, 65.86/2001).....	150
CAPÍTULO 5 – RESUMÉN Y CONCLUSIONES.....	157
Conclusiones.....	167
CAPÍTULO 6 – BIBLIOGRAFIA.....	170

El concepto de Beneficiario Efectivo, con énfasis en los Estados que tienen convenios firmados con Uruguay

Agradecimientos

Ante todo deseo expresar mi agradecimiento a la Institución y sus destacados miembros, que participaron con disposición y flexibilidad, posibilitando que este trabajo fuera posible en las condiciones que hoy se presenta.

En particular quisiera comenzar por referirme a la fraterna generosidad del Dr. Carlos Loaiza y del Coordinador Sr. Pablo Genta, que impregnaron de optimismo la realización de esta búsqueda apasionante y compleja.

Y en especial, destacar la dedicación del Dr Horacio Viana, por su experticia y orientación en la reorganización del presente trabajo, pues gracias a su atenta tutoría, fue posible identificar el enfoque y desarrollo del tema, el consecuente proceso de escritura, análisis, discusión y síntesis, a través del extenso, y a veces azaroso, corpus bibliográfico.

El concepto de Beneficiario Efectivo, con énfasis en los Estados que tienen convenios firmados con Uruguay

Exoneración de responsabilidad autoral de Tesis.

Ana María Rivas, titular de la Cédula de Identidad Número 1.827.324-1, alumna del Máster en Derecho y Técnica Tributaria de la Facultad de Derecho de la Universidad de Montevideo, declaró que la totalidad del contenido del presente documento es un reflejo de mi trabajo personal y manifiesto que ante cualquier notificación o denuncia de plagio, copia o falta a la fuente original, soy responsable directo legal, económico y administrativo, liberando de toda responsabilidad y afección al Tutor/Director de Trabajo, a la Universidad de Montevideo y a las instituciones que hayan colaborado en dicho trabajo, asumiendo personalmente las consecuencias derivadas de las practicas.

El concepto de Beneficiario Efectivo, con énfasis en los Estados que tienen convenios firmados con Uruguay

CAPÍTULO 0 – RESUMEN EJECUTIVO

En los últimos años Uruguay ha reorientado su inserción en el ámbito internacional en base, fundamentalmente, a un conjunto de medidas que abarcan distintos objetivos estratégicos, en los que intervienen entre ellos aspectos vinculados a la comercialización, hasta políticas reguladoras de orden tributario.

Es en este ámbito tributario, en el que la necesidad económica de integración internacional, el fortalecimiento de las relaciones comerciales, las estrategias de logística, el desarrollo de los instrumentos financieros y los avances en las tecnologías de las comunicaciones como motor de buena parte de estos elementos, han impuesto severas transformaciones y desafíos a las Administraciones tributarias, no solo en Uruguay, en un intento de acompasar el dinamismo de los intercambios comerciales y la mayor sofisticación que conllevan. Como es lógico, esto ha derivado también en la necesidad de ajustarse a los cánones internacionales de tributación internacional, transparencia fiscal e intercambio de información: combate a la evasión, elusión y desarrollos de mecanismos para evitar la doble imposición.

Para cumplir con esto, asistimos a la firma de numerosos Convenios Internacionales para evitar la Doble Imposición, como así también, de tratados de intercambio de información, en los cuales Uruguay ha seguido principalmente el modelo de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) en convenios tributarios sobre la Renta y el Patrimonio.

Es a través de éste y de otros instrumentos reguladores, que se ha introducido en la normativa nacional, numerosas transformaciones tendientes a cumplir con los estándares internacionales dominantes. Esta necesaria actualización permeó nuestro sistema tributario, y a través de la firma de con-

El concepto de Beneficiario Efectivo, con énfasis en los Estados que tienen convenios firmados con Uruguay

venios para evitar la doble imposición, habilitó la introducción de conceptos recogidos del derecho tributario internacional.

Tal es el caso que nos ocupa: el concepto de *Beneficiario Efectivo*, las disposiciones relativas a éste, forman parte integrante del Modelo de Convenios de doble imposición de la OCDE y ONU, en los que se apoyan la mayoría de los convenios de doble tributación suscriptos por nuestro país, y se incluyen en los artículos 10,11 y 12 y en sus correspondientes comentarios, relativos a rentas de origen pasivo: dividendos, intereses y regalías.

Por otra parte, desde la introducción del concepto en el Modelo OCDE, han quedado en evidencia las dificultades de interpretación que suscita, aunado a la carencia de definición del mismo en el ámbito tributario internacional, introduciendo un grado importante de complejidad e incertidumbre tanto para el contribuyente como para las administraciones tributarias. Para el primero, implica una disminución de posibilidades de ahorro fiscal y por tanto una reducción en su ganancia, pero también, como se ha observado, otorga espacios que pueden ser utilizados por el sujeto pasivo para obtener ganancias valiéndose en ocasiones del abuso de los Convenios de Doble Imposición (CDI), aprovechando vacíos para evitar un gravamen que de otra forma hubiere correspondido. Para el segundo en cambio, implica una disminución en la recaudación vía aplicación de los beneficios derivados del tratado, cuando no una renuncia a su potestad tributaria.

Obviamente Uruguay no puede escapar a esta realidad, y si bien hasta el momento no existen antecedentes jurisprudenciales autóctonos, no se puede desconocer que seguramente en no mucho tiempo es posible que asistamos a los primeros casos de conflictos derivados de la aplicación del concepto de Beneficiario Efectivo. De aquí la importancia de analizar el tratamiento que ha tenido el concepto de *Beneficiario Efectivo*, en los países con los cuales Uruguay ha celebrado Convenios de Doble Imposición o de Intercambio de Información.

El concepto de Beneficiario Efectivo, con énfasis en los Estados que tienen convenios firmados con Uruguay

Como es de notar, este tipo de rentas es muy importante para Uruguay, por el tipo de inversiones que atrae, es probable que en la mayoría de las transacciones vinculadas a este tipo de rentas, el papel que desempeñe Uruguay sea de pagador de dividendos, intereses y regalías, al ser importador de tecnologías y receptor de capitales y financiamiento. Como se aprecia, los convenios son entonces instrumentos de coordinación fiscal, que buscan minimizar los efectos de la doble imposición a la que pueden estar expuestas las empresas en virtud de la re-localización de actividades de la cadena productiva en busca de una mayor competitividad. Esto es así porque, no solo el estado de la residencia se obliga a eliminar la doble imposición respecto de la imposición en el estado de la fuente, sino porque también a través de los mismos se habilita a eliminar o reducir la imposición en la fuente, implicando un importante sacrificio para algunos Estados. Pero puede darse el caso además, de que se hiciese un uso inapropiado del convenio y la incertidumbre acerca del alcance del concepto puede implicar que el estado de la fuente, nuestro país por ejemplo, estaría otorgando un beneficio que no correspondiera, vulnerando su potestad tributaria.

En este último caso, las empresas estarían incurriendo además, al uso de mecanismos de reducción o eliminación de la tributación en el estado de la fuente, ya sea mediante el uso de estrategias de treaty-shopping, rule shopping o su uso simultáneo.

El treaty-shopping, o abuso subjetivo, como lo clasifican Guillermo Nieves y otros, se caracteriza por la aplicación de un convenio de doble imposición, al que se pretende acceder y que en principio no sería aplicable, pero que a través de maniobras como la interposición de una persona o sociedad en el Estado que ha celebrado un convenio con el estado de la fuente se hace entonces accesible. En el rule shopping, en cambio, no se busca acceder a la aplicación de un convenio, sino que una vez que el mismo es

El concepto de Beneficiario Efectivo, con énfasis en los Estados que tienen convenios firmados con Uruguay

aplicable, lo que se pretende es hacer uso de la regla distributiva respecto del tipo de renta que dé lugar a una menor imposición.

El Estado de la fuente deberá, además de la normativa interna relativa a la retención a aplicar, considerar lo dispuesto por el convenio. Puede ocurrir que la retención prevista en la normativa interna sea mayor a la estipulada en el convenio, debiendo entonces, aplicar lo previsto en este último.

A continuación en el cuadro siguiente, a modo de ejemplo, se recopilan las tasas aplicables, según la categoría de rentas para algunos de los convenios firmados por Uruguay. Como se aprecia, los convenios celebrados con Alemania, España, Suiza, Chile y la India. En lo relativo a dividendos, la tasa aplicable podría ser inferior a la tasa de retención del 7 % que surge de la normativa interna; en cuanto a los intereses, vemos que los convenios con España y Chile, puede presentar tasas más reducidas a la retención del 12% prevista en impuesto a la renta de no residentes. Por último, en cuanto a regalías, el convenio con España sería el más desfavorable, en los demás casos y en términos generales el tope máximo aplicable en la mayoría de los casos se encuentra en el 10 %, menor a la tasa del 12% de reten-

CONVENIOS	PORCENTAJE GRABADO DE ACUERDO AL TIPO DE RENTA		
	REGALIAS	DIVIDENDOS	INTERESES
ALEMANIA	10%	5% ó 15%	10%
ECUADOR	10% Ó 15%	10% Ó 15%	15%
ESPAÑA	5% Ó 10%	0% Ó 5%	0% Ó 10%
INDIA	10%	5%	10%
SUIZA	10%	5% Ó 15%	10%
CHILE	10%	5% Ó 15%	4% Ó 15%

ción correspondiente por IRNR en la normativa interna.

El concepto de Beneficiario Efectivo, con énfasis en los Estados que tienen convenios firmados con Uruguay

Metodología del trabajo

El presente estudio se ha dividido en cuatro secciones, en las primeras tres se pretende abordar el concepto de *Beneficiario Efectivo* desde diferentes perspectivas. Así presentaremos el punto de vista doctrinario internacional y de los criterios interpretativos en el capítulo 2, para después orientar el rumbo desde la perspectiva de Uruguay, considerando la jurisprudencia, los desarrollos de la doctrina nacional al respecto y la normativa interna en el capítulo 3 y para finalizar esta triada se pretende, en el capítulo 4, realizar un enfoque desde la perspectiva de la jurisprudencia vinculada a algunos los Estados con los cuales Uruguay tiene convenios firmados.

La cuarta y última sección (Capítulo 5) pretende ser un resumen de las conclusiones a las que se arribaron.

En forma breve a continuación se expone un detalle somero de la metodología contemplada en las cuatro secciones a las que se hizo referencia.

2. Concepto de Beneficiario Efectivo: doctrina y criterios de interpretación

Se realizará en este capítulo un breve estudio diacrónico relativo a las modificaciones y evolución del concepto, desde su definición inicial y su posterior introducción en los convenios de doble imposición, hasta las últimas consideraciones no exentas de contrastes, matices y revisiones (cláusula anti-abuso o de atribución de potestad tributaria, criterios de interpretación, medidas anti elusivas, comentarios del modelo Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (“OCDE”) y revisiones al mismo en 2014).

Relevamiento y análisis comparado, focalizado en la discusión doctrinaria nacional e internacional. El objetivo de esta sección será establecer las diferentes posturas doctrinarias, a nivel internacional, incluyendo la de los

El concepto de Beneficiario Efectivo, con énfasis en los Estados que tienen convenios firmados con Uruguay

Comentarios al Modelo de de Convenio Tributario sobre la Renta y el Patrimonio de la OCDE (“Modelo OCDE”), para establecer el marco teórico a partir del cual se analizarán las sentencias y la doctrina nacional.

3. Uruguay. Jurisprudencia, doctrina y normativa interna

Se procederá a cotejar la doctrina nacional, la normativa interna y la jurisprudencia, relacionada a esta última (como ser el inciso segundo del art. 6 en lo relativo a la prescindencia de las formas jurídicas, y como precedente de ello, la sentencia del Tribunal de lo Contencioso Administrativo N° 256 /013 del 2 de mayo de 2013); tratando de acercarnos a las cuestiones en discusión en ocasión de presentarse un caso relativo al concepto de Beneficiario Efectivo.

Se discutirá entonces, la aplicabilidad del art. 6 del Código Tributario Uruguayo, como así también, se procederá a considerar el recurso del fraude a la norma tributaria, como medida para hacer caer los beneficios derivados de un convenio al que se ha accedido de forma ilegítima. Respecto del fraude a la norma fiscal se ponderarán distintas posturas doctrinarias, como jurisprudenciales en las cuáles el alcance dado al concepto de beneficiario efectivo, permite el ingreso de las normas generales anti-abuso internas.

Corresponde asimismo, distinguir el actual contexto respecto del concepto, como también de otros mecanismos que en principio pudieran parecer no aplicables, pero que pueden modificar aspectos relevantes de los Convenios de Doble Imposición, como ser el plan de acción *Base Erosion and Profit Shifting* (BEPS) de la OCDE, en especial con la inclusión de cláusulas anti-abuso dentro de los tratados relativas a “treaty shopping”.

El concepto de Beneficiario Efectivo, con énfasis en los Estados que tienen convenios firmados con Uruguay

4. Jurisprudencia

Discusión y análisis de la jurisprudencia citada, para ello se examinarán los fallos de los magistrados, cómo se llegaron a ellos, cuál fue el criterio de interpretación al que adscribieron y qué elementos vinculados a dichos criterios fueron los pilares en la elaboración del concepto. Como vehículo idóneo se recurrirá al análisis de algunos tratados firmados o en etapa de aprobación de Uruguay con otros estados relativos a este aspecto, lo que nos permitirá realizar un estudio dividido por Estados.

El criterio de selección de los casos a considerar, da cuenta de un orden clasificatorio en función de los elementos considerados en las sentencias y la interpretación que en éstas se ha hecho del concepto de *Beneficiario Efectivo*. La muestra en consecuencia se compone de un grupo de casos, algunos de ellos referentes de esta área específica de estudios dentro del derecho tributario internacional, que han sentado las bases en lo que a antecedentes de jurisprudencia y discusión doctrinaria respecta.

Y si bien algunas de las sentencias se refieren a jurisdicciones con las cuales Uruguay tiene acuerdos exclusivamente referido al intercambio de información (Países Bajos, Francia y Canadá) o en el cual el concepto es a priori irrelevante (Argentina), dada la significación a nivel internacional de estas decisiones y la proximidad geográfica en el caso de Argentina, se considera que éstas tendrán un aporte significativo al trabajo.

5. Resumen y conclusiones

Algunas de las interrogantes sobre las que se trabajarán las conclusiones serán relativas a las opciones que Uruguay puede considerar respecto del concepto de Beneficiario Efectivo, desde las siguientes alternativas:

El concepto de Beneficiario Efectivo, con énfasis en los Estados que tienen convenios firmados con Uruguay

1. La conveniencia de incluir una definición del concepto dentro de la normativa interna.
2. Incluir tal definición en los propios convenios dentro del capítulo de “Definiciones Generales”.
3. Cómo se puede ver afectado el concepto, en los tratados de doble imposición ante la perspectiva del plan de acción BEPS (Erosión de la Base Imponible y el Traslado de Beneficios), de acuerdo a lo previsto en el *Plan de acción 6* “Impedir la utilización abusiva de convenios”.
4. Jurisprudencia y alcance del concepto como forma de ingreso la normativa interna anti-abuso.
5. Aplicabilidad del artículo 6 del Código Tributario Uruguayo.

El concepto de Beneficiario Efectivo, con énfasis en los Estados que tienen convenios firmados con Uruguay

CAPÍTULO 1 – INTRODUCCIÓN

La complejidad y sofisticación de las estructuras de negocios, el uso abusivo de los CDI, las necesidades crecientes de las administraciones tributarias de recursos, las crisis de EEUU y de Europa, han forzado a una acción más estricta de los organismos internacionales en su intento de fomentar el comercio en un ámbito de negocios más uniforme y controlado. Esto ha supuesto también, incrementar los esfuerzos por reducir “las malas prácticas de negocios” a través del combate de la evasión, al uso abusivo de los convenios de doble imposición, y en un mayor énfasis de la OCDE en combatir la elusión fiscal y ahora también la doble no imposición. Si bien estos propósitos no son nuevos, el énfasis dado a los mismos y el desarrollo, o más bien, el perfeccionamiento de instrumentos que permitan llegar a este objetivo son más agresivos, a la par de las malas prácticas que intenta abatir. Asistimos entonces, al desarrollo e incentivo, a los estados partes y no partes de la OCDE, a incluir dentro de sus convenios de doble imposición cláusulas anti-abusos, a adherir a la aplicación del plan *BEPS*, entre otros mecanismos reguladores. Si bien el plan de acción *BEPS*, no hace mención expresa sobre el concepto de *Beneficiario Efectivo*, no se puede desconocer que entre sus cometidos explícitos destaca, el combate al uso abusivo de los convenios. Es posible entonces, que atendiendo a la *coherencia, sustancia y transparencia* solicitada en dicho instrumento, el concepto objeto de nuestro análisis, no será ajeno a la aplicación de medidas correctivas. Es en este complejo entramado en el que se circunscribe el concepto de *Beneficiario Efectivo*, cláusula o concepto que seguramente seguirá dando que hablar.

Uruguay no ajeno a este panorama múltiple, se encuentra en una incipiente etapa de aplicación de los convenios y no ha tenido aún oportunidad para desarrollar una jurisprudencia, sobre esta problemática. Nos en-

El concepto de Beneficiario Efectivo, con énfasis en los Estados que tienen convenios firmados con Uruguay

contramos en un momento de encrucijadas y de grandes cambios ya que seguramente las observaciones que se hagan de aquí en más se verán modificadas en el corto plazo a consecuencia de la interacción de algunos de los elementos mencionados.

El concepto de Beneficiario Efectivo, con énfasis en los Estados que tienen convenios firmados con Uruguay

CAPÍTULO 2 – CONCEPTO DE BENEFICIARIO EFECTIVO: DOCTRINA Y CRITERIOS DE INTERPRETACIÓN

Orígenes y dificultades

El origen del concepto se encuentra en el derecho anglosajón, vinculado inicialmente a los títulos de propiedad entregados en ocasión de la enajenación de tierras por sus propietarios legales. Usado inicialmente en un intento por distinguir entre el propietario legal de las mismas y el titular que posee capacidad de disposición económica, sin ser el propietario jurídico o legal.

Posteriormente, en el ámbito de los trusts, se mantiene esta diferenciación, así el término adquiere mayor complejidad como señalan John F. Avery Jones, Kess Van Radd entre otros¹, cuando en lugar de la propiedad sobre un bien o activo, pasamos a hablar de quien ostenta la propiedad efectiva sobre una renta derivada de la tenencia de un activo, y de quienes se encuentran sometidos a tributación en virtud de la naturaleza de los ingresos recibidos. En estrecha vinculación, se encuentra la posibilidad de la obtención de ciertas ventajas fiscales para el contribuyente, cuando mediante la interposición de un trust le sea posible cambiar la naturaleza de la renta y de esta forma reducir su tributación. Todos estos aspectos ya ocasionaban dificultades en el sistema del Common Law, del cual el concepto es originario.

No es de extrañar entonces que suscite problemas de interpretación, cuando el mismo es introducido en el MC OCDE, como tampoco lo es las dificultades que se plantean en aquellos regímenes que siguen un sistema legal distinto del Common Law. Ya sea que estas dificultades se originen en la

¹ John F. Avery Jones, Kess Van Radd entre otros. The Origins of Concept and Expressions used in the OECD Model and their Adoption by States BULLETIN – TAX TREATY MONITOR Vol. 60 N° 6: s/d June 2006, pág. 246.

El concepto de Beneficiario Efectivo, con énfasis en los Estados que tienen convenios firmados con Uruguay

diversidad idiomáticas, a la coexistencia de regímenes legales diferentes; y la carencia de una figura con una exacta correspondencia a dicho concepto, en los mismos; a la falta de consenso sobre el tema; e incluso a la necesidad de los estados partes de no resignar su potestad tributaria, como también seguramente a aspectos de política tributaria y económica definidos en el ámbito diplomático por los estados intervinientes. No obstante ello, tampoco se puede considerar que el término sea inasible, para los países que no siguen el régimen anglosajón; es posible en cambio acercarse al mismo en forma lateral recurriendo a otras nociones del derecho. A modo de ejemplo, en nuestro Derecho Civil al igual que en otros regímenes civilistas, se puede hablar del desmembramiento del dominio y distinguir entre distintos niveles de propiedad. Cuando hablamos de propiedad, nos estamos refiriendo al derecho del titular de un bien a gozar y disponer libremente del mismo, siempre que en el ejercicio de este derecho, no se vulnere el derecho de terceros ni sea contrario a la ley. Dentro del ejercicio de este derecho de propiedad en la cosa, encontramos además los derechos que se constituyen por el desmembramiento del dominio. Conceptos como el nudo propietario, usufructuario, derecho de uso, etc., presentan cierta proximidad a la concepción del término de beneficiario efectivo. Otro ejemplo de esta división de la propiedad, también dentro de nuestra normativa, se haya referido al usufructo de acciones. En el art. 308 de la Ley 16.060 de Sociedades Comerciales, se reserva al socio la calidad de nudo propietario, para el o los usufructuarios, el derecho a percibir las ganancias obtenidas durante el período de usufructo. Pese a este acercamiento, que a través de figuras jurídicas similares pueden tener los países que siguen el régimen jurídico Civil, no es raro que se susciten controversias, dado que el modelo de convenio se aplica a los tratados firmados entre estados que usualmente cuentan con diferentes regímenes legales. Es muy probable, en consecuencia, que cuenten con diferentes definiciones e interpretaciones del concepto de beneficiario efecti-

El concepto de Beneficiario Efectivo, con énfasis en los Estados que tienen convenios firmados con Uruguay

vo, como así lo explica Charl du Toit en de Bulletin for international taxation October 2010. Para el autor, el conflicto es más común en la aplicación de convenios celebrados entre países que aplican regímenes legales diferentes (sistema anglosajón y el sistema de derecho civil).²

El propio texto del modelo, reconoce las dificultades que ha aparejado el uso del término Beneficiario Efectivo, y así ha quedado reflejado en el párrafo 2 de los comentarios a los artículos 10 y 11 numerales 12.1 y 9.1 respectivamente, modificados ambos en julio de 2014.

El primer uso que se registra del concepto “*Beneficiario Efectivo*” vinculado a convenios de doble imposición y del modelo OCDE, se encuentra en el protocolo de Estados Unidos y el Reino Unido de 1966³. Se utilizó allí, para sustituir la frase “*Sujeta a imposición*”, ya vinculado a las rentas derivadas de intereses, dividendos y regalías.

Definición e interpretación

Otro punto a considerar, es el referente a la definición e interpretación del término “Beneficiario Efectivo”.

En primer lugar, desde la introducción del concepto hasta la modificación que se realizara al modelo OCDE y sus comentarios en 2014, como ya mencionáramos, no existe una definición sobre el concepto que zanje definitivamente las dificultades que desde su introducción se han aparejado. Esto puede deberse como ya indicamos, a la coexistencia de distintos factores.

En consecuencia, ante la carencia de una definición, cuáles serían entonces los mecanismos de interpretación que nos permitirían calificar a

² Charl du Toit, The Evolution of the Term “Beneficial Ownership” in Relation to International taxation over the Past 45 Years. Bulletin for international taxation October 2010. pág. 500

³ John F. Avery Jones, Kess Van Radd entre otros. The Origins of Concept and Expressions used in the OECD Model and their Adoption by States BULLETIN – TAX TREATY MONITOR Vol. 60 N° 6: s/d June 2006, pág. 248.

El concepto de Beneficiario Efectivo, con énfasis en los Estados que tienen convenios firmados con Uruguay

una persona o entidad como beneficiario efectivo. Las opciones posibles, que podrían o no ser excluyentes, siendo necesaria en la primer hipótesis, la armonización para su compatibilización, serían entonces; 1) *si partimos de la base que los convenios de doble imposición son acuerdos internacionales, correspondería, por ende, que estuvieran regulados por la Convención de Viena;* 2) o la interpretación de acuerdo a lo establecido en el art. 3.2 del Modelo OCDE.

Si consideramos la primera opción, surge la prioridad de tomar en consideración los criterios interpretativos derivados de ésta, que a continuación se transcriben:

Artículo 31. Regla general de interpretación.

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 estos 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 refiera 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:

El concepto de Beneficiario Efectivo, con énfasis en los Estados que tienen convenios firmados con Uruguay

c) toda forma 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*

Del numeral 1 de éste artículo, surge que debe considerarse el sentido corriente del término contenido en el tratado, y en el contexto de éste, de acuerdo al objeto y sus fines y debiendo interpretarse de buena fe. Los preceptos del artículo 31, se apoyan en éstos cuatro puntos.

En primer lugar, ante la necesidad de recurrir a la interpretación de algún término, la primera referencia es al sentido corriente del mismo, es decir que deberá asignarse al término su significado ordinario. Paul Guggenheim al respecto, sobre la interpretación de los tratados y más específicamente sobre los problemas que originan los vacíos normativos, observaba que el contenido de una norma de derecho deberá basarse en su sentido natural u ordinario de los términos, que permitan mediante la interpretación llegar a una solución⁴.

Antonio Brotóns y otros, entienden que cuando el art. 31 se refiere al sentido corriente de un término, lo hace en el ámbito de un contexto jurídico, que por lo general refiere a un sentido técnico o especializado de los términos.

Asimismo, en la discusión del procedimiento a seguir en la interpretación de los tratados durante la Convención de Viena, tuvo preponderancia la línea de pensamiento que lideraba el método interpretativo textual, en tanto hubo conformidad en su carácter garantista, derivado de una lectura del texto en forma independiente y como reflejo materializado por escrito, de la intención de las partes en dar a los términos y disposiciones un sentido gene-

4 *“Traité de Droit International public”*. Tomo I Pág. 139, Librairie de l'Université, Georg & Cie S.A . Genève 1953.

El concepto de Beneficiario Efectivo, con énfasis en los Estados que tienen convenios firmados con Uruguay

ral o corriente usado por los estados que participen en la redacción del tratado.

Por otra parte, ésta referencia al sentido corriente de los términos contenidos en un tratado, como enfatiza Moncayo⁵, es el inicio de la labor interpretativa, y tiene su origen en el texto, siguiendo el método textual de análisis.

En segundo lugar, la referencia al contexto, permitiría dentro de las distintas acepciones que puede tener un vocablo o expresión, elegir la que mejor se ciña al caso en cuestión. Pero aunque la Convención de Viena dio prevalencia al sentido corriente del texto, se entendió, como excepción, que se podía recurrir al contexto como método interpretativo. La intención de las partes y los trabajos preparatorios adquieren entonces una importancia relevante. En tanto que una interpretación que considere los mismos, se apoya en la constatación de la intención original de las partes contratantes, al contemplar si se pretendió dar un significado especial al término.

En tercera instancia, vinculado al contexto está la referencia al *objeto* y *fin*es del tratado, que permitiría circunscribir aún con mayor precisión, el significado de las palabras o términos no definidos. Y aquí, juega un papel fundamental la intención de los estados contratantes, en cuanto a la función útil buscada con la firma del tratado. Aunque también es de reconocer que la mención al objeto y fines del tratado habilita un cierto grado de discrecionalidad al intérprete, en cuanto a interpretación del concepto de Beneficiario Efectivo refiere, y teniendo en consideración otros instrumentos internacionales de reciente consideración (léase BEPS), y las recomendaciones que el mismo aconseja incluir en los tratados. De este modo, al ser los distintos modelos de convenios de doble imposición estándares que buscan homogeneizar formatos y contenidos sobre los cuales negociar, lo que efectivamente quede plasmado en el acuerdo dependerá mucho del peso relativo de las

⁵ “*Derecho internacional Público*”, Tomo I, pág. 122 y siguientes. Moncayo Vinuesa Gutiérrez Posse. Tercera reimpresión. Editor Zavaliá S.A., Alberti 835, 1223 Buenos Aires.

El concepto de Beneficiario Efectivo, con énfasis en los Estados que tienen convenios firmados con Uruguay

partes intervinientes, por lo cual las voluntades e intenciones de las partes se ven un tanto desdibujadas, pasando más bien a ser voluntades e intenciones de un conglomerado de estados que han definidos los formatos y contenidos, los que pueden o no estar reflejando las inquietudes de los estados firmantes de un acuerdo bilateral en particular.

Por último, la *buena fe*, como principio jurídico general del derecho, en tanto una obligación jurídica de las partes intervinientes, y corolario del actuar con la debida diligencia. Como principio de derecho tributario internacional, rige el proceso interpretativo; obligando no solo a las partes, sino también, al intérprete. Este principio por otra parte, se encuentra estrechamente vinculado al art 26 de la Convención de Viena a través de la regla "**pacta sunt servanda**"⁶, el que refiere, a que todo acuerdo entre partes deberá ser cumplido según lo pactado y de buena fe.

Pero qué ocurre, si optamos por la interpretación prevista en el modelo OCDE, si vemos los comentarios al art. 10, numeral 12.1 del Modelo OCDE, sobre la expresión Beneficiario Efectivo. El mismo en forma expresa se indica que: "(...) *it was intended to be interpreted in this context and not to refer to any technical meaning that it could have had under the domestic law of a specific country (...). The term 'beneficial owner' is therefore not used in a narrow technical sense (such as the meaning that it has under the trust law of many common law countries)*". El contexto deja de ser una excepción, según estaba previsto en la Convención de Viena, y pasa a ser la norma, y el "texto" es él que resigna protagonismo. La intención en suma, parece ser prevalente y habría por tanto un corrimiento en la línea de pensamiento y desarrollos sustentados en la Convención de Viena y los recogidos por el Modelo.

⁶ "En effet, la règle <<pacta sunt servanda>>, c'est-à-dire le principe selon lequel les États doivent respecter les accords intervenus entre eux, es une norme du droit international coutumier". Paul Guggenheim, "Traité de Droit international public", Tomo I. Librairie de l'Université, Georg & Cie S.A., Genève 1953.

El concepto de Beneficiario Efectivo, con énfasis en los Estados que tienen convenios firmados con Uruguay

Adicionalmente, en la interpretación debemos además considerar el Artículo 3.2 del modelo de convenios sobre la renta y el patrimonio de la OCDE. En su versión 2014 (la cual en lo que nos atañe, no ha sufrido modificaciones), dicho artículo, remite en caso de ausencia de definición sobre cualquier término contenido en un convenio (salvo que de su contexto se infiera el significado), a asignar al término en cuestión el significado que el mismo tiene al momento de su aplicación en la normativa fiscal interna del Estado que lo está aplicando. Y reseña, asimismo, la autonomía del derecho tributario, sobre otras ramas del derecho, al hacer prevalecer la normativa fiscal, sobre cualquier otra normativa interna.

En lo que refiere a la remisión a la normativa interna, parafraseando a Klaus Vogel, estamos ante un problema de calificación, y la adopción de la solución del art. 3.2 por el modelo de convenio, sigue para la resolución de conflictos, la ley del estado a cuya soberanía está sometida⁷. Esta opción, según el autor, brinda certeza legal a las partes intervinientes. En tanto se conoce de antemano cuál será la normativa aplicable, a la vez que, las autoridades tributarias, jueces y contribuyentes se encuentran familiarizados con dicha normativa. Y por lo tanto, a criterio de Vogel, el conflicto dejaría de existir, pues todas las partes estarían recurriendo a la misma normativa. Pero como se ha visto en la práctica, estas ventajas que señalaba Vogel, no han sido como él se planteaba en su análisis cuando decía: “*To the extent Article 3(2) applies, the problem of “qualification” no longer arises*”; sino que al contrario, se ha visto la necesidad de buscar respecto del concepto de Beneficiario Efectivo al menos, un significado deslindado de las referencias al derecho interno de los estados contratantes. A este respecto ya dicho autor, señalaba que pese a las ventajas que otorga la adopción de *lex fori*, sin embargo, la mejor solución a los problemas de calificación, es recurrir a una interpretación autónoma de los términos no definidos en los convenios.

⁷ “*Double Tax treaties and Their Interpretation*”, Berkeley Journal of International Law, Vol. 4 Iss1 [1986], pág. 68.

El concepto de Beneficiario Efectivo, con énfasis en los Estados que tienen convenios firmados con Uruguay

Si seguimos a Vogel en su desarrollo, la solución más apropiada sería entonces recurrir a la calificación autónoma del concepto *Beneficiario Efectivo*, al igual que para gran parte de la doctrina y jurisprudencia, llegando entonces a un consenso a nivel internacional. Lo cual permitiría el tratamiento uniforme en caso de conflicto. Adolfo Martín Jiménez, en el “*Beneficial Ownership: Current Trend*”, entiende que se debe abandonar en la interpretación del concepto el nexo con la ley de trusts, y con la ley interna tanto del estado de la fuente como de la residencia, en virtud de que el contexto exige otra cosa, y pone la atención en que si bien doctrina y jurisprudencia, coinciden en la necesidad de una definición autónoma del concepto, al momento de la interpretación en el caso concreto, siempre se recurre al uso de la normativa interna.

Para Félix Alberto Vega Borrego, “*la aplicación uniforme de un convenio en esta materia pasa porque ambos estados interpreten igualmente esta disposición, o lo que es lo mismo, debe interpretarse autónomamente el concepto de beneficiario efectivo*”⁸. “*La aplicación uniforme, es directamente proporcional, a la interpretación uniforme que del mismo se realice por los estados partes del mismo. Y siempre y cuando el propio tratado lo albergue*”. En función de ello entonces, es preferible la interpretación autónoma a la interpretación interna.

La jurisprudencia, también recoge esta idea de autonomía en la interpretación del término *Beneficiario Efectivo*, a modo de ejemplo: en el caso *Indofood International Finance LTD vs. JP Morgan Chase Bank N.A.*, Londres 2006, EWCA, Civ. 158, la sentencia de la corte de apelación decidió que no se debía de tomar la definición del término de *beneficiario efectivo* consagrada en la normativa interna del Reino Unido y sí se debía considerar un significado fiscal internacional, único para todos los países. En el mismo

⁸ “Las cláusulas de limitación de beneficios en los convenios para evitar la doble imposición”, Félix Alberto Vega Borrego. Universidad Autónoma de Madrid. Inv. Jurídica 1/03. Instituto de estudios fiscales. I.S.B.N. 84-8008- 118-X. Depósito legal M- 14835-2003.

El concepto de Beneficiario Efectivo, con énfasis en los Estados que tienen convenios firmados con Uruguay

sentido, el tribunal Federal de Apelaciones en el caso *Prévost Car Inc. vs. The Queen*⁹, recogiendo la jurisprudencia de Canadá y del Reino Unido (ejemplo anterior en el tiempo a este), y tras una comparación del significado del término adoptado en las versiones inglesa, francesa y holandesa de convenios, entendió que corresponde una interpretación del *Beneficiario Efectivo* que cuente con reconocimiento internacional.

Se puede concluir entonces, que en la interpretación del concepto al menos en la teoría, existe consenso en la necesidad de una interpretación uniforme del mismo y que para ello es necesaria una interpretación autónoma del concepto. Distinta de una interpretación basada en la normativa interna de los estados partes, con independencia de si estos tienen o no definido en el derecho interno el concepto de beneficiario efectivo con mayor o menor precisión. También podemos ver que existe cierta incompatibilidad entre el procedimiento de interpretación y por ende, el protagonismo del contexto, si recurrimos a la Convención de Viena o al Modelo ODCE. Aunque seguramente se puedan armonizar, en aras de que hoy en día la excepcionalidad parece ser la norma.

Por otra parte, puede plantearse la relevancia de ésta discusión sobre el concepto de Beneficiario Efectivo, su significado e interpretación, teniendo en consideración la aparición de nuevos instrumentos, que buscan combatir el abuso de tratados y para ello invitan a incluir en los convenios medidas de tipo específicas, que limiten el acceso a los artículos de un convenio cuando se pueda presuponer que son usados con fines abusivos; fundamentalmente asociados a sociedades interpuestas, actividades intra-grupo o con referencia a jurisdicciones de baja o nula tributación y paraísos fiscales.

⁹ *Prévost Car Inc. vs. The Queen*, (Tribunal Federal de Apelaciones, Canadá, 2008 T.C.C. 231.), Pág. 27.

El concepto de Beneficiario Efectivo, con énfasis en los Estados que tienen convenios firmados con Uruguay

Artículos a los que aplica

Cuando hablamos del concepto de *Beneficiario Efectivo* dentro del contexto del modelo convenio de doble imposición de la OCDE, lo hacemos entonces, en relación estricta a los artículos 10, 11 y 12, con referencia a las rentas pasivas derivadas de los dividendos, intereses y regalías que éstos regulan. Quedan así fuera de la aplicación de estos artículos, según lo establece el propio modelo OCDE¹⁰, los pagos que se realicen a un residente del otro Estado por las rentas provenientes de las distintas formas de retribución del capital, cuando se encuentren vinculadas a un establecimiento permanente situado en ese otro Estado.

Por otra parte, no se consideran como beneficiarios efectivos de la renta percibida, aun cuando el perceptor de la misma sea un residente del otro Estado contratante, si quien percibe los ingresos lo hace actuando en calidad de agente o mandatario, por contar con poderes limitados. Además, quienes actúan en calidad de tales, suelen estar sujetos a obligación legal o contractual de transferir los ingresos percibidos a su verdadero propietario.

Tampoco, estaremos ante el beneficiario efectivo de las rentas percibidas cuando se interponga una sociedad entre el deudor y el beneficiario de las mismas, con el único objetivo de obtener una exención tributaria por el solo hecho de quien recibe los ingresos sea residente de otro Estado contratante. La explicación a dicha exclusión, se debe en primer lugar a que si se actúa en calidad de administrador, se cuenta con poderes limitados de disposición, pero además en la mayoría de los casos se está ante la existencia de una obligación contractual o legal de transferir los ingresos percibidos a su titular.

Adicionalmente en las modificaciones a los comentarios realizadas en la revisión del modelo en 2014, se agrego como referencia adicional, otro ar-

¹⁰ MC OCDE, Modelo de Convenios de Doble Imposición sobre la Renta y el Capital, Versión Completa 2014. Artículo 10, 11 párrafo 4 y artículo 12 párrafo 3.

El concepto de Beneficiario Efectivo, con énfasis en los Estados que tienen convenios firmados con Uruguay

gumento sobre el cual denegar el acceso a los beneficios previstos en los artículos 10 a 12 del modelo, tanto para agentes, mandatarios, como para sociedades conductos, que actuando en calidad de fiduciario o administrador, perciban en forma directa los ingresos, y sean residente del otro estado contratante, pero que en base a “hechos o circunstancias” se pueda apreciar que el perceptor no dispone del derecho de uso y disfrute, aún cuando no exista una obligación legal o contractual de transferir la renta percibida.

Ya a un nivel teórico, el modelo OCDE provee además otra explicación por la cual sería incompatible con los fines y propósitos del modelo, otorgar los beneficios tributarios previstos a los agentes o administradores, pues no nos encontramos ante un verdadero *beneficiario efectivo*, y en función esto no estarían sometido a tributación por la renta percibida, no habría por lo tanto doble imposición que fundamentará la necesidad renunciar a su potestad tributaria por parte del Estado de la fuente.

Dicha argumentación es recogida en el párrafo 2 de los comentarios al artículo 10 del modelo OCDE, en los numerales 12.2 y 12.3 re-enumerado y agregado en julio 2014 respectivamente y en los comentarios al artículo 12, párrafo 1 numerales 4 a 4.6.

También es posible observar argumentación en este sentido, en los comentarios al artículo 11, en el que justifica esta exclusión en tres puntos:

1. La inconveniencia que representa (en lo relativo a los fines y objetivos del tratado), que el estado de la fuente otorgue una exención total o parcial, solamente porque quien percibe la renta tenga la calidad de residente, pero que potencialmente no se halle sujeto a gravamen, por no ser el titular de la renta a los efectos del estado de la residencia de acuerdo al numeral 10 de los comentarios a dicho artículo, el cual fue modificado julio 2014¹¹.

¹¹ Respecto de este punto, si estuviéramos ante el beneficiario efectivo de los rendimientos y por alguna circunstancia el estado de la residencia no hubiese sujeto a imposición estas rentas o lo hubiere exonerado considero igualmente aplicable en convenio, salvo que en el mismo se hubiere previsto lo contrario.

El concepto de Beneficiario Efectivo, con énfasis en los Estados que tienen convenios firmados con Uruguay

2. En virtud de que agentes, mandatarios, sociedades interpuestas, poseen poderes restringidos sobre la renta percibida, previsto en el numeral 10.1 el que fuese agregado en julio 2014.

3. Por último, si quien recibe en forma directa la renta, se ve limitado en el uso y goce de la misma, al existir una obligación de tipo legal o contractual de transferir el pago percibido a un tercero, pero también cuando en base a hechos o circunstancias, se pueda advertir por el intérprete una limitación en dicha capacidad de disposición.

Con respecto a este último punto, nos encontramos con ésta referencia a "hechos o Circunstancias" (el destacado de la frase es nuestro), una de las modificaciones importantes introducidas en la revisión del modelo de convenios de doble imposición de la OCDE realizada en 2014.

Encontramos significativas además, otras dos modificaciones introducidas a los comentarios de los artículos 10,11 y 12 del Modelo OCDE.

La primera de éstas, ensaya lo que podríamos considerar una definición del concepto de Beneficiario Efectivo en los siguientes términos: "Cuando el receptor de los *intereses/ [12regalías/ dividendos]* tiene el derecho de usar y disfrutar de los *intereses/ [regalías/ dividendos]* sin restricciones contractuales u obligación legal de pasar el pago recibido a otra persona, el receptor es el beneficiario efectivo". Esta mención, en lugar de situarse en la sección relativa a definiciones generales del art. 3 del Modelo, es recogida por el contrario, casi como una mención secundaria, en los comentarios al párrafo 2, en los apartados 12.4 y 10.2 de los art. 10 y 11 respectivamente, como así también en los comentarios al párrafo 1, en el apartado 4.3 del art. 12.

12 Por razones de exposición se procedió a compendiar y resaltar en negritas (sin que por ello, se cambie el significado de la definición) los tipos de rentas. En el texto original, en cada uno de los apartados, se hace mención exclusiva a la renta que regula cada artículo.

El concepto de Beneficiario Efectivo, con énfasis en los Estados que tienen convenios firmados con Uruguay

La segunda modificación importante, la encontramos en la redacción del apartado 4.4 del párrafo 1 a los comentarios del art. 12, en la cual se fija como criterio, que aún cuando el perceptor de las regalías sea el beneficiario efectivo, esto no significa que el estado de la fuente deba automáticamente aplicar los beneficios derivados del convenio. Reserva además, la no aplicación de estos beneficios en caso de abuso, recurriendo para su denegación, entre otras medidas, a las disposiciones específicas anti-abuso de los tratados; reglas generales anti-abuso y principio de sustancia sobre forma o de sustancia económica.

Respecto de las modificaciones, re-lecturas y agregados que sufrieron los comentarios al modelo en 2014, específicamente en los artículos que refieren al concepto de Beneficiario Efectivo, se resumen en una exposición más pedagógica, son cambios tendientes a simplificar la redacción, haciéndola más llana, suprimiendo párrafos de modo que los apartados sean más breves y concisos. De este modo, el contenido de los párrafos eliminados ha sido agregado como un punto aparte, lo cual da un orden más fluido a la lectura, agrupa y concentra con mayor eficacia distintos aspectos del beneficiario efectivo. Se precia esto también, en el apartado agregado que a modo de resumen enumera quienes no tienen la calidad de beneficiario efectivo, por actuar como administradores o fiduciarios.

A su vez, si bien los comentarios no obligan a las partes, aún así, es un antecedente significativo que se hayan plasmado argumentos que manejaba la doctrina y la jurisprudencia en lo relativo al derecho de uso y disposición, y a la vinculación de una obligación de transferir los ingresos ya sea contractual o legal. Pero como veníamos de ver, se mantuvo la referencia a poderes limitados en los comentarios a los artículos, y además se introdujo esta mención relativa a *hechos o circunstancias*, planteando así nuevas interrogantes. Puesto que en ese afán de allanar el terreno, se ha introducido nuevamente, una expresión abierta, que permite una interpretación ambi-

El concepto de Beneficiario Efectivo, con énfasis en los Estados que tienen convenios firmados con Uruguay

gua, y da por tanto a las Administraciones tributarias una discrecionalidad importante al momento de evaluar cuáles serán los “*hechos y circunstancias*” de referencia para denegar el acceso a los beneficios de los art. 10, 11 y 12 del convenio.

Deja nuevamente en manos del intérprete, determinar cuáles serán los parámetros, que podrán o no estar recogidos en la ley (no es menos importante, destacar que el convenio nada dice a este respecto) y unido a la mención de poderes limitados y objeto y fines del tratado, hacen una triada importante en la limitación de acceso a los beneficios en relación al concepto de beneficiario efectivo.

No se trata aquí bajo ningún concepto de desconocer los derechos de las Administraciones tributarias, pero tampoco, corresponde priorizar unos derechos por sobre otros, ambos derechos, el de la Administración por un lado y los del contribuyente por otro, deben ser respetados y garantizados¹³. Cada estado en resumidas cuentas, deberá analizar cuáles son esos hechos o circunstancias que descalifiquen a un beneficiario efectivo como tal, y que permitan negar los beneficios de dichos artículos del convenio. Esto porque en los hechos, el modelo no prevé un estándar mínimo, quizás entonces el problema seguirá subsistiendo y para paliarlo en todo caso debería recurrirse a la aplicación de los principios del derecho tributario.

¹³ Al respecto de los derechos y garantías de los contribuyentes en el ámbito de los acuerdos de doble imposición, en particular a la puesta en práctica de los procedimientos amistosos entre estados, el Prof. Pascale Pistone expresaba su preocupación por la situación del contribuyente, en tanto queda excluido de dichas conversaciones por tener las mismas un carácter reservado en tanto acuerdos diplomático, y entonces puede verse privado de esta forma de los derechos del debido proceso.

Asimismo, expresaba en relación al estudio que se encuentra desarrollando junto a Philip Baker sobre este tema, que no es posible entonces que el contribuyente sea privado de sus derechos en el marco de un procedimiento amistoso entre estados. Y para subsanar esto, es necesario recurrir a una interpretación de los derechos del contribuyente en dicho ámbito, como así también, se deberá instaurar una discusión relativa a los estándares mínimos de los derechos de los contribuyentes, los cuales nunca en principio deberían estar por debajo de los derechos que éste tiene en su propio país. Conferencia desarrollada el 13 de marzo de 2017 en la Universidad de Montevideo, Montevideo Uruguay.

El concepto de Beneficiario Efectivo, con énfasis en los Estados que tienen convenios firmados con Uruguay

Por otra parte, el análisis que realizan los expertos de la OCDE, se apoya en una interpretación del significado del concepto a veces concebida en un análisis legal de las condiciones contractuales entre las partes, sobre el control de la renta que posee quien la percibe en calidad de residente.

Y en otras oportunidades, en base a hechos o circunstancias, de acuerdo a los comentarios 4.3 y 4.4 del artículo 12, en el cual remite a la sección de “Uso inapropiado de los Convenios” de los comentarios al artículo 1 referidos a: sociedades interpuestas, casos en los que la tributación sea nula o reducida o cuando las actividades de negocios carezcan de sustancia, allí menciona las posibles formas de combate a las situaciones de treaty shopping, y entre otras refiere a la aplicación del análisis económico o de sustancia sobre forma, adoptando en este otro caso una interpretación de tipo económica, recurriendo a la aplicación de test de propósitos de negocios. Precisamente respecto al propósito de negocios, *Dennis Weber*¹⁴ se cuestionaba en conferencia reciente, si corresponde exigir a una empresa *sub-holding*, la existencia de una infraestructura de negocios de características similares a la que es exigible cuando nos encontramos ante sociedades que por su operativa requieren de un lugar físico de negocios, de la existencia de personal propio y ciertos activos que hagan posible el desarrollo de las actividades o fines para los cuales fueron creadas. Y al respecto expresaba, que la actual tendencia en doctrina a nivel europeo se encuentra planteándose esta misma interrogante, y que a nivel de jurisprudencia en estos momentos se estaba a la espera de un fallo en el cual presumiblemente se dirimiría esta cuestión.

Por lo tanto entonces, si tomamos en cuenta este punto de vista, sería necesario considerar otros parámetros para analizar el propósito comercial de este tipo de sociedades, por ejemplo.

14 Conferencia realizada sobre Derecho Tributario Internacional. Facultad de Derecho de la Universidad Austral. Buenos Aires, Argentina 16 de marzo 2017.

El concepto de Beneficiario Efectivo, con énfasis en los Estados que tienen convenios firmados con Uruguay

¿Cláusula anti-abuso o atribución de potestad tributaria, disposición de tipo amplia o restrictiva?

El concepto fue introducido en el modelo de convenios OCDE en 1977, como forma de limitar los beneficios de provenientes de los art. 10 y 11, de manera tal que si quien percibía la renta no era el beneficiario efectivo, entonces el estado de la fuente no estaba obligado a aplicar las tasas reducidas de imposición, debían concurrir simultáneamente entonces que el beneficiario efectivo fuese además quien percibía la renta. En redacciones posteriores la necesidad de concurrencia de ambos aspectos fue levantada. Y en la modificación introducida al modelo en 2003, según surge de los comentarios a los artículos 10 y 11, párrafos segundo apartado 12, y apartado 9 respectivamente, su introducción se justifica en la intención de aclarar el significado de la frase: “*pagados a un residente*”.

De la evolución del concepto en las sucesivas modificaciones, se puede explicar la opinión de la doctrina, de la jurisprudencia y la política tributaria, que en algunos casos consideran el término como una cláusula anti-abuso, y en otros se recoge como una cláusula de atribución de potestad tributaria.

Para autores como Vega Borrego, Aida Ceballos, Philip Baker, introducción dentro del modelo, se debe a la intención de evitar que residentes de terceros estados, se beneficien de disposiciones más benévolas contenidas en un convenio, mediante el uso de estructuras de treaty shopping¹⁵. El concepto de Beneficiario efectivo, es entonces para ellos, no solo una disposición que limita el acceso a los beneficios de un convenio, cuando se recu-

15 “Las Clausulas de limitación de beneficios en los convenios de doble imposición”, Félix Vega Borrego. Universidad Autónoma de Madrid, Investigación Jurídica N° 1/03, pág. 72, 84 y 98.

“El concepto de beneficiario Efectivo y su jurisprudencia”, Aida Ceballos. Trabajo presentado al XI Curso de Alta Especialización en Fiscalidad Internacional celebrado en la Escuela de la Hacienda Pública del Instituto de Estudios Fiscales en el primer semestre de 2009.

El concepto de Beneficiario Efectivo, con énfasis en los Estados que tienen convenios firmados con Uruguay

rra a la interposición de una persona física o jurídica, para acceder a un convenio al que de otra forma no podría aplicar. Pero Vega Borrego y Aida Ceballos además lo consideran como una cláusula anti-abuso amplia, aplicable no solo contra el uso de entidades interpuestas, como un caso particular de treaty shopping, sino también contra cualquier otra forma de abuso de los convenios. En este sentido Aida Ceballos, en el “Concepto de Beneficiario Efectivo y su Jurisprudencia”, afirma que las modificaciones al modelo OCDE de 2003, están dirigidas a dar al concepto de Beneficiario Efectivo un sentido más amplio, que el contenido hasta ese momento en los comentarios al modelo.

Para Philip Baker, mientras tanto, la introducción de la restricción de Beneficiario Efectivo, tuvo como cometido contrarrestar los desafíos del treaty shopping, y la cuestión a discutir entonces, es qué tan amplia es esta restricción para denegar el acceso a los beneficios del convenio¹⁶, o cuan artificiales deben ser los acuerdos de las sociedades conducto para que se niegue al acceso a los beneficios.

Puntualizando en el tema, Vega Borrego destaca que la introducción del concepto, tuvo por finalidad vedar su uso, en lo caso de supuestos de treaty shopping, pero específicamente referido a los ingresos regulados por los art. 10, 11 y 12. Para este autor, el uso que se pretende del concepto es más amplio, dado que en la práctica los efectos son similares a los de las normas generales contra el fraude a la ley tributaria. El análisis entonces, según señala, buscaría establecer si la estructura de negocio utilizada, ha tenido como única motivación la de acceder a los beneficios del convenio¹⁷.

16 “Beneficial Ownership: After Indofood”, Philip Baker. GITC, Review Vol. VI N° 1. February 2007.

17 Felix Alberto Vega Borrego, “Las Cláusulas de limitación de beneficios en los convenios para evitar la doble Imposición”. Universidad autónoma de Madrid Inv. Jurídica N° 1/03, Pág. 98 y 107, “El concepto de beneficiario Efectivo en los convenios para evitar la doble imposición”. Universidad Autónoma de Madrid, DOC. N° 8/05, Pág. 15.

El concepto de Beneficiario Efectivo, con énfasis en los Estados que tienen convenios firmados con Uruguay

En este sentido, en lo que respecta a las medidas anti-abuso, Rafael Palomero Álvarez Claro, realiza una clasificación de las mismas contenidas en el modelo de convenios OCDE y encuadra el concepto de Beneficiario Efectivo, dentro de las medidas destinadas a evitar la utilización abusiva de los convenios por sociedades instrumentales.¹⁸ Ello no significa sin embargo, dejar de reconocer el conflicto que surge entre el deber de contribuir, en función de la capacidad económica y los principios fundamentales del derecho tributario de legalidad y certeza jurídica. Principios, que entiende son vulnerados frecuentemente por las Administraciones tributarias. De ahí que señale, que el uso de este tipo de medidas, sólo debe ser admitido cuando el abuso sea evidente. A su juicio, este conflicto se deriva de la circunscripción del ámbito de acción del legislador a su jurisdicción, en lo que refiere a la elaboración de normativa relativa a la tributación internacional, y la posibilidad de los particulares de optar entre distintos ordenamientos tributarios más ventajosos.

Para otros en cambio, el concepto de beneficiario efectivo, hace referencia al ámbito subjetivo de los convenios, y su finalidad entonces es la de atribuir potestades tributarias entre los estados partes. En virtud de que se den una serie de condiciones. Los artículos 10 y 11, atribuyen potestad tributaria al estado de la residencia, pero admitiendo que el estado de la fuente también ejerza dicha potestad, aunque limitando en el porcentaje de tributación que podrá exigir en el caso de que el beneficiario efectivo sea residente del estado de la residencia, si no es el beneficiario efectivo, puede someter la renta a imposición sin ningún tipo de limitación.

En el caso del artículo 10, establece que el estado de la fuente, podrá someter a imposición los dividendos, pero con el límite del 5% si posee por lo menos el 25 % de la sociedad que paga los dividendos o 15 por ciento en

¹⁸ Las medidas anti abuso en la fiscalidad internacional, Rafael Palomero Álvarez Claro, Centro de Estudios Fiscales 2011 pág. 7.

El concepto de Beneficiario Efectivo, con énfasis en los Estados que tienen convenios firmados con Uruguay

los demás casos, sí se cumple que el beneficiario efectivo es residente del otro estado.

Igual tratamiento reciben los intereses, de acuerdo con el art. 11, se establece la posibilidad de una tributación compartida; para que el estado de la fuente deba someter a imposición el importe bruto de los intereses limitado a las alícuotas establecidas, se debe verificar que el beneficiario efectivo de los mismos, sea residente del otro estado contratante. De cumplirse esto, deberá aplicar como máximo una tasa del 10%.

En tanto que para las regalías, se establece la tributación exclusiva en el estado de la residencia, siempre y cuando el beneficiario efectivo sea residente en el otro estado, de no cumplirse esta condición, el estado de la fuente podrá someter a imposición las regalías de acuerdo con su normativa interna.

Es por esto, que algunos autores entienden que estamos ante una norma que atribuye potestad tributaria, habilitando a uno o ambos estados al ejercicio de la misma, dentro de los límites que prevén los artículos 10, 11 y 12 contenidos en el convenio de doble imposición de los estados partes. Y para realizar esa atribución, establece como condición que el beneficiario efectivo sea residente del otro estado, limitando la aplicación de estos artículos del convenio en caso de que no se cumpla dicha condición.

En esta posición se encuentra Soraya Rodríguez Losada, que sin dejar de reconocer que mayoritariamente el concepto se ha usado como medida anti-abuso, pero a su juicio, si bien el concepto tiene algo de medida anti-abuso, esto es una consecuencia del ámbito de aplicación y entiende que no debería utilizarse como una medida anti-abuso general, en sentido amplio, es decir contra todo tipo abuso.

En la apreciación que realiza la autora, vincula la noción de atribución de potestad tributaria y de clausula anti-abuso con dos corrientes interpretativas del concepto, que han seguido tanto la doctrina como la jurisprudencia;

El concepto de Beneficiario Efectivo, con énfasis en los Estados que tienen convenios firmados con Uruguay

y en función de si estamos ante una cláusula anti abuso amplia o no, es que a su juicio, recurrirá a una u otra interpretación: a) análisis económico, b) análisis legal.

Así, vinculando en primera instancia el análisis de tipo económico o de sustancia sobre forma, a una norma de tipo anti-abuso amplia: en la que el fin es combatir treaty shopping. Y enumera una serie de situaciones en las cuales se estaría recurriendo a este tipo de análisis como ser:

1. comprobar la no existencia de un motivo económico distinto de la obtención de los beneficios fiscales para la interposición de una sociedad,
2. situaciones en que los fines buscados puedan obtenerse en forma directa sin la necesidad de recurrir a la interposición de una sociedad.
3. Aplicación del test de propósito de negocios.

En segundo lugar vincula a la cláusula de beneficiario efectivo, como atribución de renta a una *“interpretación histórica y contextual del Modelo OCDE, sus Comentarios y los demás informes publicados hasta el momento”*. En este sentido, esto ocurre cuando se realiza un análisis legal del concepto, sobre el control de la renta recibida, sin importar que la renta a posteriori sea transferida a otra entidad, ni en qué proporción se transfiere.

Charl du Toit por su parte, en esta dirección entiende que el termino de Beneficiario Efectivo, dentro del ámbito tributario internacional ha sido usado como una medida anti-elusión entre otras posibles¹⁹.

J. C Wheeler, en *“The missing keystone of income tax treaties”*, observa que mientras en los art.10 y 11, se está ante una disposición de tipo anti-abuso, en el artículo 12 en cambio, se está ante una regla de atribución de potestad tributaria. Y señala como una posible respuesta a esta problemática la lectura del concepto, ligada a la frase *“pagados a”*. A su entender daría como resultado la aplicación de dos test: *1) si es el beneficiario efectivo de la renta, 2) si la renta es pagada al beneficiario efectivo.*

¹⁹ *“Beneficial Ownership of Royalties in Bilateral Tax Treaties”*, C.P. Du Toit. Amsterdam Center for International Law, 1999. Pág. 21

El concepto de Beneficiario Efectivo, con énfasis en los Estados que tienen convenios firmados con Uruguay

Esta discusión de si se está o no ante una disposición anti-abuso, o si por el contrario es una cláusula que pretende delimitar el ámbito subjetivo, es una de las distintas facetas que plantea la discusión del concepto. No es de extrañar esta disyuntiva, pues la misma se ha planteado desde la introducción del término con el protocolo de los Estados Unidos y el Reino Unido, para algunos aún no se ha zanjado si en la misma se buscaba limitar el acceso a los beneficios derivados del convenio a residentes de terceros países, que mediante el uso de interpuestas personas residentes en el estado contratante, intentaran obtener un beneficio indebido²⁰.

Al respecto, creo que la cláusula de Beneficiario efectivo es una cláusula de atribución de potestad tributaria, y como tal en la redacción de los artículos que la contienen, fue necesario acotar en cuanto a quién, cuándo y cómo, se tendrá acceso a los beneficios derivados del convenio. Para ello en su redacción, se recurre al uso de la fórmula de que quien obtenga los beneficios tributarios derivados del convenio celebrado, lo hará en la condición de beneficiario efectivo de los mismos, y en la delimitación del ámbito de aplicación, es que se refiere a la calidad de residente que debe ostentar dicho beneficiario efectivo.

Entonces deberán probarse dos circunstancias: por un lado que se es el beneficiario efectivo de los rendimientos, y por otro, como consecuencia del ámbito subjetivo de aplicación del convenio, que se es simultáneamente residente del estado contratante.

Sí, en base a lo expuesto, consideramos el concepto de beneficiario efectivo como una norma anti-abuso, como ha sido la tendencia general en la práctica, se corre el riesgo de que se use la misma en forma amplia, y que en base a ello, se use como una medida capaz de combatir cualquier tipo de abuso, capaz de denegar el acceso a los beneficios, en casos que no refie-

²⁰ *The Evolution of the Term "Beneficial Ownership" in Relation to International Taxation over the Past 45 Years*, pág. 503. Charl du Toit, Bulletin for International Taxation, October 2010.

El concepto de Beneficiario Efectivo, con énfasis en los Estados que tienen convenios firmados con Uruguay

ran específicamente a la interposición de terceros (bajo el uso de la fórmula de referir a los fines del tratado y entre ellos a evitar la elusión y la evasión). Esto de ningún modo significa que no deban las Administraciones tributarias minimizar los efectos de estas acciones, sino que el camino tal vez no sea a través del uso del concepto de beneficiario efectivo como cláusula anti-abuso, sino mediante la inclusión en los convenios de cláusulas específicas relativas a este tipo de rentas, que ataquen prácticas que realizan los contribuyentes.

Por otra parte, el modelo OCDE en sus comentarios a los artículos 10, 11 y 12 específicamente establece que la introducción del concepto de beneficiario efectivo, tuvo por función aclarar el significado de la frase “*pagados a*”²¹, pero el desarrollo y evolución del concepto dentro del modelo y los acuerdos, ha derivado en un tratamiento de norma anti-abuso, de uso más restringido.

A modo de ejemplo de lo planteado, en los comentarios al artículo 10, párrafo 2, apartado 12.5, hace referencia a las medidas para combatir el uso de sociedades interpuestas y en general las situaciones de treaty shopping, contenidas en los comentarios al artículo 1. Entre ellas refiere a: “*normas específicas anti-abuso contenidas en los tratados, disposiciones generales anti-abuso, enfoque de sustancia económica*”²². Señalando en el mismo párrafo, además, que el concepto de *beneficiario efectivo*, abarca algunas formas de elusión fiscal, como ser la interposición de un receptor que se encuentra obligado a transferir el dividendo recibido a alguien más; pero aclara específicamente, que no es una forma válida de salvaguarda contra otros casos de abuso de convenios, por lo cual alude a que la disposición de beneficiario efectivo, no es una limitante a la hora de incluir otras medidas de

21 Comentario art. 10 párrafo 2 numeral 12, Comentario art. 11 párrafo 2 numeral 9 y 10 y Comentario art. 12, párrafo 2 numeral 4.5. Model Tax Convention on Income and on Capital, Full version, 15 de Julio de 2014.

22 Model Tax Convention on Income and on Capital, Full version. 15 de Julio de 2014.

El concepto de Beneficiario Efectivo, con énfasis en los Estados que tienen convenios firmados con Uruguay

protección contra otros casos de treaty shopping. Adicionalmente, el uso del concepto de beneficiario efectivo como cláusula anti-abuso tiene un efecto limitado. Al respecto Philip Baker expresa, que los cambios propuestos a los comentarios referentes al concepto de Beneficiario Efectivo, en relación a la redacción propuesta para el comentario al párrafo 12.5 del art.10, de abril de 2011, la restricción del Beneficiario efectivo debería ser vista como relativamente restringida y no debería ampliarse como una norma general anti-abuso²³.

Así también, en los comentarios al art. 11 del párrafo 2 apartado 10.3 y en los comentarios al art. 12 párrafo 1 apartado 4.4. (en el modelo OCDE, queda de manifiesto, que no es una disposición anti-abuso amplia y que el concepto de beneficiario efectivo no constituye una restricción al uso de otras disposiciones en contra del abuso de los convenios).

Por lo tanto entonces, reconoce al concepto un alcance limitado como medida anti-abuso.

Pero en los comentarios al artículo 1, en la sección referente al uso de medidas anti-abuso de tributación en la fuente, sobre ingresos provenientes de determinados tipos de rentas, numeral 21.4 donde trata particularmente las rentas reguladas en los art 10,11 y 12, propone una posible fórmula para denegar los beneficios derivados de los presentes artículos, cuando el estado de la fuente entienda que el único o principal propósito para las transacciones ha sido el obtener los beneficios derivados de dichos artículos. En la disposición desarrollada, con especial cuidado se aclara que podrá ser modificada, y aproximadamente dice así:

Las disposiciones del presente artículo no serán aplicables, si el principal propósito o uno de los principales propósitos, de las personas, referentes a la creación, asignación (en relación a los arts. 10, 11, 12 y 21), o res-

²³ Philip Baker, The Meaning of “Beneficial Ownership” as Applied to Dividends under the OECD Model Tax Convention. Taxation of Inter-company Dividends under Tax -treaties and EU Law, Chapter 6. EC and International Tax Law Series Volume 8.

El concepto de Beneficiario Efectivo, con énfasis en los Estados que tienen convenios firmados con Uruguay

*pecto de los cuales se ha pagado, es obtener una ventaja de estos artículos por medio de esta creación o asignación.*²⁴

Como es posible apreciar, la presente consideración vinculada a los artículos 10,11 y 12, que contienen la condición de Beneficiario Efectivo, sumado además a los lineamientos dados en los comentarios de dichos artículos²⁵, relativos a que el concepto debe ser interpretado a la luz de los objetivos y propósitos del tratado (evitar la doble imposición, favorecer el flujo de bienes y servicios y personas e inclusive prevención de la evasión y elusión fiscal), ponen de manifiesto que la consideración conjunta de estos tres enunciados, son una medida anti-abuso de carácter amplio, que confiere a las administraciones tributarias amplia discrecionalidad, al momento de denegar el acceso a los beneficios derivados de estos artículos del convenio, como así también a los estados al momento de defender su soberanía tributaria. Pero además, surge una contradicción, pues uno de los fines de la firma de los convenios, es claro está el acceso a los beneficios derivados del mismo, mal se podría criticar que uno de los principales propósitos de una sociedad en la elección del lugar para el desarrollo de su actividad, sea acceder a beneficiarse de las reducciones previstas en el tratado.

Medidas anti-abuso específicas o generales, uso de normativa interna

Respecto de esta discusión de un uso amplio o restrictivo, distintos autores se han expresado con más o menos similares argumentos. Para Adolfo Martín Jiménez, existe una tendencia mayoritaria a considerar el concepto de Beneficiario Efectivo como una clausula anti-abuso de amplio es-

24 Traducción libre.

25 Comentarios al art. 11, numeral 9.1, Modelo OCDE, versión completa modificada 15 de julio 2014.

El concepto de Beneficiario Efectivo, con énfasis en los Estados que tienen convenios firmados con Uruguay

pectro, y estrechamente vinculada a ello, a realizar un análisis del concepto de índole económica o de sustancia sobre forma, que considera no consecuente con el concepto²⁶.

Alberto Tarsitano, por su parte, ubica el concepto de beneficiario efectivo dentro de las medidas anti-abuso específicas, contenidas en algunos de los tratados firmados por Argentina, siguiendo las guías del modelo OCDE. En este sentido señala el autor, que las medidas anti-elusión específicas son más efectivas que las medidas generales anti-abuso²⁷, y que el concepto de beneficiario debe ser estudiado de acuerdo a las disposiciones contenidas en el tratado, y no como se sugiere por el propio modelo en art. 3.2 cuando realiza la remisión al derecho interno, lo cual considera improcedente. Por otra parte, destaca que la relación entre las medidas anti-abuso contenidas en la normativa de los convenios y en la normativa interna Argentina, pueden compatibilizarse perfectamente. Pero respecto al párrafo propuesto en los comentarios del artículo 1 antes expuesto, entiende sin embargo, que otorgan a las autoridades fiscales una potestad excesiva.

En el caso Belga, el uso de medidas generales anti-abuso, son la excepción, siendo más frecuente el uso de medidas específicas anti-abuso. En este sentido, en el caso de beneficiario efectivo, pueden ir desde la aplicación de test hasta la inclusión de medidas más amplias (Tax Credit para rentas pasivas, medidas anti-abuso relativas a la exención en la retención sobre los intereses). Pero en lo que respecta a la interpretación del concepto, se adhiere a una interpretación legal, rechazando por lo tanto, una interpretación amplia del concepto, que implica una interpretación basada en la realidad económica del término o de sustancia sobre la forma. Aunque como mencionan ciertos autores, se evidencia dentro del ámbito interno una ten-

²⁶ Beneficial Ownership: Current Trends”, Adolfo Martín Jiménez. World Tax Journal, February 2010. Pág 58.

²⁷ Reflexiones sobre el abuso de los tratados para evitar la doble imposición” Alberto Tarsitano, El Derecho: Diario de doctrina y Jurisprudencia, Bs. As., viernes 31 de diciembre 2010.

El concepto de Beneficiario Efectivo, con énfasis en los Estados que tienen convenios firmados con Uruguay

dencia a adoptar también, una definición amplia como medida anti-abuso de carácter general²⁸.

En el caso de Luxemburgo, según señala Biewer, Höfer, la posición de las cortes, ha sido la de interpretar los tratados como una manifestación de la intención de las partes, inclusive en el caso de la consideración de medidas anti-abuso. Ante la carencia de de este tipo de medidas contenidas en el tratado, admite una apertura a la posibilidad de que dicho país aplique la normativa interna anti-abuso, sería asimismo admisible cuando el convenio específicamente le dé cabida a su aplicación. Respecto del concepto de Beneficiario efectivo, Luxemburgo sigue el criterio establecido por la OCDE en los comentarios del modelo en lo que refiere a agentes o mandatarios, y sociedades conducto, como así también, en lo que hace a la sugerencia de incluir en los tratados la cláusula de beneficiario efectivo como medida anti-elusión. Y en algunos casos, ha incluido como excepción la posibilidad de utilizar cláusulas anti-abuso domésticas, vinculadas a los artículos que regulan dicho concepto. En el caso de que esto ocurra, vemos que Luxemburgo se adhiere al principio de sustancia sobre forma y de propietario económico, lo que habilita a la recalificación en base a la realidad económica.

En el caso de España, como señala Pérez Arraiz, la reducción o eliminación de la tributación en la fuente por la aplicación de convenios de doble tributación, es un atractivo para la planificación tributaria, derivada de la conveniencia de distintos regímenes tributarios y tratamientos fiscales más favorables. En atención a esto, las Administraciones tributarias y los legisladores, deben tomar medidas que permitan contrarrestar estas actividades cuando no posean un móvil económico o cuando la forma no se corresponda con la sustancia económica. En este sentido, España ha incluido dentro de los tratados firmados cláusulas anti-abuso referentes a transparencia fis-

²⁸ Bourgeois Marc; Traversa Edoardo; Branch Reporters, IFACAHIER 2010, Volumen 1, Belgium.

El concepto de Beneficiario Efectivo, con énfasis en los Estados que tienen convenios firmados con Uruguay

cal; sociedades conducto; etc., pero la inclusión de éstas, no suponen la no aplicación de la reducción en las tasas de retención para todas las rentas obtenidas en la fuente, sino solo para las reguladas en los artículos 10, 11 y 12 del convenio²⁹.

En consecuencia, en base a lo expuesto, España tiene un concepto de Beneficiario Efectivo como medida anti-abuso de tipo amplio, asimilable a la normativa interna general anti-abuso, de fraude a la ley tributaria, contenida en el artículo 15 de la Ley General³⁰ española. Recurriendo a una interpretación del concepto de tipo económica, basada en la existencia de una razón de negocios por encima de la mera existencia de motivos fiscales para el desarrollo de una actividad. Por otra parte, vinculado a la aplicabilidad de la normativa interna contra el fraude a la ley en los convenios firmados por España, Rafael Palomero Álvarez³¹, entiende que es compatible con los CDI's y que "la Administración tributaria podría declarar la existencia de fraude a la Ley para impedir la aplicación de un CDI", aunque debe aplicarse de forma de no incumplir con el principio de pacta sunt servanda. Para Vega Borrego³², la Administración podrá aplicar la norma interna general contra fraude a la ley tributaria, pero sin tener que recurrir a la tramitación especial prevista en la misma, al estar realizando la verificación de si quién percibe la renta es el beneficiario efectivo, argumento este utilizado por la audiencia

29 Javier Pérez Arraiz, branch Report IFA 2010

30 Como señala Pérez Arraiz, el artículo 15 de la Ley, reemplaza al anterior artículo 24, de fraude a la ley tributaria, y el objetivo de en la redacción del nuevo artículo era eliminar el contenido subjetivo que contenía el art. 24. Por otra parte el art. 15 como veremos más adelante, considera la existencia de conflicto cuando se elude el hecho imponible total o parcialmente, o la base de imposición.

31 Rafael Palomero Álvarez, Tribunal Económico Administrativo Central "*Las medidas anti-abuso en la fiscalidad internacional*" Trabajo presentado al II curso Avanzado en Fiscalidad Internacional Instituto de Estudios Fiscales 2011.

32 Félix Vega Borrego, "*El concepto de Beneficiario efectivo en los convenios para evitar la doble imposición*". Universidad Autónoma de Madrid Doc. N° 8/05 Instituto de Estudios Fiscales.

El concepto de Beneficiario Efectivo, con énfasis en los Estados que tienen convenios firmados con Uruguay

Nacional en la sentencia 3378/2006 del recurso 1110/2003, caso Real Madrid.

BEPS y Beneficiario Efectivo

Como surge de la introducción en el capítulo primero, el ritmo de integración de las economías y mercados nacionales, la circulación de los recursos, la gestión de los riesgos, el impulso del comercio y la innovación en busca de ventajas que se traduzcan en menores costos, han dado lugar a cambios sustanciales en el desarrollo de las actividades de las sociedades, al traslado de operaciones a regímenes de bajo costo operativo e impositivo, como también, a la aplicación de servicios digitales que desdibujan aún más las fronteras y contribuyen sustancialmente al logro de éstos objetivos. Estos efectos de la globalización, se traducen en el impulso de modelos globales de organizaciones empresariales, teniendo efectos directos en los sistemas tributarios de los países, en virtud de una reducción significativa de la contribución impositiva que aportan. Por supuesto, también ha permitido el establecimiento y fortalecimiento de organismos internacionales que buscan establecer lo que denominan “estándares mínimos” para el impulso del comercio, el combate a la competencia desleal y la protección de la tributación, y en busca de la articulación de las políticas tributarias aisladas que llevan adelante los sistemas tributarios internos, recurriendo para el logro de estos objetivos, al uso de mecanismos para la eliminación de la doble imposición, la lucha contra la elusión; evasión, como también la búsqueda por la reducción de la doble no imposición. A la vez que se advierte un desplazamiento en la lucha contra éstos problemas: del principio estricto de legalidad en la tributación hacia una visión moral sobre la tributación, en la que la sensibilidad de la opinión pública parece trasladarse al ámbito legal, y prima por sobre el presupuesto de hecho de la obligación tributaria. En palabras de J. Austin, recopilado por Brotóns, estaríamos frente a una “cortesía internacio-

El concepto de Beneficiario Efectivo, con énfasis en los Estados que tienen convenios firmados con Uruguay

nal, similar al honor o la moda”³³. En este marco, se lanzó en 2013 el plan de acción BEPS (Base Erosion and Profit Shifting), que presenta ciertos aspectos, útiles para pensar un posible derrotero al concepto de Beneficiario Efectivo. Pero aún sin ser éste instrumento nuestro objeto principal de interés, lo trataremos en forma somera, buscando plantear algunas inquietudes, que del mismo creemos pueden influir sobre el concepto de Beneficiario Efectivo y los artículos que lo regulan en los convenios tributarios de doble imposición.

El plan de Acción BEPS, descansa en 15 acciones que tienen por fin último combatir las falencias que han dado lugar las extensas redes de tratados, las lagunas normativas, la convivencia de regímenes tributarios distintos, que voluntaria o involuntariamente, pueden generar oportunidades para la doble no imposición, o el aprovechamiento de regímenes preferenciales de baja o nula tributación.

De éstas 15 acciones, nos interesan en forma particular las acciones 5 y 6.

La acción 5 que busca “Combatir las prácticas tributarias perniciosas, teniendo en cuenta la transparencia y la sustancia”, en tanto que dicha acción contempla situaciones que por lo general se presentan vinculadas al concepto de Beneficiario Efectivo, como ser la carencia o apariencia de carencia de sustancia de las sociedades holding, acuerdos con las administraciones tributarias de regímenes preferenciales para sociedades conducto y el uso de sociedades situadas en paraísos fiscales.

Dentro de la acción 5 del plan de acción BEPS, se abordan 3 aspectos, que tienen como antecedentes el trabajo sobre HARMFUL TAX COMPETITION, y que hemos estado manejando, pues el uso que se hace del

³³ Antonio Brotóns y otros, “Derecho Internacional”, tirant lo blanch, Valencia 2007. Pág. 46. *“el derecho internacional compuesto por opiniones y sentimientos comunes de los estados que imponen deberes respaldados por meras sanciones éticas, no sería autentico derecho, sino una rama de la moral o cortesía internacional, similar al honor o la moda”*

El concepto de Beneficiario Efectivo, con énfasis en los Estados que tienen convenios firmados con Uruguay

concepto de Beneficiario Efectivo por algunos operadores, se ve favorecido por las falencias y efectos nocivos que sobre la tributación tienen todos o algunos de éstos aspectos como ser carencia de actividad sustancial, la transparencia y la existencia de regímenes tributarios preferenciales.

En lo que refiere al desarrollo de actividad sustancial, se ha buscado con éste instrumento establecer indicadores que permitan determinar si la actividad desarrollada carece o no de sustancia, y conectar la imposición con el lugar de creación de valor, por estar asociado al traslado artificial de beneficios a regímenes tributarios más benévolos.

Por último, la exigencia de transparencia y el intercambio de información espontáneo y obligatorio de ciertas resoluciones tributarias, relativas a algunos contribuyentes, y que como consecuencia de la aplicación de las mismas se incurra en elusión.

La acción 6 por otra parte, busca “Impedir la utilización abusiva de Convenios fiscales, en particular el 'treaty shopping'”. Al igual que en la acción 5, se divide en tres puntos a considerar:

En primer lugar, el desarrollo de disposiciones prototípicas para los convenios y recomendaciones a la normativa interna, con la idea de impedir la concesión indebida de los beneficios de un convenio.

En segundo lugar, la perentoriedad de aclarar que el objetivo de la firma de los convenios no es favorecer la doble no imposición.

Tercero y último, pretende que los estados identifiquen cuestiones de política fiscal, que deberán tener en consideración previo a la firma de tratados.

Ésta consideración integral del abuso de convenios, se inserta en la normativa convencional e interna de los países. Específicamente entre las consideraciones que deberán contemplarse, hace referencia al caso del beneficiario efectivo y el combate al treaty shopping, para lo cual se recurriría a la inclusión en el modelo OCDE de una cláusula LOB. Con lo cual, solo se

El concepto de Beneficiario Efectivo, con énfasis en los Estados que tienen convenios firmados con Uruguay

podría tener acceso a las ventajas de un convenio, si la entidad o persona se encuentra comprendida en una de las dos clasificaciones posibles, en el primer grupo se encuentran las personas o entidades clasificadas como residentes calificados de uno de los Estados contratantes y el segundo grupo se incluirían distintas cláusulas de limitación de beneficios, contemplando los casos que sin cumplir la condición de residente calificado, cumplan con alguna de las siguientes condiciones que le permitirían acceder a los beneficios del convenio: 1) En primer lugar que realice un ejercicio activo de una actividad económica en el estado de la residencia y la renta obtenida se vincule a la actividad desarrollada, aún en forma accesorio. Debiendo cumplirse, que la actividad desarrollada sea distinta de la inversión o gestión por cuenta propia, salvo en los casos que dichas actividades las realice una institución bancaria; sociedad aseguradora; agencia de valores registrada o instituciones financieras, sobre las cuales los estados contratantes hayan llegado a acuerdo. A su vez, se requerirá que la actividad económica desarrollada en uno de los estados contratantes por el residente o empresa asociada³⁴ del otro estado contratante sea sustancial, tal condición se evaluará en función de hechos y circunstancia. 2) La segunda condición a considerar, es la participación en la entidad de un determinado porcentaje de personas que puedan ampararse a un beneficio equivalente. Para lo cual se ha previsto un porcentaje mínimo, que en la versión simplificada refieren únicamente a la posesión de un 75% de los derechos de participación en los beneficios del residente; mientras que en la versión detallada, se establece como mínimo

34 Se entenderá que una persona está relacionada con otra si posee una participación de por lo menos 50% en la otra de la totalidad de los derechos de voto y del valor de las acciones de la sociedad o de la participación en el capital de la sociedad. Se entenderá que una persona está relacionada con otra, si de acuerdo con los hechos y circunstancias del caso, una de ellas tiene el control de la otra o ambas se encuentran bajo el control de la misma persona o personas.

OCDE (2016), *Impedir la utilización abusiva de convenios fiscales, Acción 6 – Informe final 2015*, Proyecto de la OCDE y del G-20 sobre la Erosión de la Base Imponible y el Traslado de Beneficios, Éditions OCDE, París. Sección A 38.
<http://dx.doi.org/10.1787/9789264257085-es>

El concepto de Beneficiario Efectivo, con énfasis en los Estados que tienen convenios firmados con Uruguay

el 95% del total de los derechos de voto, y del valor de sus acciones que pertenezcan directa o indirectamente a 7 o menos beneficiarios equivalentes, y a su vez que menos el 50% de la renta bruta de la sociedad, se pague o se devengue directa o indirectamente a quienes no sean beneficiarios equiparables. 3) Que la entidad cotice en bolsa; por último, la cuarta condición, dependerá de la autoridad competente, quién previa solicitud del interesado, considerará si corresponde otorgar el beneficio, aún cuando de otra forma no se podría acceder, por no estar contemplado en ninguna de las hipótesis anteriores.

Entonces el residente en el otro estado contratante y beneficiario efectivo de un dividendo, como lo establece el artículo propuesto, deberá además cumplir con la condición de residente calificado, o estar incluido en alguna de las otras condiciones³⁵ de la cláusula LOB, para acceder a las alícuotas reducidas en el estado de la fuente, previstas en el convenio.

Adicionalmente, se incorporaría también al modelo OCDE, un artículo por el cual se denegaría el acceso a los beneficios de un convenio, cuando el objetivo principal de la realización de operaciones se deba a beneficiarse de las ventajas derivadas de la firma del mismo, siendo ésta una cláusula referida al propósito principal para las transacciones. Actualmente, el modelo OCDE, en sus comentarios ya incluye una referencia a una posible limitante considerando este aspecto.

Si bien en las acciones 5 y 6 del plan de acción BEPS³⁶, no existe un desarrollo en torno al concepto de beneficiario efectivo, pero por la problemática abordada en éstas dos acciones y las modificaciones sugeridas al

35 Sección A 25, Artículo X Acceso a los beneficios, Comentario a la versión detallada párrafo 6. OCDE (2016), "Impedir la utilización abusiva de los convenios fiscales, Acción 6- Informe final 2015, Proyecto de la OCDE y del G-20 sobre erosión de la Base Imponible y el Traslado de Beneficios, Éditions OCDE, París. [Http://dx.doi.org/10.1787/9789264257085-es](http://dx.doi.org/10.1787/9789264257085-es)

36 OECD (2013), *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*, OECD Publishing. <http://dx.doi.org/10.1787/9789264202719-en> ISBN 978-92-64-20270-2 (print), ISBN 978-92-64-20271-9 (PDF)

El concepto de Beneficiario Efectivo, con énfasis en los Estados que tienen convenios firmados con Uruguay

modelo, a nuestro entender, es notorio que hay una estrecha vinculación con éste.

Así queda en evidencia, en el desarrollo realizado en el Informe Final a la acción 6 de 2015³⁷, donde remite a las medidas anti-abuso ya contempladas en el modelo OCDE, y específicamente al concepto de Beneficiario Efectivo, como medida de oposición al treaty shopping, pero que solo cubre aspectos relativos a la interposición de terceras personas. Y particularmente, en lo que respecta al artículo 10 del modelo OCDE “Dividendos”, dentro de los cambios que sugiriere se realicen, además de la referencia a la calidad “persona calificada” ya mencionada, se incorporaría una limitación de índole temporal, que en los comentarios al modelo OCDE se insinuaba como una de las formas de abuso, referida a la transferencia de dividendos al beneficiario efectivo justo antes de realizar la distribución³⁸. En el Informe final de la acción 6 en los comentarios a versión detallada dice:

“5. (...) De esta forma, un residente de un Estado contratante que constituya una “persona calificada” de acuerdo con el apartado 2 debe en todo caso cumplir los requisitos previstos en la disposición de turno del Convenio para poder acceder a los beneficios en ella previstos (por ejemplo, dicho residente deberá ser el beneficiario efectivo de los dividendos para poder disfrutar del beneficio previsto en el apartado 2 del artículo 10). Además, tales beneficios pueden verse limitados o incluso denegados como resultado de aplicar otras normas anti-abuso.

6. El apartado 1 resulta de aplicación siempre que el Convenio prevea conceder un beneficio a un residente de un Estado contratante. Por ejemplo,

³⁷ OCDE (2016), *Impedir la utilización abusiva de convenios fiscales, Acción 6 – Informe final 2015* Proyecto de la OCDE y del G-20 sobre la Erosión de la Base Imponible y el Traslado de Beneficios, Éditions OCDE, París. <http://dx.doi.org/10.1787/9789264257085-es>. ISBN 978-92-64-25707-8 (impresa) / ISBN 978-92-64-25708-5 (PDF)

³⁸ En consideración a esta forma de abuso, es que algunos países en su normativa interna, han incluido limitaciones de índole temporal, para considerar que una persona o entidad es el beneficiario efectivo de los dividendos, ejemplo de esto es el caso de Francia.

El concepto de Beneficiario Efectivo, con énfasis en los Estados que tienen convenios firmados con Uruguay

sería aplicable cuando un residente de un Estado contratante obtenga una renta subsumible en el artículo 6, o un dividendo del artículo 10 o un beneficio empresarial del artículo 7. El apartado exige que dicho residente sea una *“persona calificada”* con arreglo al apartado 2 en el momento correspondiente para que pueda tener derecho al beneficio de turno. No obstante, en algunos casos, la definición de *“persona calificada”* requiere que el residente del Estado contratante satisfaga ciertos requisitos durante un determinado periodo de tiempo para poder tener la consideración de *“persona calificada” en un momento dado.*”

De incorporarse entonces, estas sugerencias en el articulado del modelo OCDE, constituirían una modificación directa, o indirecta (si su inclusión fuese en los comentarios al modelo), de los acuerdos vigentes y afirmarse, y aún sin incluirse, constituirá una modificación, pues las presiones crecientes que ejercen los organismos promotores de estas buenas pautas de actuación, terminan por traducirse en modificaciones de las políticas fiscales que los estados tienden a considerar e incorporar previo a la firma de convenios. Quizás un ejemplo de ello sea el Convenio Uruguay – Chile, del 1 de abril de 2016 y su protocolo, en el que se incluyeron algunas consideraciones especiales, que Chile considera en otros acuerdos, recogidas del instrumento BEPS y los informes finales del mismo. Así por ejemplo, el propio título del tratado constituye una declaración de principios “Convenio entre el Gobierno de la República de Chile y el Gobierno de la República Oriental del Uruguay para eliminar la doble imposición con relación a los impuestos sobre la renta y sobre el patrimonio y para prevenir la evasión y elusión fiscal” (subrayado nuestro), asimismo, en la declaración de intenciones de dicho convenio de doble tributación, entre ambos gobiernos, nos encontramos que alberga en forma expresa la sugerencia realizada por el plan de Acción BEPS *“sin crear oportunidades para situaciones de nula o reducida tributación a través de evasión o elusión fiscal (incluyendo aquellos acuerdos para el uso abusivo*

El concepto de Beneficiario Efectivo, con énfasis en los Estados que tienen convenios firmados con Uruguay

de tratados–treaty-shopping–dirigidos a que residentes de terceros Estados obtengan indirectamente beneficios de este Convenio)”.

Por su parte en el numeral 1 del art. 28 del citado convenio, se agrega la necesidad de que un residente de un estado contratante, sea además una “persona calificada”, y en el numeral 2 menciona una serie de condiciones para determinar si se cumple dicha condición. Finalmente, vemos que en los numerales 6 y 9 de éste artículo, en forma precisa se declara que no se concederán los beneficios del Convenio si en base a los “hechos y circunstancias relevantes” se puede concluir que el acceso a los beneficios “*fue uno de principales propósitos de cualquier estructura o transacción*”. Otra referencia se puede encontrar aquí, por un lado, a los comentarios del modelo OCDE al que ya se hizo mención sobre “hechos o circunstancias relevantes”, y por otro al plan BEPS en la acción y su informe tanto en la referencia de hechos o circunstancias como así también en lo relativo al “propósito principal” de las transacciones, también recogido en los comentarios al art. 1 del modelo OCDE, en su párrafo 9.5. Por último, y más importante la mención que en caso de que las disposiciones del convenio se utilicen de manera tal que se produzcan beneficios no buscados, ambas autoridades se consultaran para recomendar modificaciones al convenio. Este artículo constituye un detallado test que deberá satisfacer el beneficiario efectivo de los ingresos percibidos para acceder al beneficio de tasas reducidas contenidos en el convenio. Como señalaba Luis Aisenberg, en conferencia sobre Convenios para evitar la Doble Imposición Uruguay-Chile / Uruguay-Emiratos Árabes Unidos, el 2 de agosto de 2016, esta lista que deberá chequearse para saber si el beneficiario efectivo tendrá o no derecho a los beneficios del convenio, posee como ventaja la de otorgar certeza de cuándo y en qué condiciones se podrá acceder a los beneficios, siendo a su vez la exhaustividad de la misma su principal desventaja.

El concepto de Beneficiario Efectivo, con énfasis en los Estados que tienen convenios firmados con Uruguay

Qué es lo que ocurre entonces, por un lado la OCDE en el modelo de convenios de doble imposición, continua sosteniendo una posición ambigua sobre el concepto de Beneficiario Efectivo, mientras que en los hechos, las Administraciones tributarias y los Estados a través de ellas, comienzan a introducir en la firma de convenios de manera cada vez más frecuente cláusulas LOB o de Propósito Principal de Negocios, para hacer frente al treaty shopping. Por la vía de los hechos entonces, la discusión sobre el Beneficiario efectivo como consecuencia de estas transformaciones, parecería que se va desplazando a la periferia y adquieren protagonismo cláusulas específicas dirigidas más bien a concentrarse en la “*calificación de los residentes*”, el % de participación en el capital de la entidad perteneciente a residentes en algunos de los estados contratantes; a sí cotizan o no en bolsa; al tipo de actividad que genera los ingresos, como a las transacciones o de las circunstancias en la que se generan los ingresos descritos en los artículos 10, 11 y 12 y que generan ventajas al uso abusivo de los convenios y sus disposiciones.

El concepto de Beneficiario Efectivo, con énfasis en los Estados que tienen convenios firmados con Uruguay

CAPÍTULO 3 – URUGUAY JURISPRUDENCIA Y DOCTRINA

Previo a continuar con el análisis y discusión de los caso, es necesario realizar algunas consideraciones y para ello recogemos el concepto de la doctrina nacional, la jurisprudencia y normativa interna.

Cuando hicimos referencia a los convenios de doble imposición y a las clausulas anti-abuso, destacamos que en los objetivos explícitos de los CDI se encuentran la prevención de la elusión y evasión fiscal internacional, en un intento de abatir el abuso de los tratados. Y lo hicimos en estrecha vinculación a la noción de Treaty shopping como una de las formas de abuso de los mismos.

No existe consenso en el ámbito internacional de lo que se considera uso impropio de los tratados, aunque sí se reconoce la necesidad de dar soluciones a los problemas de planificación fiscal abusiva. Pascale Pistone, en cita consignada por Alberto Tarsitano³⁹, define el abuso del CDI como "el fenómeno a través del cual un sujeto, con la finalidad de obtener un ahorro fiscal aplica un régimen convencional al que no tendría derecho por razón de su situación sustancial".

Al respecto de la reducción de carga tributaria, tal y como está planteado en esta definición no se realiza una diferenciación entre la licitud e ilicitud de la reducción de la carga tributaria. En cambio, Félix Abadi⁴⁰ inicia el análisis con la intención de determinar de si se está o no ante un acto lícito o ilícito.

Es cada vez más común, que los estados regulen a nivel tributario, situaciones que antes escapaban a los controles y en las que suele ser muy difícil trazar una línea divisoria entre la elusión y la evasión fiscal, dos situa-

39 Alberto Tarsitano, "*Interpretación y prohibición de abuso de los tratados*". *Tratado de Derecho Internacional Tributario*. Tomo I, La ley

40 Félix Abadi, "Ahorro, Elusión y Evasión tributaria". Rueda Abadí Pereira

El concepto de Beneficiario Efectivo, con énfasis en los Estados que tienen convenios firmados con Uruguay

ciones opuestas desde el enfoque de Villegas⁴¹, donde define la elusión *“como la utilización de medios lícitos, es decir, no prohibidos por el texto de la ley, con el objeto de evitar o disminuir el impacto del hecho imponible y, por lo tanto, la carga tributaria.*

La sola circunstancia de que el contribuyente recurra a estructuras jurídicas no usuales no constituye infracción”.

Por lo tanto, debemos remitirnos a los medios para reducir o eliminar la carga tributaria, y determinar si estamos ante un medio lícito hábil, para dicho objetivo, pues de ello dependerá si se está haciendo o no un uso impropio de un convenio.

Así, siguiendo a Faget⁴² en esta misma línea, se destaca que lo esencial, está en determinar la diferencia entre la elusión y la evasión en la disposición que los contribuyentes realizan de sus negocios, en esa búsqueda de reducir su contribución fiscal. Para realizar esta distinción, Faget recurre a la definición del Carter Commission Report of Canada, según la cual: la elusión es un *“medio legal para evitar el nacimiento de la obligación tributaria o reducir su impacto”*, consistente en el aprovechamiento de una disposición normativa o su ausencia. Y el autor realiza, respecto de la distinción entre elusión y evasión, o mejor dicho sobre la falta de ésta distinción, una apreciación que consideramos interesante y pertinente, pues remite a la esquematización y la reducción de la problematización de ésta distinción, en pos de la preocupación por la reducción de la recaudación.

Por otra parte para Félix Abadí, la elusión tributaria es una figura consecuencia de una conducta innovadora del contribuyente, que tiene por efecto la reducción de la carga tributaria previa, y en la cual no hay engaño, ocultamiento, ni fraude a la ley. Dicho autor, distingue dos categorías de la elusión tributaria en: lícita e ilícita, caracterizando a ésta última, por la reali-

41 Héctor Villegas , El Derecho Penal Tributario, 1965

42 Alberto Faget, *“Interpretación y calificación en materia tributaria. Las formas jurídicas inadecuadas y el fraude a la ley fiscal”*. Revista Tributaria 181, pág. 437 y siguientes.

El concepto de Beneficiario Efectivo, con énfasis en los Estados que tienen convenios firmados con Uruguay

zación de "actos en los que existe una inadecuación de la forma jurídica adoptada sin la intencionalidad de engaño u ocultamiento propio de la evasión o violación del espíritu de la ley en cuestión".

Para Addy Mazz en cambio "La elusión fiscal, (*tax avoidance*) constituye una categoría abstracta, ya que su definición depende de un resultado: la disminución de la recaudación tributaria producto de la acción consciente del contribuyente. La naturaleza fluctúa entre la legalidad representada por la economía de opción y la mitigación fiscal por un lado y la ilegalidad de la evasión fiscal por el otro". Para la autora, al hablar de elusión fiscal está contemplando en esta categorización dos fenómenos disimiles, pero con un resultado común la reducción o eliminación de la carga tributaria.

Cuando hablamos de elusión entonces, tanto en el ámbito internacional como en el doméstico —si bien no dejaremos de reconocer que la elusión es definida como todo acto de eludir la carga impositiva, es utilizada en numerosas ocasiones para referir a la elusión por medios ilícitos de las obligaciones tributarias— el uso que haremos de este término será en el sentido, transcripto anteriormente, que lo utiliza Villegas, en el entendido de que nadie está obligado a hacer lo que la ley no prohíbe. Eso incluye el no perjudicarse a sí mismo⁴³.

43 En reciente conferencia el Prof. Pascale Pistone, al respecto de los derechos y garantías de los contribuyentes en el ámbito de los acuerdos de doble imposición, en particular a la puesta en práctica de los procedimientos amistosos entre estados, expresaba su preocupación por la situación del contribuyente, y hacía referencia a la necesidad de un estándar derechos mínimos que deberían garantizar al menos los derechos que tendría en su Estado. Creo, que ese conjunto mínimo de derechos, que dependerá en gran medida del Estado del cual sea residente, como subrayaba dicho autor, no solo deben estar garantizado en referencia a los procedimientos amistosos, sino también en todo momento de la interacción en el ámbito internacional, y en todo caso, como propone Pistone, puede ser necesario establecer un estándar mínimo internacional que sea aplicado por todos los estados. De esta forma, la elusión de tipo licita si quisiese impedirse, debería estar regulada por ley y exigiría un mayor esfuerzo del legislador en acotar el ámbito de incidencia de los mecanismos de planificación fiscal de los particulares con medidas específicas para el tipo de renta en cuestión y o cláusulas de limitación de beneficios.

El concepto de Beneficiario Efectivo, con énfasis en los Estados que tienen convenios firmados con Uruguay

Cuando nos referimos entonces, a la elección tributaria que realiza el sujeto pasivo para obtener un ahorro fiscal, esta es una acción lícita, inscrita dentro del concepto de planificación fiscal o economía de opción.

La evasión fiscal en cambio, hace referencia a una actividad ilícita del contribuyente, por la cual se busca obtener una optimización de la carga tributaria, mediante mecanismos que han sido prohibidos por ley. Siendo por tanto ilícita, pretende obtener un enriquecimiento a costa del derecho de la administración tributaria a la percepción del tributo.

Para Federico Berro, *“La EVASIÓN es normalmente definida como la violación del deber jurídico de tributar, teñida habitualmente de intencionalidad en la infracción.”*

Treaty Shopping

Para Natalia Acosta, Leonardo Bruzzone y Guillermo Nieves, el treaty shopping es solo una de las formas de abuso de los tratados, clasificándola dentro de las formas subjetivas de abuso de los tratados; caracterizada por la interposición de una entidad en uno de los estados contratantes, con el objetivo de beneficiarse de tasas reducidas o exoneraciones en la fuente en relación al CDI utilizado.⁴⁴ En esta misma dirección, se encuentra la opinión de Vega Borrego⁴⁵, cuando señala: *“esta forma de abuso de los convenios, tiene por objetivo ampliar el ámbito subjetivo permitiendo a residentes de terceros estados un acceso indirecto al régimen de convenios”*.

Respecto al treaty shopping, Juan Bonet e Ignacio Pérez, destacan que es: *“la manifestación típica del concepto es el caso de que residentes*

44 Dra. Natalia Acosta, Cr. Leonardo Bruzzone, Dr. Guillermo Nieves *“EL ABUSO DE CONVENIOS: Modalidades y forma de evitarlo desde la perspectiva uruguaya”*. VI Jornadas Tributarias organizadas por la Dirección General Impositiva (DGI), desarrolladas los días 30 y 31 de octubre de 2013.

45 Félix Vega Borrego, *“Las cláusulas de Limitación de los Beneficios en los Convenios de Doble Imposición”*. Universidad Autónoma de Madrid. Inv. Jurídica N° 1/13

El concepto de Beneficiario Efectivo, con énfasis en los Estados que tienen convenios firmados con Uruguay

*de un tercer estado creen una entidad jurídica o interpongan una persona física en uno de los dos países contratantes con el objeto de beneficiarse de los tipos reducidos en las retenciones u otros beneficios fiscales, a los que no habría tenido derecho de actuar directamente*⁴⁶.

El concepto de beneficiario efectivo en la doctrina nacional

El concepto de beneficiario efectivo es para Bonet y Pérez, un concepto con "*entendimientos disimiles*"⁴⁷, y clave por lo tanto para determinar qué se entiende cuando se habla de beneficiario efectivo de una renta, puesto que para Latinoamérica tiene amplia trascendencia, en función del tipo de inversiones que atrae la región y a raíz de la inclusión de dicha disposición en la mayoría de los convenios de doble imposición firmados. De aquí también entonces, la llamada de atención que realizan los autores.

Al respecto de esta carencia de una definición sobre dicha cláusula, Martha Roca destacaba en las V Jornadas Tributarias de 2012, la ausencia de una definición sobre el término en la normativa interna de Uruguay y la importancia de la misma en la aplicación de los artículos 10, 11, 12. Así también, advertía su trascendencia en cuanto a "*que se den certezas a los contribuyentes*" dada la inclusión de dicha cláusula en gran parte de los CDIs,

Siguiendo esta línea, Fraschini y Aisenberg, destacan la falta de consenso sobre el concepto, pese a la importancia del mismo para la aplicación de los artículos antes mencionados. Por otra parte, ante la no definición del término en el modelo, es fundamental, para los autores, su interpretación. Para ello remiten a los artículos 31, 32 y 33 de la Convención de Viena, como el inicio del estudio del texto y del análisis interpretativo, dando rele-

46 Juan Bonet e Ignacio Pérez, "*El concepto fiscal de beneficiario Efectivo desde una perspectiva Latinoamericana*". Revista Tributaria N° 251, marzo – abril 2016, págs. 173-232.

47 Misma fuente.

El concepto de Beneficiario Efectivo, con énfasis en los Estados que tienen convenios firmados con Uruguay

vancia a las intenciones subjetivas de las partes residualmente. En forma concomitante a dichos artículos, los autores señalan también que debe considerarse la norma interpretativa del art 3.2 del modelo OCDE, sobre la cual destacan, la tendencia actual a la prevalencia de éste por sobre los artículos de la Convención de Viena, en tanto se ha entendido que estamos ante una "ley especial" primando por sobre la general.

En cambio Guillermo Nieves sobre la interpretación de los CDIs, recoge la recomendación de la IFA en el 47 congreso Internacional de 1993, en cuanto a que los CIDs deben ser interpretados siguiendo las reglas de los art. 31, 32 y 33 de la Convención de Viena. Y en particular sobre el artículo 3.2 del modelo OCDE, advierte que estamos ante una función de cohesión de los términos contenidos en el tratado, y por lo tanto busca conservar la integridad de lo pactado y no el carácter exclusivo de reenvío a la aplicación de la normativa interna.

Por otra parte José Bordolli⁴⁸, sostiene en relación a remisión a la normativa interna de uno de los estados partes que es improcedente y al hacer esto, se está incurriendo en integración o complementado lo establecido en las disposiciones del tratado. Más aún si consideramos que existen estados en los cuales el concepto de Beneficiario Efectivo ha sido definido, y dicha definición no tiene por qué estar alineada a los propósitos de los convenios de doble imposición. Así por ejemplo, podemos encontrarnos con definiciones que tenga por finalidad el combate del lavado de activos, en las cuales, se puede recurrir una definición con fines y objetivos distintos a los previstos en los CDI's.

Se está modificando entonces, el presupuesto de hecho y ello no solo vulnera los derechos de los particulares, "sino también principios de Derecho Internacional". A su entender entonces, es necesario subsanar las diferen-

⁴⁸ José Bordolli "Soluciones del derecho uruguayo comparadas con las tendencias actuales en el ámbito internacional: Ley anti elusiva en el derecho nacional y comparado" Revista tributaria 181, pág. 572.

El concepto de Beneficiario Efectivo, con énfasis en los Estados que tienen convenios firmados con Uruguay

cias surgidas entre los Estados, y para ello, bastaría con remitirse a los lineamientos y terminología o a las cláusulas contenidas en el propio tratado.

Otro aspecto importante a considerar en cuanto a la interpretación se refiere, es el valor de los comentarios al modelo OCDE. Aspecto éste que puede ser de trascendencia en la interpretación del concepto de Beneficiario Efectivo, más aún después de las recientes modificaciones y agregados que se han realizado a dichos comentarios en relación a éste concepto, en la última revisión realizada en 2014. Y es que la problemática que se abre es bastante amplia, pues por un lado los comentarios no tienen un valor imperativo (los estados pueden por lo tanto hacerse eco o no de los mismos), pero la realidad muestra que el peso relativo que tienen como elaboración doctrinaria, como fuente de documentación y de regulación es mucho más rica de lo que en primera instancia parecería. Esto por si solo es muy útil, pero también tiene su contraparte, por ejemplo como mencionamos antes los comentarios al modelo sufren revisiones periódicas, las cuales por regla general terminan por exteriorizarse en modificaciones y agregados a los comentarios, claro está la intención de este proceso consiste en una continua actualización manteniendo la vigencia del modelo, la contra-cara de esta imprescindible vigencia de conceptos definiciones, mecanismos y estructuras, se encuentra en la temporaneidad de dichos comentarios. ¿Cuáles son los aplicables al momento de realizar una interpretación? ¿Se recurre a los que se encontraban vigentes al momento de la firma del tratado entre los estados partes? ¿Se utilizan los comentarios de la última versión vigente al momento de aplicación por uno de los estados partes?

Respecto de este punto Guillermo Nieves en su ponencia, reconoce que si bien los comentarios no tienen valor coercitivo, los estados tienden a considerarlos en razón del peso internacional de los organismos de los cuales emanan. No puede negarse tampoco, la utilidad de éstos al ser guías

El concepto de Beneficiario Efectivo, con énfasis en los Estados que tienen convenios firmados con Uruguay

para la actuación y elaboración doctrinaria de los distintos actores en la escena internacional de los CDIs.

Corresponde entonces también, en cuanto a la interpretación de los términos no definidos en un convenio, como lo es el concepto de beneficiario efectivo, considerar si se admite realizar un estudio dinámico. Y si se interpreta el concepto en base a ello, se puede así, estar validando una reformulación total del significado atribuido al momento de la firma del convenio. No sería por lo tanto una manifestación de las intenciones de las partes plasmada en el "texto". Es muy importante este hecho, dado que el énfasis se centra con mayor frecuencia en el combate a la "elusión" en todas sus formas, incluyendo situaciones como ya decíamos antes no contempladas. Sobre la consideración de una interpretación dinámica, Guillermo Nieves entiende que la justificación de ésta atendiendo al artículo 31 de la Convención de Viena no es sencilla, en cambio una solución que atienda las situaciones particulares sería más pertinente; aunque la mejor opción a su entender, reposa en reconocer a los comentarios como integrantes del "contexto", y el estatus de norma complementaria en la búsqueda de mermar el reenvío a la normativa interna.⁴⁹

Para Bonet y Pérez en cambio, apelar a una aplicación dinámica de los comentarios es "*cuestionable que las trascendentales modificaciones a los comentarios, sean de aplicación a CDI's celebrados bajo los anteriores comentarios*". Admitiendo su consideración, en aquellos casos en los cuales las modificaciones introducidas sean meramente aclaratorias.

Pese a todas estas interrogantes y a los numerosos desarrollos en cuanto al concepto de beneficiario efectivo, a cómo se debe interpretar, etc., hay más preguntas que respuestas, pero al menos en algunos puntos existe un cierto grado de consenso, a modo de ejemplo: se observa la necesidad

⁴⁹ Guillermo Nieves, Convenios para Evitar la Doble Imposición Internacional. "*Interpretación de los convenios para evitar la Doble Imposición*". Pág. 41 y siguientes. Jornadas Tributarias 2009.

El concepto de Beneficiario Efectivo, con énfasis en los Estados que tienen convenios firmados con Uruguay

de una interpretación autónoma del término, al igual que ocurre en la doctrina internacional, así lo destacan en su ponencia sobre el concepto y la importancia para latinoamericana Bonet y Pérez, que entienden debe ser un concepto deslindado de "*cualquier definición domestica*"⁵⁰. Para Frascini y Aisenberg⁵¹ en las conclusiones de su trabajo, destacan entre tanto la necesidad de una "*interpretación uniforme a nivel internacional que surja del propio contexto y objetivos de los CDI*". En tanto que Ana Klappenbach, María José Santos y Carolina Zitto, destacan sobre el significado del término: "*éste podría inferirse de su contexto, entendiéndose este último en forma amplia a la luz del objeto y propósito de los mismos. En este sentido, la expresión 'beneficiario efectivo' debería tener un significado fiscal internacional que permita la aplicación de los convenios en forma armónica.*"⁵²

Sin embargo, es oportuno reflexionar sobre la dimensión que da al contexto y una concepción amplia del mismo contenida en modelo OCDE vs la interpretación de acuerdo a la convención de Viena donde el contexto implica un contenido más acotado, este último parece ser más garantista, en tanto hace primar el análisis de índole textual como manifestación de las intenciones de las partes plasmada en el texto, y solo en última instancia ape- la a un análisis subjetivo de las pretendidas intenciones con la firma del convenio.

Otro punto sobre el cual hay consenso, es referente a cuándo no nos encontramos ante un Beneficiario Efectivo (agente, mandatario, o sociedades conducto), no considerado por lo tanto, propietario de los ingresos en el país de residencia y sin derecho pleno de usar y gozar de los mismos, como

50 Juan Bonet e Ignacio Pérez, "*El concepto fiscal de Beneficiario Efectivo desde una perspectiva Latinoamericana*".

51 Juan Ignacio Frascini y Luis Aisenberg, "*El concepto de Beneficiario Efectivo en Derecho Tributario Internacional*".

52 Ana Klappenbach, María José Santos y Carolina Zitto. "El concepto de beneficiario efectivo en los convenios para evitar la doble imposición" Jornadas Tributarias 2012.

El concepto de Beneficiario Efectivo, con énfasis en los Estados que tienen convenios firmados con Uruguay

resaltan Fraschini y Aisenberg siguiendo el modelo OCDE⁵³ ⁵⁴. Sobre éste requisito del modelo OCDE, como ya se mencionó, se restringe el acceso a los beneficios de los convenios cuando se deba realizar pagos a un tercero, en tanto quien percibe el pago lo debe hacer en calidad de beneficiario efectivo, pero debe además tener derecho de uso y goce de los mismos, exteriorizado en la no existencia de una obligación legal o contractual de transferir los ingresos percibidos. Respecto a la mención de que esta obligación de transferir el pago, puede surgir también de hechos o circunstancia que demuestren que el perceptor no tiene derecho a uso y goce.

Por otra parte, surgen aquí también algunos cuestionamientos, en cuanto a los riesgos y dificultades que asume el agente de retención, ante la contingencia que implica probar la condición de beneficiario efectivo ante la Administración. En esta hipótesis, si el agente de retención desea reducir los riesgos al mínimo, las dificultades no son menores: procederá a determinar en primera instancia si el pago fue realizado a un residente del otro estado, si dicho residente es beneficiario efectivo de los ingresos, y para ello será necesario descartar aquellas entidades o personas que han sido explícitamente excluidas de la calidad de beneficiario efectivo, además probar que tienen el derecho pleno de uso y goce de los ingresos, y que no existe una obligación contractual, legal u otros hechos o circunstancia que impongan la transferencia de los ingresos a un tercero no residente. Salvo casos de operativa desarrolladas entre empresas vinculadas, es muy poco probable que el agente de retención, pueda obtener acceso a este tipo de información de su contraparte. Una cosa es solicitar la misma, otra muy distinta será que esta información sea puesta a disposición, y por supuesto mucho más arduo será verificar su veracidad, más allá de los costos que esto implique. En re-

53 Fraschini y Aisenberg *"El concepto de Beneficiario Efectivo en el Derecho Tributario Internacional."* Jornadas Tributarias 2012.

54 Martha Roca, "El concepto de beneficiario efectivo en los Convenios para evitar la doble imposición" V Jornadas Tributarias 2012.

El concepto de Beneficiario Efectivo, con énfasis en los Estados que tienen convenios firmados con Uruguay

sumen como expresaba Martha Roca, lo que debe primar es la necesidad de certeza en relación a la contingencia de la prueba, que asume el agente de retención ante la Administración, y en este rumbo se orientan el decreto N° 323 y la resolución 2456⁵⁵ ambos de octubre 2012, para aplicar la retención reducida entonces, basta con la obtención por la contraparte del certificado de residencia emitido por la autoridad competente, pues el decreto no exige la constatación de la condición de beneficiario efectivo.

55 **1º)** En el certificado de residencia fiscal, referido en el inciso segundo del artículo 1º del Decreto N° 323/012 de 3 de octubre de 2012, deberá constar la siguiente información:

- i. fecha de expedición;
- ii. denominación y número de identificación del beneficiario de las rentas o titular del patrimonio;
- iii. declaración de que la entidad identificada es residente del Estado emisor de dicho certificado en el sentido definido en el Convenio que se pretende aplicar.

El certificado de residencia referido será válido por un año desde la fecha de su emisión, salvo que el Estado emisor le otorgue otra vigencia, y deberá mantenerse en poder del sujeto pasivo responsable, quien deberá exhibirlo ante la Dirección General Impositiva cuando ella se lo solicite.

2º) Cuando el certificado de residencia a que hace mención el numeral anterior, no se encuentre redactado en español o inglés, deberá anexarse traducción al español realizada por un traductor público, entendiéndose por tal al profesional universitario con título habilitante expedido o reconocido en la República.

No obstante, se admitirá la traducción por idóneos, en caso de no existir en Uruguay traductor público del idioma extranjero en el cual fue redactado el certificado de referencia.

3º) Los sujetos pasivos responsables deberán comunicar mensualmente a la Dirección General Impositiva aquellas partidas que fueron objeto de omisión o reducción de retenciones tributarias, por aplicación de un Convenio para Evitar la Doble Imposición Internacional. Esta comunicación deberá realizarse en aplicativo que el organismo proporcione a tales efectos.

4º) Publíquese en el Diario Oficial y en dos diarios de circulación nacional. Insértese en

El concepto de Beneficiario Efectivo, con énfasis en los Estados que tienen convenios firmados con Uruguay

Y respecto a la determinación de si se está o no ante el beneficiario efectivo, Frascini y Aisenberg, mostraban las soluciones de algunas administraciones tributarias: tal es el caso de la AFIP en Argentina, que recurre para probar la calidad de beneficiario efectivo, a la solicitud del certificado de residencia. Mientras que en el caso de la Administración tributaria española, solicita para probar tal hecho, un certificado de Beneficiario efectivo expedido por la administración tributaria del otro estado parte.

A su vez, a través de las definiciones comparadas de la doctrina internacional dichos autores, coinciden en que el beneficiario efectivo es la persona que tiene poder de disposición sobre los ingresos que recibe, y que el misma debe ser ejercida en forma libre y por cuenta propia, siguiendo al modelo OCDE. Destacando al igual que lo hace Vega Borrego, que cuando se habla de beneficiario efectivo, se está hablando en relación a las rentas recibidas y no sobre la propiedad de los activos que generan las rentas en cuestión.

¿Norma anti-abuso o cláusula de atribución de potestad tributaria? Su vinculación a una concepción económica o jurídica del concepto de beneficiario efectivo

Fraschini y Aisenberg señalan adicionalmente en cuanto a si se está frente a una norma anti-abuso, o una condición para la aplicación de los artículos 10,11 y 12, que el concepto de beneficiario efectivo, no puede ser visto como una norma anti-abuso de índole general, refiriendo a la necesidad

Boletín Informativo y página web.

Cumplido, archívese.

El concepto de Beneficiario Efectivo, con énfasis en los Estados que tienen convenios firmados con Uruguay

de recurrir a la inclusión de normas anti-elusivas o LOB en los CDI⁵⁶ ⁵⁷. Por otra parte, Juan Bonet y Pérez destacan al igual que Soraya Losada (sobre quien recogimos opinión en el capítulo anterior) la vinculación que se realiza del concepto de beneficiario efectivo con una interpretación económica y derivada de ésta, la extensión del uso del concepto como una norma anti-abuso de tipo genérica, y cuya manifestación es la utilización de parámetros de medición y análisis que buscan demostrar si se tiene o no sustancia económica. Así cuando se analizó las modificaciones al modelo OCDE y sus comentarios en relación al concepto de beneficiario efectivo, se hizo referencia en ésta, a una aparente primacía de una concepción económica del concepto de Beneficiario Efectivo.

Y a este respecto, Bonet y Pérez señalan, que en la determinación de si un sujeto es o no el beneficiario efectivo, en lo relacionado a la aplicación de parámetros que derivan del uso de normas generales anti-abuso, generan una vinculación que no sería apropiada, y cuyos efectos prácticos son limitados en las jurisdicciones que cuentan dentro de su ordenamiento jurídico con cláusulas anti-abuso generales y adquiriría mayor relevancia en aquellas *jurisdicciones que no las poseen*⁵⁸. *Ante lo cual, adquiere significación, considerar si esta concepción de tipo económica del concepto de beneficiario efectivo habilita la aplicación de las normas anti-abuso generales contenidas en derecho interno de los Estados partes, como por ejemplo podría desprenderse de la sentencia Molinos Rio de la Plata, o en el caso de la Jurisprudencia española.*

56 Fraschini y Aisenberg "El concepto de Beneficiario efectivo en Derecho Tributario Internacional"

57 Sobre el concepto de Beneficiario Efectivo Aisenberg señala "cumple la función de una cláusula anti-abuso" conferencia sobre "Convenios para evitar la doble imposición Uruguay- Chile, Uruguay -Emiratos Árabes"

58 Bonet y Pérez, "El concepto fiscal de beneficiario efectivo desde una perspectiva latinoamericana"

El concepto de Beneficiario Efectivo, con énfasis en los Estados que tienen convenios firmados con Uruguay

Normativa interna

Así entonces, un elemento adicional y que es necesario considerar en relación al concepto de beneficiario efectivo y al abuso de las disposiciones contenidas en los convenios de doble imposición como así también a las formas de prevenir o disuadir dicho abuso, refiere a la normativa anti-abuso aplicable y el eventual conflicto que podría o no surgir entre la normativa anti-abuso interna y las disposiciones contenidas en los tratados.

Y a este respecto Addy Mazz, destaca la problemática que conlleva la utilización de normas específicas o generales anti-abuso contenidas en la normativa interna de los Estados partes, en tanto, existe la posibilidad de que dicha normativa colida con lo establecido en el tratado.

Así entonces, respecto a la eventualidad de recurrir a normas internas generales anti-abuso en casos de abusos o fraude a la ley tributaria vinculada a los CDI's, la autora señala la división existente en la doctrina.

Pues si bien una parte de la doctrina entiende que no corresponde la aplicación de cláusulas generales anti-abuso contenidas en la normativa interna de los estados partes, salvo claro está, que el tratado lo admita en forma explícita, y ello se apoya en los principios de Pacta Sunt Servanda y de buena fe contenidos en la Convención de Viena. En el entendido de que los acuerdos internacionales, deben ser cumplidos según lo pactado y de buena fe por los estados firmantes. No corresponde entonces en base a ello, negarse a dar cumplimiento a lo pactado en un convenio al amparo de la normativa interna de los Estados firmantes. Asimismo el Modelo de convenios OCDE, recoge ésta posición en el comentario 9.3 del artículo 1, que remite a la reglas de interpretación del artículo 31 de la Convención de Viena⁵⁹.

⁵⁹ *"Other States prefer to view some abuses as being abuses of the convention it self, as opposed to abuses of domestic law"*

El concepto de Beneficiario Efectivo, con énfasis en los Estados que tienen convenios firmados con Uruguay

Para otra parte de la doctrina en cambio, la normativa interna general anti-abuso es aplicable. Esta posición se sustenta, en tanto admite que el abuso de las disposiciones del tratado, son en sí mismas un abuso de las disposiciones de la normativa interna que regulan el hecho generador del tributo. Y ésta posición ha sido así mismo contenida en el comentario 9.2 al artículo 1 del modelo OCDE, y al respecto de dicha posición la *“regla general es que no habría conflicto entre las normas internas anti-abuso y lo dispuesto en los tratados”*.

Como es posible apreciar, el modelo OCDE contempla ambas posiciones, aunque se inclina hacia admitir que no es incompatible aplicar la normativa interna en casos de abuso de las disposiciones contenidas en los tratados.

Y en el caso de Uruguay, dentro de nuestro ordenamiento jurídico nos encontramos que distintos autores contemplan la posibilidad de la aplicación del artículo 6 del código tributario.

¿Cuál es entonces el papel del art. 6 del Código Tributario? ¿Es una norma general anti-abuso? ¿Es posible su aplicación en los casos de los convenios que Uruguay tiene firmados? Y en particular ¿es aplicable al concepto de beneficiario efectivo?

El artículo 6 del Código Tributario en su inciso primero, consagra la autonomía del Derecho Tributario Material respecto de otras ramas del derecho, mientras que en su inciso segundo, queda establecida la posibilidad de que el intérprete en el caso concreto, prescinda de las formas jurídicas, para dar a los hechos su verdadero significado, siempre que la norma haya sido dictada atendiendo a la realidad y no a la forma.

"Artículo 6º.- (Interpretación del hecho generador).- Cuando la norma relativa al hecho generador se refiera a situaciones definidas por otras ramas jurídicas, sin remitirse ni apartarse expresamente del concepto

El concepto de Beneficiario Efectivo, con énfasis en los Estados que tienen convenios firmados con Uruguay

que éstas establecen, se debe asignar a aquélla el significado que más se adapte a la realidad considerada por la ley al crear el tributo.

Las formas jurídicas adoptadas por los particulares no obligan al intérprete; éste deberá atribuir a las situaciones y actos ocurridos una significación acorde con los hechos, siempre que del análisis de la norma surja que el hecho generador fue definido atendiendo a la realidad y no a la forma jurídica."

Al respecto Valdés Costa en sus comentarios al Código Tributario, subraya la diferencia substancial que representa el mismo, en tanto su aplicación sería extensiva a todos los casos en que las formas adoptadas por el contribuyente no coincidan con la realidad y también cuando exista desajuste con las definiciones legales, diferenciándolo así de la teoría del Disregard y de la Ley de Sociedades Comerciales, en las cuales sólo se puede prescindir de las formas en caso de fraude o abuso.

*En el mismo sentido, el Dr. Alberto Faget ponía de manifiesto que bajo el artículo 6 del Código Tributario se inscriben "(...) bajo el rótulo de inadecuación de la forma jurídica, doctrina y jurisprudencia engloban dos fenómenos patológicos de diversa índole; uno de ellos que sí puede calificarse como inadecuación de la forma jurídica y otro que nada tiene que ver con el abuso de la forma y constituye lo que denominamos abuso del negocio en fraude a la ley fiscal."*⁶⁰

El primero de ellos tendría lugar cuando: a) el negocio no coincide con la forma jurídica adoptada y por lo tanto correspondería prescindir de la forma jurídica que no se ajusta a la realidad, mientras que el segundo se producirá cuando: b) negocio y forma jurídica corresponden, pero que se realizan violando la ley en forma indirecta. En este último caso se está entonces, ante dos negocios sucesivos, en los cuales no se oculta nada, sino

⁶⁰ Dr. Alberto A. Faget, El "Disregard of legal entity" en el Derecho Tributario, *Revista del Instituto Uruguayo de Estudios Tributarios*. Tomo XX, Nº 116 Setiembre - Octubre 1993. Pág.369 y siguientes.

El concepto de Beneficiario Efectivo, con énfasis en los Estados que tienen convenios firmados con Uruguay

que se formalizan correctamente cada una de las operaciones, y que producen todos los efectos en la realidad económico comercial, pero con un fin distinto del negocio jurídico regulado en la normativa que se busca eludir, entonces se ha usado a la sociedad en fraude a la ley tributaria. Como dice Faget: “el sujeto cumple con la ley pero con ello obtiene un determinado objetivo no querido por otra ley”.

En esta última hipótesis, correspondería considerar si el artículo 6 del CTU es una norma anti-abuso genérica o no, y si es un instrumento adecuado para prescindir de un negocio jurídico válido, querido por las partes pero usado en forma indebida.

En virtud de ésta distinción que realizará Faget, se hace necesario como se mencionó al principio de este capítulo delimitar adecuadamente los conceptos de elusión, evasión, distinción ésta no menor, dado que el límite puede ser muy difícil de establecer, y que tienen consecuencias muy distintas. En el caso de elusión estaríamos dentro de una conducta lícita aunque pasible de recalificación, y en la segunda hipótesis estaríamos ante una conducta ilícita con posibles consecuencias penales o infraccionales. Si consideramos que el artículo 6 admite contemplar ambas hipótesis nos apresuramos a decir que estamos ante una norma general anti-abuso.

Por otra parte, si comparamos este artículo con la norma anti-abuso general de Argentina por ejemplo; en un intento de evaluar si estamos o no ante una norma anti-abuso general, nos encontraremos que en la ley 11.683 Argentina, en el art.1⁶¹ establece que la interpretación de las leyes tributarias

61 Ley 11 .683

Artículo 1.- en la interpretación de las disposiciones de esta ley o de las leyes impositivas sujetas a su régimen, se atenderá al fin de las mismas y a su significación económica.

Sólo cuando no sea posible fijar por la letra o por su espíritu, el sentido o alcance de las normas, conceptos o términos de las disposiciones antedichas, podrá recurrirse a las normas, conceptos y términos del derecho privado.

Artículo 2. - Para determinar la verdadera naturaleza del hecho imponible se atenderá a los actos, situaciones y relaciones económicas que efectivamente realicen, persigan o establezcan los contribuyentes.

El concepto de Beneficiario Efectivo, con énfasis en los Estados que tienen convenios firmados con Uruguay

sujetas al régimen de la misma, se interpretarán de acuerdo “al fin de las mismas y a su significación económica”, en cambio en el artículo 6 del CTU se hace referencia a que se dará a los actos y situaciones una “*significación acorde con los hechos, siempre que del análisis de la norma surja que el hecho generador, fue definido atendiendo a la realidad y no a la forma jurídica*”, por lo cual, de acuerdo a éste artículo del Código Tributario, no siempre correspondería una interpretación de tipo económica, si del análisis del hecho generador surge que no contempló una realidad económica, esta sería entonces, una primer diferencia. Aunque sin embargo, sobre este primer aspecto, Faget de acuerdo a la concepción autonomista del Derecho Tributario Material, recuerda que el presupuesto de hecho de la ley tributaria es económico⁶² y por lo tanto entonces en la interpretación así como en la calificación, se debe considerar esta realidad. Llegaríamos entonces a que en ambos caso sea en forma explícita en una o implícita en la otra deberíamos interpretar de acuerdo a la realidad económica. Persistiría la diferencia en cuanto a que en la Ley 11.683 refiere a contemplar el “fin de las mismas”.

Otro aspecto que podría denotar, que no estamos ante una norma anti-abuso genérica, si continuamos con la comparación realizada con la normativa argentina, vemos que ésta última nos habla de “actos, situaciones, o relaciones a formas o a estructuras jurídicas que no sean manifiestamente las del derecho privado”. Estaría entonces contemplando no solo aquellas circunstancias en las cuales la forma y la sustancia no coincidan, si no tam-

Cuando éstos sometan esos actos situaciones, o relaciones a formas o estructuras jurídicas que no sean manifiestamente las que el derecho privado ofrezca o autorice para configurar adecuadamente la cabal intención económica y efectiva de los contribuyentes se prescindirá en la consideración del hecho imponible real, de las formas y estructuras jurídicas inadecuadas, y se considerará la situación económica real como encuentra en las formas o estructuras que el derecho privado les aplicará, con independencia de los escogidos por los contribuyentes o les permitiría aplicar como las más adecuadas a la intención real de las mismas.

62 Alberto Faget "La forma jurídica inadecuada y el fraude a la ley fiscal" Revista tributaria N° 42

El concepto de Beneficiario Efectivo, con énfasis en los Estados que tienen convenios firmados con Uruguay

bién, a aquellas en las que sí existe concordancia plena entre ambas, pero que el negocio ha sido utilizado en forma ilegítima.

En cambio nuestro artículo 6, refiere a “las formas jurídicas adoptadas por los particulares”, parecería entonces que sólo está contemplando algunas hipótesis de abuso, y no aquellas vinculadas como decíamos a las estructuras de negocios de los particulares cuando la forma y sustancia coinciden. Pero es necesario recordar aquí, como veíamos anteriormente, que tanto Valdés Costa, J. Whitelaw y Seijas al igual que Faget, contemplaban dentro de la referencia a formas jurídicas contenidas en el art. 6 del Código Tributario, tanto la no correspondencia entre forma y sustancia, como el uso del negocio en fraude a la ley. Aunque más adelante Faget ⁶³ (luego de revisar su posición en las exposiciones de la Jornada Internacional de Derecho Tributario sobre “Interpretación de las normas, calificación de los actos y legislación anti elusiva”), advierte, que el artículo 6 del Código Tributario no califica como norma anti-elusiva genérica, dado que sólo es aplicable a los casos de inadecuación entre forma y sustancia, por lo tanto no es una norma comprensiva de cualquier clase de hipótesis de abuso. En tanto, el hecho generador no se configure, no es posible obligar al contribuyente al pago del tributo, aún cuando la no configuración haya tenido por motivo principal el no pago del impuesto.

En esta dirección de no considerar el artículo 6 del Código Tributario como una norma anti-abuso aplicable a los CDI's se encuentra Addy Mazz⁶⁴.

Mientras que en una posición opuesta sobre la recalificación en aplicación del art. 6 del Código Tributario se encuentra Bordolli⁶⁵, quien entien-

63 Alberto Faget " La interpretación y calificación en materia tributaria: Las formas jurídicas inadecuadas y el fraude a ley fiscal". Revista tributaria 181 Pág. 437.

64 Al respecto acota que “no es considerado por la doctrina nacional como una norma general anti-elusión”; en virtud de que admite la recalificación de situaciones tanto a favor de la administración tributaria como del contribuyente.

65 José Bordolli, "Soluciones del derecho uruguayo comparadas con las tendencias actuales en el ámbito internacional: Ley anti-elusiva en el derecho nacional y comparado" Revista Tributaria 181 Pág. 569 – 580.

El concepto de Beneficiario Efectivo, con énfasis en los Estados que tienen convenios firmados con Uruguay

de; que *"regula la interpretación del hecho generador sin excepción, por lo cual es más que una norma anti-elusión; tiene un alcance mucho mayor"* y lejos de violentar los principios de legalidad y capacidad contributiva; los respeta y garantiza, al dar a iguales capacidades contributivas igual tratamiento.

Martha Roca por otra parte, a la vista de esta concepción económica del concepto de Beneficiario Efectivo, y dando por hecho la aplicación de dicho artículo del CTU en la interpretación del hecho generador en base a la realidad por sobre las formas jurídicas adoptadas, aunado a la falta de definición del término Beneficiario Efectivo en la normativa interna, subrayaba la amplia subjetividad que admite la interpretación en base al principio de realidad económica⁶⁶, dejando plasmada su preocupación en cuanto a certezas se refiere en la aplicación del mismo.

Por último Natalia Acosta, Leonardo Bruzzone y Guillermo Nieves, en lo que hace a la aplicación de la normativa interna anti-abuso, en una línea de análisis afín con el modelo de convenios OCDE, consideran que *"no hay (...) una imposibilidad técnico-jurídica para aplicar el inciso segundo del artículo 6 del CTU a un supuesto internacional"*, por lo cual para dichos autores, aún cuando un convenio contenga medidas anti-abuso específicas, sería aplicable el art. 6 en los caso de treaty shopping, y sería igualmente válido para casos de *rule shopping*.

Entonces, en este caso tanto la Administración tributaria y el intérprete del derecho al considerar al art. 6 como una norma anti-abuso válida, deberían recurrir al uso de la misma para re-calificar tanto hechos como formas y negocios jurídicos, recogiendo así la posición que bajo formas jurídi-

⁶⁶ Adolfo Jiménez también expresaba sus reservas sobre el uso de un análisis económico de los hechos para determinar el beneficiario efectivo de los ingresos" Si el análisis económico de los hechos es introducido en la determinación del beneficiario efectivo de los ingresos, el concepto podría ser tan amplio que difícilmente sus límites se pudieran diferenciar de una medida general anti-abuso" Adolfo Marín Jiménez, *"Beneficial Ownership: Current Trends"*

El concepto de Beneficiario Efectivo, con énfasis en los Estados que tienen convenios firmados con Uruguay

cas el inciso segundo del artículo 6 del CTU, engloba tanto inadecuación de forma como negocios en fraude a la ley. Pero agregando además el matiz de que éste se sustancia, en tanto los estados contratantes someten a imposición las manifestaciones de capacidad contributiva y para ello es necesario aplicar a cabalidad del sistema tributario, incluido las normas generales que permitan contrarrestar los efectos del uso abusivo de los CDI's.

No parece estar tan claro entonces que la doctrina no considere al artículo 6 del CTU como una norma general: anti-abuso o anti elusión, oponible a los convenios de doble imposición.

En la práctica por otra parte, la recalificación ha operado tanto en cuanto a lo que inadecuación de formas refiere, como de negocio jurídicos válidos donde forma y sustancia coinciden. Así lo recoge la sentencia 256 del TCA, del 2 de mayo de 2012.

Dicha sentencia hace referencia a una empresa explotadora de Zona Franca Florida, una sociedad anónima del mismo nombre. Dicha sociedad se encontraba vinculada con otras tres empresas usuarias de Zona Franca Florida, estas sociedades contaban con los respectivos contratos formales, controlados y autorizados por el Área de Zona Franca del MEF. De estas tres sociedades, luego de una actuación inspectiva, en acto de determinación la DGI concluyó que una de ellas era una sociedad instrumental, mientras que la otras dos se entendió que tenían propósito de negocios, y que los contratos celebrados eran reales, además de que los mismos eran cumplidos; aun cuando las sociedades habían sido usadas, según manifiesta la administración, en fraude a la ley tributaria, desviando rentas y reduciendo gastos de la explotadora de zona franca que se encuentra sujeta al régimen de imposición general.

Las empresas estaban controladas por la explotadora según surgía de los contratos, puestos a disposición por Zona Franca Florida S.A.

El concepto de Beneficiario Efectivo, con énfasis en los Estados que tienen convenios firmados con Uruguay

En la sentencia de acuerdo a la opinión del Tribunal, procede la recalificación realizada por la DGI, en base a que se usaron *“formas jurídicas manifiestamente inapropiadas”*, y a continuación el TCA procede a distinguir dos situaciones acorde con parte de la doctrina.

Por un lado, respecto de la sociedad considerada meramente instrumental, entiende que correspondía recalificar en mérito a que *“el interés empírico o práctico perseguido por las partes del negocio no coincide con la forma adoptada, la cual oculta la realidad económico-negocial”*.

En el caso de las otras dos sociedades, las cuales como la propia Administración reconocía, se había constatado la existencia de propósito de negocio, los contratos eran acordes a la forma jurídica y desplegaban todos sus efectos, por lo cual había plena concordancia entre forma y sustancia; pero los precios pactados en los contratos sin embargo, no cumplían el principio arm's length, por lo cual el tribunal entiende entonces que en estos casos se está ante *“fraude a la ley”*, y que le asiste razón a la administración al ajustar los precios de las operaciones realizadas por estas empresas con Zona Franca Florida S.A., por cuanto atenta contra el espíritu de la ley.

De algún modo, el caso constituye un antecedente concreto llevado ante el TCA en aplicación de parte de la doctrina recibida, y que evidencia que el tribunal considera aplicable el art. 6 a inadecuación entre forma y sustancia como así también en fraude a la ley. Más aún, si vemos las posiciones discordes que expone el tribunal ante el caso presentado, refieren a otros aspectos puestos a consideración del tribunal, pero nada dicen sobre la aplicabilidad del inciso segundo del artículo 6, a las dos hipótesis tratadas.

Siendo esta una sentencia a nivel nacional, no es posible hacer una suerte de proyección de la postura que podrían asumir futuros tribunales en un caso de alcance internacional, pero sí entendemos que el presente fallo se muestra como un precedente a considerarse en un caso referente a treaty shopping y en particular del concepto de Beneficiario Efectivo, si conside-

El concepto de Beneficiario Efectivo, con énfasis en los Estados que tienen convenios firmados con Uruguay

ramos además que parte de la doctrina entiende que el artículo 6 del Código Tributario, es aplicable a los convenios firmados, salvo que éstos expresamente lo prohíban.

CAPÍTULO 4 – JURISPRUDENCIA

A continuación en base a los antecedentes expuestos en los capítulos anteriores, y recogiendo parte de la jurisprudencia internacional vinculada a países con los cuales Uruguay tiene convenios firmados de doble imposición, acuerdos de intercambio de información o por sus relaciones especiales con estos países, consideramos relevante su inclusión.

Argentina

Molinos Rio de la Plata S.A. (*Tribunal de la Nación, Argentina*)

El caso en cuestión es una sentencia del Tribunal Fiscal de la Nación, de fecha 15 de agosto de 2013, donde se puso a consideración del tribunal el recurso de apelación presentado por Molinos Rio de la Plata S.A. residente en Argentina, sobre las resoluciones dictadas el 15 de marzo 2011 y el 1 diciembre 2011 por la División Determinaciones de Oficio del Departamento Técnico Grandes Contribuyentes Nacionales de la Subdirección General de Operaciones Impositivas Grandes Contribuyentes Nacionales.

En las referidas resoluciones, se determina impuesto a las ganancias por los periodos 2004 y 2005, de fuente extranjera y la impugnación de las declaraciones juradas por impuesto a la ganancia de los ejercicios 2006, 2007, 2008 y 2009. Para dicha determinación, se tomaban en consideración los pago de dividendos realizado por la sociedad constituida en Chile “Moli-

El concepto de Beneficiario Efectivo, con énfasis en los Estados que tienen convenios firmados con Uruguay

nos de Chile y Río de la Plata Holding S.A., a la sociedad argentina Molinos Río de la Plata S.A., dichos dividendos procedían de las operaciones realizadas por empresas constituidas en Perú y Uruguay.

La sociedad Holding chilena era una empresa vinculada a Molinos Río de la Plata S.A., sociedad constituida bajo las normas Argentinas, que poseía el 99,99% del capital de la sociedad chilena y que ejerce control mayoritario en las sociedades uruguayas Alimentos del Plata S.A., Molinos Overseas S.A., y Molinos Uruguay S.A., como así también en la sociedad peruana Molinos del Perú S.A..

La sociedad holding se constituyó bajo las normas chilenas, al amparo de ley 19.840 de sociedades plataforma de inversión⁶⁷, su objeto consistía en la realización de inversiones en Chile y el exterior, así como la prestación de servicios vinculados a la producción, comercialización, almacenaje y logística a las empresas en las cuales realizó inversiones o fueron constituidas con motivo de dicho objeto.

La mencionada ley fue aprobada con posterioridad al convenio Argentina-Chile, y las sociedades constituidas bajo este régimen solo tributaban por las rentas de dividendos o utilidades y remesas de fuente chilena, no así por las provenientes de las inversiones realizadas en empresas del exterior. Dichas sociedades como requisito adicional debían realizar distribuciones de utilidades comenzando por las más antiguas y para lo cual debían contabili-

67 Estas sociedades debían cumplir con una serie de requisitos referentes a los porcentajes de participación de: residente de terceros países los cuales debían ser personas jurídicas, como de la participación de residentes chilenos. Además, se excluía de la participación a personas jurídicas del exterior que estuvieran domiciliados en Chile o fueran residentes chilenos, ni en paraísos fiscales o territorios considerados como tales por la OCDE, o regímenes de baja o nula tributación.

Entre otros requisitos, se encontraban la aportación que debía cumplir algunas condiciones particulares y la obligación de rendición de cuenta de del detalle de inversiones realizadas, composición del capital, accionistas y objeto único de la sociedad. Adicionalmente, para accionistas no residentes chilenos que poseyeran más del 10% de participación social o utilidades debían obtener un certificado de residencia fiscal expedido por la autoridad competente del país en el cual residía. Junto a otra documentación que debería tener la holding a disposición en su oficina principal.

El concepto de Beneficiario Efectivo, con énfasis en los Estados que tienen convenios firmados con Uruguay

zar por separado las provenientes de sociedades constituidas en Chile, de las provenientes del exterior.

La sociedad holding chilena desarrolló además su actividad de inversora en forma directa o indirecta en España, Suiza, Italia y Estados Unidos, en empresas vinculadas también a los negocios alimenticios, del desarrollo de esta operativa incrementó la presencia de sus productos en Chile, Perú y Brasil.

Chile y Argentina tenían firmado un convenio de doble imposición, el cual databa de 1976 y que había sido aprobado por Argentina y se encontraba vigente desde 1985, ulteriormente en 2003, se realizaron modificaciones al protocolo de convenio que afectaban el artículo 19 del convenio, entrando en vigencia desde su firma en 2007, aunque fuera ratificado en por Argentina en 2010. Posteriormente, en junio de 2012, el convenio fue denunciado por dicho país. El mencionado convenio en los artículos 9 a 11⁶⁸ regulaba la atribución entre los estados partes de las rentas procedente de regalías, intereses y dividendos respectivamente, sin realizar mención alguna sobre el concepto de beneficiario efectivo en dichos artículos, ni en el resto del convenio.

68 **Regalías**

ARTÍCULO 9.- Las regalías a que se refiere el apartado i) del artículo 2, sólo serán gravables por el Estado Contratante en cuyo territorio se encontrare ubicada la fuente productora de las mismas.

Intereses

ARTÍCULO 10.- Los intereses provenientes de crédito sólo serán gravables en el Estado Contratante en cuyo territorio se hubiere utilizado el crédito.

Salvo prueba en contrario, se presume que el crédito se utiliza en el Estado Contratante en el cual estuviere domiciliado el deudor.

Dividendos y participaciones

ARTICULO 11.- Los dividendos y participaciones en las utilidades de las empresas, incluidos los retornos o excedentes de las cooperativas, sólo serán gravables por el Estado Contratante donde estuviere domiciliada la empresa que los distribuye.

El concepto de Beneficiario Efectivo, con énfasis en los Estados que tienen convenios firmados con Uruguay

Además, el convenio no contenía disposiciones anti-abuso, y en lo que respecta a términos o expresiones no definidas establecía que se tomará el sentido dado por la legislación vigente en cada estado. En el artículo 11 de dicho convenio transcrito, los dividendos estaban sujetos a imposición en el estado de residencia de la entidad pagadora. En este caso entonces los dividendos solo estarían sujetos a imposición en Chile, pero en virtud de que los mismos procedían de dividendos o utilidades regulados por la ley 19.840, y eran derivados de empresas no residentes en el antedicho país, dichas rentas no se encontraban sujetas a imposición en Chile.

Por otra parte, Uruguay y Perú no tenían convenios firmados con Argentina, y la administración de sus actuaciones entiende que existe abuso del convenio con las siguientes consideraciones:

AFIP señala que la constitución de la sociedad chilena, tiene por único objetivo canalizar los pagos de dividendo desde Perú y Uruguay hacia Argentina, eludiendo el pago de impuesto a la ganancia sobre dichas rentas sujetas a imposición en Argentina. Constituyendo un abuso del convenio de doble imposición Argentina-Chile, porque la sociedad holding chilena como sociedad plataforma no se encuentra sujeta a imposición en Chile por los dividendos procedentes exterior. Además, dichas rentas tampoco se ven alcanzadas en Argentina en virtud del convenio existente. Por lo cual entiende que dicha sociedad es una sociedad conducto.

AFIP entiende además que como la normativa que regula las sociedades plataforma de inversión fue introducida en 2002 con posterioridad a la firma del convenio, no se pudo prever los efectos derivados de dicha ley. Así mismo menciona que dicho convenio, no incluye normas anti-abuso, por lo que es de aplicación la normativa interna y ello habilita al uso del principio de realidad económica, aún cuando no esté previsto en el convenio, ni en los papeles preparatorios del mismo.

El concepto de Beneficiario Efectivo, con énfasis en los Estados que tienen convenios firmados con Uruguay

Presentado el caso al tribunal, este ratifica las resoluciones de la administración tributaria, tras un análisis que contempla aspectos vinculados tanto al concepto de beneficiario efectivo, como a la aplicación del principio de realidad económica en relación al concepto y aplicabilidad de normativa interna anti-abuso en los CDI.

Del mencionado fallo se destacan varias observaciones que se recogen y comentan:

1. El tribunal en su conclusión sobre el caso, entiende que aun cuando el concepto de beneficiario efectivo no esté considerado en el convenio de referencia, ni en la normativa interna Argentina, este está subyacente en el ámbito de los CDI, y debe ser considerado a la luz de la aplicación del principio de realidad económica. Se apoya en dicha elaboración, en la jurisprudencia Suiza y en el estado unidense (caso “Northern Indiana Public Service Company vs. Commissioner of Internal Revenue”), siendo que en el caso de Suiza, éste país, no tiene incluido en la mayoría de sus convenios el concepto de beneficiario efectivo, pero que independientemente de ello lo considera inherente al ámbito de los CDI. Corresponde aclarar en este punto, que el convenio entre ambos países no siguió el modelo OCDE en su elaboración, pese a lo cual, sin embargo, el tribunal aplicó los desarrollos y comentarios de dicho modelo.

2. La sentencia se limita a recoger opiniones de la doctrina, del modelo de convenios OCDE y sus comentarios sobre el concepto de beneficiario efectivo, pero no elabora una concepción propia sobre el mismo. Así mismo, entre las observaciones que realiza sobre el concepto hace referencia a: 1) que la figura de beneficiario efectivo permite distinguir entre el propietario legal y el propietario económico; 2) que el Beneficiario Efectivo en este caso incluye a las personas que ejercen el “control efectivo final sobre una persona jurídica o acuerdo legal”, recogiendo así las recomendaciones GAFI sobre el “beneficiario final”.

El concepto de Beneficiario Efectivo, con énfasis en los Estados que tienen convenios firmados con Uruguay

De ambas observaciones, es posible concluir la importancia del concepto para una correcta aplicación de los convenios de doble imposición. Pero al hacer uso de las recomendaciones GAFI, no considera la posición de la doctrina, que deslinda de la definición del concepto de beneficiario efectivo de otras definiciones aportadas por otros instrumentos, que tienen fines distintos a los buscados por los convenios de doble imposición. Sobre este punto, en las modificaciones introducidas en 2014 al modelo OCDE, se recoge mención expresa (corresponde aclarar, que a la fecha de la sentencia, esta aclaración no se encontraba disponible en el modelo), en el comentario 12.6 del artículo 10 de dividendos del modelo OCDE, refiere a esta necesidad de diferenciar el significado del término de los diferentes significados que puedan asesinarle en el contexto de otros instrumentos. Y particularmente en lo referente a las personas que ejercen el control final sobre entidades o activos destaca; *“that different meaning of beneficial owner cannot be reconciled with the express wording of sub-paragraph 2”*. Como es el caso de las recomendaciones GAFI aquí mencionadas, y cuya finalidad es la lucha contra el lavado de activos. Por lo cual en función de ello, dichas recomendaciones tienen la necesidad de determinar quién es el destinatario final, y ejerce el control efectivo final de un acuerdo, que no necesariamente debe corresponderse unívocamente con el beneficiario efectivo. De ello pues se llegaría a la conclusión que una persona jurídica nunca podría ser considerada como beneficiario efectivo de una renta, desconociendo entonces la personería jurídica. Y en todo caso si este fuera el objetivo del beneficiario efectivo (imputar a la persona física detrás de la persona jurídica, que no lo es de acuerdo al propio modelo) debería grabarse la renta en cabeza de los accionistas y no de las sociedades.

Continuando con el análisis realizado por el tribunal, éste concluye: 1) que la sociedad holding chilena es una empresa conductora que no tiene un fin de negocios más allá del aprovecharse de los beneficios del convenio Ar-

El concepto de Beneficiario Efectivo, con énfasis en los Estados que tienen convenios firmados con Uruguay

gentina-Chile, 2) que realiza un *negocio indirecto, obteniendo un beneficio indebido y que* la actividad desarrollada consiste en la intermediación de dividendos entre las sociedades uruguayas y peruanas, y como dichos países no tienen convenio vigente con Argentina, de realizar la operativa en forma directa los dividendos estarían sujetos a imposición a la renta en éste país. Considera además que las pruebas presentadas demuestran que la sociedad holding no recibe dividendos de sociedades chilenas y por tanto no se encuentra sujeta a imposición en Chile, a su vez al ser una holding y estar controlada por Molinos Rio de la Plata S.A. tiene poderes restringidos para disponer de los ingresos percibidos en concepto de dividendos, debiendo transferirlos inmediatamente. Recogiendo de este modo reseña de la doctrina argentina sobre los comentarios a los artículos 10 a 12 del modelo OCDE⁶⁹.

Por otra parte, en lo que respecta a la aplicación de medidas anti-abuso internas, el tribunal citando tanto los comentarios del modelo OCDE⁷⁰, como así también la posición de la doctrina española vinculada al beneficiario efectivo y el fraude a la ley, entiende que a falta de inclusión medias anti-abuso en el convenio, corresponde la aplicación de medidas anti-abuso in-

69 En las modificaciones a los comentarios del Modelo realizadas en 2014 se mantiene a los poderes y en particular lo vemos en los comentarios al artículo 10 en el párrafo 12.3, aclara que esas sociedades conducto, no pueden ser vista normalmente como el beneficiario efectivo si aún siendo el propietario legal, tiene poderes limitados en lo que respecta a la renta, siendo un fiduciario o administrador que actúa por las partes interesadas.

70 El tribunal recoge los comentarios al art. 1, en el párrafo 9.1 "(...) Así pues, todo uso abusivo de las disposiciones de un convenio tributario podría también considerarse como uso abusivo de las disposiciones de la legislación nacional en virtud de la cual el impuesto se exige. Para los estados la cuestión es si las normas de los convenios tributarios pueden o no impedir la aplicación de las disposiciones anti-abuso de la legislación nacional, que es la segunda cuestión planeada anteriormente". Y agrega "como se indica en el párrafo 22.1 más adelante, la respuesta a esta segunda cuestión es que, en la medida en que las normas anti-elusión sean parte de las normas básicas nacionales establecidas por la legislación tributaria nacional para determina los tipos de hechos que dan lugar a una deuda tributaria, dichas normas no están contempladas en los convenios tributarios y, por lo tanto, no se ven afectadas por ellos. Por lo tanto, como regla general, no existirá conflicto entre las citadas normas y las disposiciones de los convenios tributarios..."

El concepto de Beneficiario Efectivo, con énfasis en los Estados que tienen convenios firmados con Uruguay

ternas⁷¹. Y pese a que los tratados en Argentina tienen un orden jerárquico superior a la normativa interna, igualmente corresponde la aplicación de la misma en subsidio o para asistir al intérprete, aún cuando no haya remisión expresa en el tratado.

Por lo tanto el Tribunal, determina que es aplicable la normativa interna argentina prevista en el art. 2 de la Ley 11.683 al caso, en base a cualquiera los siguientes puntos:

1. que el concepto de beneficiario requiere en su interpretación de la aplicación de una perspectiva económica, por lo cual es aplicable el principio de realidad económica, aspecto que habilita la aplicación de la normativa interna prevista en los artículos 1 y 2 de la ley 11.683 relativa al principio de realidad económica previsto en la normativa Argentina.

2. que el régimen fiscal implantado en Chile es nocivo, en tanto tiene como resultado la afectación de la renta sujeta a imposición en Argentina, y que desde este punto de vista las rentas en cuestión no se encuentran beneficiadas por el convenio de doble imposición.

3. que el art. 22⁷² del convenio entre Argentina y Chile, no constituye una disposición anti-abuso y no se incluye en el mismo otras disposiciones

71 La Vocal del Tribunal expone: “Teniendo en cuenta que el convenio para evitar doble imposición internacional celebrado entre Argentina y Chile no prevé entre sus cláusulas normas anti-abusivas, corresponde aplicar la normativa interna para evitar el aprovechamiento impropio de las ventajas del convenio, (...)”

72 ARTÍCULO 22.- Las autoridades competentes de los Estados Contratantes celebrarán consultas entre sí e intercambiarán la información necesaria para resolver, de mutuo acuerdo, cualquier dificultad o duda que se pueda originar en la aplicación del presente Convenio para establecer los controles administrativos necesarios para evitar el fraude y la evasión.

La información que se intercambie en cumplimiento de lo establecido en el párrafo anterior, será considerada secreta y no podrá transmitirse a ninguna persona distinta a las autoridades encargadas de la administración de los impuestos que son materia del presente Convenio.

El concepto de Beneficiario Efectivo, con énfasis en los Estados que tienen convenios firmados con Uruguay

este tipo, teniendo en cuenta además, que la modificación de la normativa interna de Chile fue realizada con posterioridad a la firma del convenio.

Y reconoce asimismo que en el ordenamiento jurídico interno argentino no existe una definición sobre “Beneficiario Efectivo”, como tampoco existe una relativa a “conducto directo”, pero no obstante ello, considera que la “jurisprudencia *internacional otorga preeminencia al análisis a la sustancia sobre la forma*”⁷³, por lo cual corresponde en base al principio de realidad económica calificar los hechos sin considerar las formas inapropiadas según lo establece la ley 11.683 en los art.1 y artículo 2 respectivamente. En base a lo cual expone entonces entre sus consideraciones, una vinculación directa entre el concepto de Beneficiario efectivo, sustancia económica y la aplicación del principio de realidad económica contenido en su normativa interna, para contrarrestar el uso abusivo de los convenios de doble imposición, basándose para ello en los comentarios de la OCDE⁷⁴ y en la posición Suiza que recurre a la noción de sustancia sobre forma en la determinación del beneficiario efectivo de la renta. Pero en ese derrotero analítico contempla solamente sin embargo, la jurisprudencia que se asienta sobre una concepción económica del concepto de Beneficiario Efectivo, y deja de lado la jurisprudencia que se asienta sobre una concepción legal del término, como en el caso *Prévost*.

Tarsitano⁷⁵ por otra parte, sobre la aplicación de normas anti-elusión, señala la dificultad que conlleva la prueba de los hechos en otras jurisdicciones y en forma particular el impedimento de recalificar estructuras jurídicas

Para los efectos de este artículo, las autoridades competentes de los Estados Contratantes podrán comunicarse directamente entre sí.

73 El tribunal cita como antecedentes: *Northern Indiana Public Service Company vs, Commissioner of Internal Revenue*, 79 a FTR. 22d 97-2862,97-1 USTC P 54,474

74 Párrafo 12.5 de los comentarios al Modelo OCDE al artículo 10, que remite a los párrafos 17 a 22 de los comentarios al artículo uno del modelo OCDE revisado en 2014.

75 Alberto Tarsitano, “Reflexiones sobre abuso de tratados para evitar la doble imposición”, Pág. 208 y siguientes.

El concepto de Beneficiario Efectivo, con énfasis en los Estados que tienen
convenios firmados con Uruguay

que son admisibles bajo las normas de otro estado, lo que hacen vanas las posibilidades de aplicar las normas internas a formas o estrategias particulares de elusión. Aún cuando conceptualmente la aplicación de la normativa interna es admitida por la doctrina Argentina, su aplicación práctica debe estar circunscripta al alcance de las mismas. A continuación señala también el autor, que las administraciones no deben exceder dicho alcance y advierte también, que corresponde a la autoridad fiscal: *“determinar si una sociedad constituida en otro estado fue establecida con el propósito de abusar de un tratado aprovechando los beneficios a los que aquella no tendría derecho si se considerará su situación sustancial”*.

Así entonces siguiendo sus consideraciones, la Administración en el caso Molinos Rio de la Plata, no puede no reconocer la validez de las formas jurídicas y de la estrategia de negocio desarrollada por Molinos Chile y la Holding, pues las mismas (forma y estrategia) se encontraba enmarcada dentro de un régimen de promoción de inversiones promovido por el Estado chileno.

El tribunal sobre este punto se expresa: *“Si bien la actora sostiene en su descargo que si la estructura del negocio es regular y legal ⁷⁶no puede desconocerse la aplicación de un tratado internacional para evitar la doble imposición (fs.114 vta., segundo párrafo), tal argumentación en una primera lectura podría entenderse como válida si lo que se intentaba obtener con la constitución del holding en Chile era una reducción de la carga impositiva,*

⁷⁶ El tribunal en consideración al informe solicitado a un perito en el otro Estado contratante establece que: la empresa en su constitución había cumplido con los requisitos de la normativa que regulaba el funcionamiento de sociedades plataforma y manifiesta que en dicho informe del perito detalla, “de acuerdo con los fines de los estatutos de la sociedad cuales son los órganos encargados de la administración, supervisión y publicidad y hace un reseña de las inversiones realizada por Molinos de Chile Holding en 2004 y 2009, detallando las sociedades en las que participa Molinos de Chile Holding, indicando participación directa o indirecta y el destino de las utilidades de Chile”.

El concepto de Beneficiario Efectivo, con énfasis en los Estados que tienen convenios firmados con Uruguay

pero lo que no puede admitirse desde ningún punto de vista, es que el resultado de tal proceder sea la nula tributación.”

El Dr. Magallón, miembro del tribunal, en su exposición de motivos refiriéndose a la doble no imposición, señalaba además que “... el hecho de que exista en el CDI en cuestión una cláusula pactada por la que se asigna en forma exclusiva la potestad tributaria al país en el cual se encuentre domiciliada la empresa que distribuye los dividendos, no habilita pensar que, reservada la potestad gravatoria por Chile, constituye una decisión unilateral incuestionable de este último –y un mero ejercicio de su soberanía– desgravar las distribuciones de dividendos. Ello es así –aunque parezca una obviedad señalarlo–, por cuanto al generarse una “doble no imposición” se, subvierte el sustancial –y valorarle– propósito que tiene en consideración todo estado contratante al momento de negociar y suscribir un convenio para evitar la doble imposición: justamente, evitar que exista una situación de doble imposición internacional”.

En base a ésta y a las posiciones otros miembros del tribunal, que apuntan en la misma línea, el tribunal estaría considerando que, cuando un Estado ceda potestad tributaria en favor de otro sobre una renta, y éste último en forma unilateral, decida no someterla a gravamen, configurándose la doble no imposición, al “Estado perjudicado”, le asistiría derecho a gravar esta renta que escapó al ámbito de sujeción correspondiente. Sin considerar entonces, que esto no necesariamente indica que exista un abuso del tratado. Más aún, teniendo en cuenta que el modelo OCDE nada dice sobre este punto y siempre que no se haya establecido una cláusula a este respecto en el propio convenio (hasta donde pudimos conocer, en éste no las hubo), no hay nada que habilite al otro estado contratante, a gravar la renta que no cae bajo su potestad. Y en todo caso, será cuestionable que no se haya puesto en conocimiento al otro estado, de las modificaciones a la normativa interna

El concepto de Beneficiario Efectivo, con énfasis en los Estados que tienen convenios firmados con Uruguay

que pudieran afectar el tratado, según surge de las disposiciones del convenio.

Por otra parte, el tribunal expresa que es lícito que las empresas realicen planificación fiscal, pero que ésta no debe ser su principal objetivo, y que en este caso particular estamos ante una sociedad conductora cuyo único propósito de creación fue intermediar en los dividendos entre Perú, Uruguay y Argentina, no siendo el beneficiario de los dividendos.

A este respecto, Tarsitano refiriéndose sobre el combate a la elusión como uno de los fines de los tratados, manifiesta que: “*Siendo los convenios instrumentos legítimos de planificación fiscal, pero a la vez constituyendo una herramienta funcional a las estrategias sofisticadas de la elusión internacional, pareciera una declaración vacía de contenido sostener que el propósito del convenio es evitar la elusión*”.

A partir de esto entonces es posible señalar, que si el objeto de una sociedad es obtener ganancias, es lógico entonces que en la planificación se considere toda la información disponible que otorgue una ventaja económica, aún la posibilidad de hacer uso de los beneficios de convenios de doble imposición, y que ponderen el ahorro fiscal como uno más de los fines considerados (aunque no el único). Más aún partiendo de la base que el otorgamiento de tales beneficios es también uno más de los fines y objetivos que lleva a los Estados a la firma de los convenios, no parecería cuestionable que las empresas consideren en su planificación los aspectos fiscales de un convenio como uno más de los motivos decisivos a la hora de realizar la inversión y que en algunos casos termine incluso por ser el definitorio.

De todo lo anterior podríamos hacer el ejercicio de comparar la situación Argentina en relación a Uruguay.

Aún teniendo presente que no hay antecedentes sobre la aplicación a un caso referido al beneficiario efectivo en nuestro país, podríamos al menos indagar a través de las similitudes y diferencias entre ambas administra-

El concepto de Beneficiario Efectivo, con énfasis en los Estados que tienen convenios firmados con Uruguay

ciones y posiciones doctrinarias, cuáles serían las respectivas posiciones en lo relativo al concepto de Beneficiario Efectivo, su vinculación con del principio de realidad económica y la posibilidad de aplicación de la normativa interna al concepto, a fin de evitar el abuso de los convenios.

Partamos entonces por señalar que a diferencia de Uruguay, los tratados internacionales en Argentina tiene rango jerárquico mayor que la ley interna, y tal como lo señala Tarsitano, *“la prevalencia del tratado sobre la ley aporta claridad en torno a un grupo de cuestiones. (...) Una ley local (por ejemplo, el impuesto a las ganancias) que afecte el tratamiento tributario de una situación no puede ser oponible a la solución prevista por el Tratado”*⁷⁷. Pese a lo cual, el tribunal consideró aplicable la normativa anti-abuso interna.

Siguiendo al autor, el conflicto para él, en tanto cuestionamiento, surge frente a la compatibilidad de las medias contenidas en la normativa interna anti-elusión, y la establecida en el Tratado en situaciones no reguladas en forma expresa.

El tribunal en este caso consideró que correspondía entonces, aplicar el principio de realidad económica contenido en la legislación Argentina, a consecuencia de la falta de normas anti-abuso contenidas en el tratado Argentina-Chile; de la decisión unilateral de la autoridades chilenas, de eximir del pago de impuesto a los dividendos, y de la preeminencia a su entender, de una interpretación económica del concepto de Beneficiario Efectivo.

Comparemos a continuación, la situación planteada en el acuerdo de intercambio de información y para evitar la doble imposición, firmado por Argentina-Uruguay.

Entre las definiciones dadas en el capítulo I del acuerdo, vemos que se delimita con amplitud, la normativa interna aplicable en caso de conflicto.

⁷⁷ Alberto Tarsitano, Reflexiones sobre abuso de los tratados para evitar la doble imposición, Pág. 208.

El concepto de Beneficiario Efectivo, con énfasis en los Estados que tienen convenios firmados con Uruguay

Esta refiere al derecho penal, tributario u otras leyes, a diferencia de lo que ocurría en el convenio Argentina-Chile, donde no se contemplaba el uso de normativa interna anti-abuso.

El título tercero regula el método para evitar la doble imposición. A diferencia del de Argentina-Chile, comienza por incluir la definición de quienes se consideraran residentes. En la misma se establece que *“toda Persona que, en virtud de la legislación de ese Estado, esté sujeta a imposición en el mismo⁷⁸ por razón de su domicilio, residencia, sede de dirección, lugar de constitución o cualquier otro criterio de naturaleza análoga, incluyendo también a ese Estado y a sus subdivisiones políticas o entidades locales.”*

En éste título, se enumeran los impuestos de ambos países a los que será aplicable el acuerdo, pero no sigue el criterio de regular la atribución de la potestad tributaria, entre los estados signatarios, apartándose del modelo OCDE. Recurre no obstante, como método para mitigar la doble imposición, a la deducción del impuesto pagado en el otro Estado. Por lo que siempre estarían gravadas las rentas obtenidas por los residente en uno u otro Estado, pudiendo deducir el impuesto pagado, a diferencia de lo previsto en el convenio de 1976 de Argentina-Chile.

Volviendo al caso y al tema central de la sentencia del Tribunal de la Nación sobre el caso Molinos, a cerca de la aplicabilidad de la normativa interna a un convenio de doble imposición, vinculado al beneficiario efectivo y sin dejar de tener presente que ambas estructuras de convenios presentan diferencias, sí es posible establecer una comparación.

En la sentencia, veíamos que no era necesaria la referencia expresa al concepto de beneficiario efectivo, para recurrir al significado del mismo en el contexto de los CDI's. Para afirmar su posición, el Tribunal consideró la postura Suiza, país que no tiene en todos sus tratados la figura en cuestión, sin que por ello deje de considerarla ante un conflicto.

78 El documento no se encuentra Subrayado en su texto original.

El concepto de Beneficiario Efectivo, con énfasis en los Estados que tienen convenios firmados con Uruguay

No obstante ello, el Tribunal acudió para la definición del concepto, a la doctrina internacional, y a la definición contenida en las recomendaciones GAFI.

Consideró asimismo, la posición de Suiza, sobre la aplicación de un análisis de sustancia sobre forma, en la determinación del beneficio efectivo de la renta. También recurrió a la jurisprudencia española, vinculado al enfoque económico del concepto; a la utilización de normativa interna cuando no existen normas generales anti-abuso contenidas en el tratado, y a la asimilación del término, al fraude a la ley contenida en la normativa española.

El tribunal entendió, en base a estos antecedentes, a los comentarios OCDE y al relevamiento de jurisprudencia interna de Argentina, que era aplicable la norma interna vinculada al principio de realidad económica, contenida en el artículo 2 de la ley 11.683.

De lo expuesto hasta el momento, veamos entonces, por orden cuál es la posición sobre estos puntos en nuestra doctrina.

Al igual que ocurren en Argentina, nuestro país no cuenta en su normativa interna con una definición del concepto. Para su interpretación, sin embargo, parece haber unanimidad en la doctrina uruguaya en que, el concepto debería ser interpretado de forma autónoma. Al respecto como señalábamos en el capítulo anterior, Fraschini y Aisenberg consideran la importancia de contar con una interpretación uniforme a nivel internacional, que surja del contexto y objetivos de los CDI's, al igual que lo consignado por Malena Díaz, Natalia Rabuffetti y Carolina Zitto.

En esta dirección también apuntan las conclusiones de Bonet y Pérez, cuando aseveran que *“el beneficiario efectivo debe ser un concepto autónomo de cualquier definición doméstica”*.

En lo que respecta a la consideración sobre definiciones provenientes de otros institutos, a diferencia de lo ocurrido en esta sentencia, también la posición mayoritaria de nuestra doctrina, señala que no deben ser tomadas

El concepto de Beneficiario Efectivo, con énfasis en los Estados que tienen convenios firmados con Uruguay

en consideración. Se recoge de esta manera, no solo lo vertido en los comentarios al modelo OCDE⁷⁹ relativos a las rentas provenientes de dividendos, intereses y regalías, sino también la opinión preponderante en la doctrina internacional.

En tal sentido, podemos considerar lo expresado por Bonet y Pérez que mencionábamos, respecto a que “(...) *es pertinente distinguir el concepto de beneficiario efectivo en el marco de los CDIs del significado que puede tener en otros instrumentos que apuntan a otros fines. En particular, interesa diferenciarlo del concepto que tiene en la normativa anti-lavado doméstica e internacional*”.

Vinculado a la sentencia en cuestión, los autores continúan, “*nos parece criticable que el Tribunal acudiera a la definición de GAFI, por cuanto, se trata de conceptos sustancialmente distintos*”.

En cuanto a la normativa aplicable como medidas anti-abuso, veíamos que en el caso argentino, en lo relativo a la legislación que regula la tributación, el principio aplicable es el de realidad económica, y la interpretación y recalificación, están reguladas por los artículos 1 y 2 de la ley 11.683. A diferencia de la normativa interna en Uruguay, donde el art. 6 del CTU, hace referencia a que la interpretación del hecho generador, debe hacerse atendiendo a la realidad, la cual no siempre tiene que aludir a una realidad económica.

Como veíamos en el capítulo anterior de este trabajo, la posición de la doctrina nacional, no era unánime en cuanto a la aplicación de este artículo del código tributario a los convenios de doble imposición, como tampoco es unánime en cuanto a que dicho artículo sea considerado como una norma anti-elusión de tipo genérica.

⁷⁹ Párrafo 12.6 de los comentarios al artículo 10, párrafo 10.4 de los comentarios al artículo 11 y párrafo 4.5 de los comentarios al artículo 12 de modelo de convenios de doble imposición de la OCDE

El concepto de Beneficiario Efectivo, con énfasis en los Estados que tienen convenios firmados con Uruguay

Existe también división en la doctrina, en cuanto a considerar que el artículo admite, tanto la recalificación en base a la inadecuación de la forma a la sustancia, como a los negocios jurídicos, en que forma y sustancia coinciden, pero que han sido usados en fraude a la ley fiscal. Al respecto, Addy Mazz considera que el artículo 6 no es una norma general anti-abuso, y que “*no puede ser aplicado para dejar de lado una operativa basada en un CDI*”, como ocurrió en la sentencia de Molinos Rio de la Plata S.A..

Bonet y Pérez sobre este punto, manifiestan que es aplicable “*la normativa anti-elusión prevista en la normativa interna en aquellos convenios en donde se prevé expresamente*”, y que se deben evitar resultados contrarios a los fines del CDI, “*siendo aplicables a los CDIs los artículos 26 y 27 de la Convención de Viena de Derecho de los tratados, debe acudirse a una solución armonizada de manera de evitar en todo momento que se viole el principio “pacta sunt servanda”*”.

Por otra parte, Guillermo Nieves y otros⁸⁰, señalan que la aplicación de la normativa interna a un convenio internacional, es “*una posibilidad adicional a explorar para responder ante situaciones de uso abusivo de los CDIs celebrados por Uruguay, (...)*”. Asimismo entienden, que aún cuando no esté previsto en un CDI su aplicación, no puede “*negarse la vocación de ese Estado de aplicar la integralidad del sistema tributario en el ejercicio de esa potestad tributaria acordada en el marco del CDI, incluyendo las reglas de calificación y la normativa interna anti-abusiva específica,*” recogiendo la posición del modelo OCDE 2010⁸¹ contenida en el párrafo 22 de los comentarios al artículo 1.

80 Dra. Natalia Acosta, Cr. Leonardo Bruzzone, Dr. Guillermo Nieves “*EL ABUSO DE CONVENIOS: Modalidades y forma de evitarlo desde la perspectiva uruguaya*”. VI Jornadas Tributarias organizadas por la Dirección General Impositiva (DGI), desarrolladas los días 30 y 31 de octubre de 2013.

81 Dicha referencia se mantiene en modelo OCDE revisado en 2014, en los párrafos 22 y 22.1 de los comentarios al artículo 1 del modelo OCDE.

El concepto de Beneficiario Efectivo, con énfasis en los Estados que tienen convenios firmados con Uruguay

Por otro lado, en relación a si el artículo 6 del CTU, es aplicable solo al desfase entre forma y sustancia, o si por el contrario corresponde su aplicación, además cuando el negocio jurídico es “elusivo de la ley fiscal”, Faget pone de relieve que, “*no puede identificarse la forma jurídica con el negocio jurídico privado*”, y concluye sobre el inciso segundo de dicho artículo, que “*no es una norma genérica anti-elusiva y resulta estricta y exclusivamente aplicable a la existencia de inadecuación de la forma jurídica adoptada por los particulares*”.

A este respecto, Guillermo Nieves y otros, consideran que dicho artículo es aplicable en ambos casos, y “*la operación calificadora podrá recaer sobre circunstancias de hecho (...) y de derecho (caracterización legal de actos o negocios jurídicos), con el propósito de determinar en ambos casos si se verifica un uso abusivo del CDI (...)*”.

En cuanto a la jurisprudencia de nuestro país, como ya mencionáramos, no existen aún casos vinculados a los convenios de doble imposición que permitan sentar precedentes. Sobre este último punto, en el capítulo anterior vimos la sentencia 256 de mayo 2013, en la que el Tribunal de lo Contencioso Administrativo dio la razón a la Administración, cuando en aplicación del inciso segundo del artículo 6 del CTU, procedió a desconocer el negocio jurídico, no solo ante la discordancia entre forma y sustancia, sino también cuando el negocio se había usado en fraude a la ley fiscal.

Es posible asumir entonces, en base a este precedente, que en ocasión de someterse a jurisdicción del TCA un caso de doble imposición, si se admite la aplicación del inciso 2 del artículo 6 del Código Tributario, podría admitirse también la aplicación del mismo en fraude a la ley.

Por último, otro aspecto que pone de relevancia la sentencia, no obstante que el Tribunal en su exposición lo menciona al pasar, es la interpretación dinámica del concepto. Esta surge como un cuestionamiento del apelante, en la medida que en el convenio firmado, no había una referencia al

El concepto de Beneficiario Efectivo, con énfasis en los Estados que tienen convenios firmados con Uruguay

concepto de beneficiario efectivo, y que éste no había sido firmado siguiendo el modelo OCDE, a pesar de lo cual, el Tribunal igualmente recoge sus desarrollos.

Chile

En el caso de Chile, si bien no se consideró una sentencia para comentar, se entendió importante su consideración, en función de que recientemente se firmó un convenio de doble imposición entre este Estado y nuestro país. El mencionado convenio, suscripto bajo el modelo de convenios para evitar la doble imposición de la OCDE, tiene algunas peculiaridades, que fueron tratadas brevemente en el capítulo 2, y que consideramos oportuno ampliar. Recurrimos para ello a un procedimiento comparado, contemplando la normativa interna anti-abuso de ambos países, para establecer posibles similitudes y discrepancias en el tratamiento del concepto, como así también, las posibles líneas de acción ante un eventual caso planteado entre ambas jurisdicciones.

Como vimos en el capítulo 2, cuando se expuso el tratamiento dado por algunas administraciones tributarias, Chile dentro de su ordenamiento interno, no cuenta con una definición del concepto de beneficiario efectivo, al igual que ocurre con la mayoría de los países que siguen los lineamientos del modelo de convenios OCDE en la firma de convenios de doble imposición, como también ocurre en el caso de Uruguay. Dentro de la normativa interna, el Servicio de Impuestos Interno de Chile, emitió la resolución N° 57 de 2009, que como ya comentamos en su oportunidad, no contiene una definición sobre el concepto de beneficiario efectivo, ni en ella tampoco se procedió a realizar una interpretación del concepto, sino que la misma se agotó en la recopilación de la posición de la OCDE sobre el tema.

Dentro de los aspectos enumerados en dicha resolución, se encuentran:

El concepto de Beneficiario Efectivo, con énfasis en los Estados que tienen convenios firmados con Uruguay

1. La no aplicación del término en sentido técnico estricto, sino interpretado en su contexto y contemplando los objetivos y propósitos de los CDI, de acuerdo al párrafo 12.1, 9.1 y 4 de los comentarios a los arts. 10,11 y 12 del modelo OCDE respectivamente.

2. La exclusión del concepto a las personas que reciben la renta en calidad de agente o mandatario, de acuerdo al párrafo 12.4 de los comentarios al artículo 10 del modelo OCDE, agregado en julio 2014.

3. El no otorgamiento de una reducción de impuestos a un residente de un estado contratante, si es agente o mandatario por no estar sujeto a doble imposición.

4. La exclusión de las sociedades instrumentales, y al respecto, cita varias consideraciones a contemplar para identificar si se está o no ante una sociedad instrumental como ser:

- La existencia de una obligación legal o contractual de quien recibe los ingresos, de traspasarlos implicando la pérdida de la potestad de disposición.
- 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.
- La capacidad funcional que la sociedad tiene para desarrollar sus actividades.

Enumera asimismo, una serie de circunstancias económicas referidas a las transacciones y a los factores a considerar, con el fin de determinar si nos encontramos en presencia de un acuerdo instrumental.

El concepto de Beneficiario Efectivo, con énfasis en los Estados que tienen convenios firmados con Uruguay

De esta forma, bajo la legislación chilena, no bastará que quien percibe los ingresos sea residente del otro estado contratante, sino que no deberá quedar incluido en las hipótesis de agente, mandatario, o sociedades con- ducto, sino que además no deberá calificar tampoco en la celebración de contratos instrumentales.

Como vemos, esta circular si bien no innova en el concepto de benefi- ciario efectivo, en lo que a su definición respecta, sin embargo, colabora a la divulgación interna de los criterios de la OCDE, al realizar una recopilación de los mismos, pero además fija un estándar a cumplir como beneficiario efectivo para acceder a los beneficios derivados de un CDI.

Comencemos por mencionar que en Chile, los tratados no poseen un rango jerárquico superior a la ley. Aunque a partir de una interpretación reali- zada del art 54 numeral 1, inciso 5, contenido en la Constitución Política de Chile, se ha llegado a la superioridad legal de los tratados internacionales respecto a la ley⁸², en los siguientes términos “*Las disposiciones de un trata- do sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma pre- vista en los propios tratados o de acuerdo a las normas generales de dere- cho internacional*”. Mientras tanto, en nuestro país, la opinión de la doctrina y jurisprudencia en base al art. 85 numeral 7 de la Constitución Nacional, en- tiende que tienen igual rango jerárquico que las leyes.

En la normativa interna en Uruguay, a diferencia de lo que ocurre en Chile, no solo no existe una definición del concepto, sino que tampoco se ha procedido a la recopilación a modo de resolución, de las características que hacen al beneficiario efectivo, ni se ha establecido tampoco, un test de cumplimiento para dicha condición vinculada al ámbito de los CDI's. Así, so- bre la definición del concepto de beneficiario efectivo, Martha Roca señalaba

⁸² En los siguientes términos “*Las disposiciones de un tratado sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo a las normas generales de derecho internacional*”

El concepto de Beneficiario Efectivo, con énfasis en los Estados que tienen convenios firmados con Uruguay

la conveniencia de incluir una definición, en virtud de la remisión del art. 3.2 del modelo OCDE, y a su vez, como mecanismo que otorgue certezas.

Por otra parte, en lo que hace a la normativa interna anti-abuso, en setiembre de 2014, Chile aprobó la ley 20.780 de reforma tributaria, incluyendo una norma general anti-abusivo, en el art. 4 bis⁸³, mediante la cual se habilita a la calificación de los hechos, actos y negocios jurídicos o conjunto

83 Ley 20.780 `Artículo 10.- Introdúcense las siguientes modificaciones en el Código Tributario, contenido en el artículo 1° del decreto ley N°830, de 1974:

1. Incorpórase el siguiente artículo 4° bis, nuevo:

"Artículo 4° bis.- Las obligaciones tributarias establecidas en las leyes que fijen los hechos imponibles, nacerán y se harán exigibles con arreglo a la naturaleza jurídica de los hechos, actos o negocios realizados, cualquiera que sea la forma o denominación que los interesados le hubieran dado, y prescindiendo de los vicios o defectos que pudieran afectarles.

El Servicio deberá reconocer la buena fe de los contribuyentes. La buena fe en materia tributaria supone reconocer los efectos que se desprendan de los actos o negocios jurídicos o de un conjunto o serie de ellos, según la forma en que estos se hayan celebrado por los contribuyentes.

No hay buena fe si mediante dichos actos o negocios jurídicos o conjunto o serie de ellos, se eluden los hechos imponibles establecidos en las disposiciones legales tributarias correspondientes. Se entenderá que existe elusión de los hechos imponibles en los casos de abuso o simulación establecidos en los artículos 4° ter y 4° quater, respectivamente.

En los casos en que sea aplicable una norma especial para evitar la elusión, las consecuencias jurídicas se regirán por dicha disposición y no por los artículos 4° ter y 4° quater.

Corresponderá al Servicio probar la existencia de abuso o simulación en los términos de los artículos 4° ter y 4° quater, respectivamente. Para la determinación del abuso o la simulación deberán seguirse los procedimientos establecidos en los artículos 4° quinquies y 160 bis."

2. Incorpórase el siguiente artículo 4° ter, nuevo:

"Artículo 4° ter.- Los hechos imponibles contenidos en las leyes tributarias no podrán ser

El concepto de Beneficiario Efectivo, con énfasis en los Estados que tienen convenios firmados con Uruguay

de ellos, de acuerdo a su naturaleza jurídica “*cualquiera que sea la forma o denominación que los interesados le hubieran dado, y prescindiendo de los vicios o defectos que pudieran afectarles*”. Dicho artículo, habilita al uso del principio de sustancia sobre forma.

Esta norma general de calificación, sumada a la resolución 57 de 2009 sobre beneficiario efectivo, permite combatir los distintos niveles de elusión. A la vez que establece, qué se entenderá por buena fe; cuándo no

eludidos mediante el abuso de las formas jurídicas. Se entenderá que existe abuso en materia tributaria cuando se evite total o parcialmente la realización del hecho gravado, o se disminuya la base imponible o la obligación tributaria, o se postergue o difiera el nacimiento de dicha obligación, mediante actos o negocios jurídicos que, individualmente considerados o en su conjunto, no produzcan resultados o efectos jurídicos o económicos relevantes para el contribuyente o un tercero, que sean distintos de los meramente tributarios a que se refiere este inciso.

Es legítima la razonable opción de conductas y alternativas contempladas en la legislación tributaria. En consecuencia, no constituirá abuso la sola circunstancia que el mismo resultado económico o jurídico se pueda obtener con otro u otros actos jurídicos que derivarían en una mayor carga tributaria; o que el acto jurídico escogido, o conjunto de ellos, no genere efecto tributario alguno, o bien los genere de manera reducida o diferida en el tiempo o en menor cuantía, siempre que estos efectos sean consecuencia de la ley tributaria.

En caso de abuso se exigirá la obligación tributaria que emana de los hechos imposables establecidos en la ley.”.

3. Incorpórase el siguiente artículo 4° quater, nuevo:

“Artículo 4° quater.- Habrá también elusión en los actos o negocios en los que exista simulación. En estos casos, los impuestos se aplicarán a los hechos efectivamente realizados por las partes, con independencia de los actos o negocios simulados. Se entenderá que existe simulación, para efectos tributarios, cuando los actos y negocios jurídicos de que se trate disimulen la configuración del hecho gravado del impuesto o la naturaleza de los elementos constitutivos de la obligación tributaria, o su verdadero monto o data de nacimiento.”.

2. Incorpórase el siguiente artículo 4° quinquies, nuevo:

El concepto de Beneficiario Efectivo, con énfasis en los Estados que tienen convenios firmados con Uruguay

se actúa de acuerdo a ella, y cuándo existe elusión que configure abuso o simulación. Asimismo, incorpora el procedimiento de actuación tanto para la Administración, como para el Tribunal actuante, en caso de que se verifique el abuso o simulación definidos. Como vemos, entre el mencionado artículo y el artículo 6 del CTU, existen diferencias sustanciales.

"Artículo 4° quinquies.- La existencia del abuso o de la simulación a que se refieren los artículos 4° ter y 4° quater será declarada, a requerimiento del Director, por el Tribunal Tributario y Aduanero competente, de conformidad al procedimiento establecido en el artículo 160 bis.

Esta declaración sólo podrá ser requerida en la medida que el monto de las diferencias de impuestos determinadas provisoriamente por el Servicio al contribuyente respectivo, exceda la cantidad equivalente a 250 unidades tributarias mensuales a la fecha de la presentación del requerimiento.

Previo a la solicitud de declaración de abuso o simulación y para los efectos de fundar el ejercicio de ésta, el Servicio deberá citar al contribuyente en los términos del artículo 63, pudiendo solicitarle los antecedentes que considere necesarios y pertinentes, incluidos aquellos que sirvan para el establecimiento de la multa del artículo 100 bis. No se aplicarán en este procedimiento los plazos del artículo 59.

El Director deberá solicitar la declaración de abuso o simulación al Tribunal Tributario y Aduanero dentro de los nueve meses siguientes a la contestación de la citación a que se refiere el inciso anterior. El mismo plazo se aplicará en caso de no mediar contestación, el que se contará desde la respectiva citación. El pre-citado término no se aplicará cuando el remanente de plazo de prescripción de la obligación tributaria sea menor, en cuyo caso se aplicará éste último. Terminado este plazo, el Director no podrá solicitar la declaración de abuso o simulación respecto del caso por el que se citó al contribuyente o asesor.

Durante el tiempo transcurrido entre la fecha en que se solicite la declaración de abuso o simulación, hasta la resolución que la resuelva, se suspenderá el cómputo de los plazos establecidos en los artículos 200 y 201.

En caso que se establezca la existencia de abuso o simulación para fines tributarios, el

El concepto de Beneficiario Efectivo, con énfasis en los Estados que tienen convenios firmados con Uruguay

Ya entrando en lo que hace al convenio Uruguay-Chile, corresponde observar algunas puntualizaciones, para lo cual es necesario revisar el articulado.

Comenzamos para ello con el artículo 3 del Convenio, celebrado el 1 de abril de 2016. Su protocolo, tras una serie de definiciones generales, en el apartado segundo, prescribe la interpretación de términos no definidos en iguales términos que *el art. 3.2. del Modelo OCDE*. Así por ejemplo, ante un caso vinculado al concepto de Beneficiario Efectivo, si correspondiera su aplicación en jurisdicción chilena, sin lugar a duda, se recurriría a la utilización conjunta de la circular 57 de 2009, y a la aplicación del artículo 4 bis de la ley 20.780, con el fin último de determinar si se está ante el beneficiario efectivo, y si existió o no abuso o simulación a nivel tributario.

Por otra parte, si se planteara un caso en la jurisdicción de Uruguay, otro punto a considerar es el mencionado por Guillermo Nieves y otros, relativo a la dificultad que implica la prueba, por cuanto refiere a actividades desarrolladas total o parcialmente en otras jurisdicciones.

La Administración, por otra parte, recurría a los comentarios del modelo OCDE, y a considerar la aplicación del artículo 6 del CTU, como una norma general anti-abuso. Procedería entonces, como en anteriores oportunidades lo ha hecho, en el ámbito doméstico, a su aplicación no solo para el caso de inadecuación de formas jurídicas, sino también para prescindir de negocio jurídico usado en fraude a la ley.

Tribunal Tributario y Aduanero deberá así declararlo en la resolución que dicte al efecto, dejando en ella constancia de los actos jurídicos abusivos o simulados, de los antecedentes de hecho y de derecho en que funda dicha calificación, determinando en la misma resolución el monto del impuesto que resulte adeudado, con los respectivos reajustes, intereses penales y multas, ordenando al Servicio emitir la liquidación, giro o resolución que corresponda. Lo anterior, sin perjuicio de los recursos que, de acuerdo al artículo 160 bis, puedan deducir el Servicio, el contribuyente o quien resulte sancionado con las multas que pudieren aplicarse".

El concepto de Beneficiario Efectivo, con énfasis en los Estados que tienen convenios firmados con Uruguay

Por otro lado, como ya comentamos respecto de dicho artículo, la doctrina no es unánime ni en su clasificación, ni en lo que refiere a su compatibilidad con los CDI's.

Un elemento adicional a tener en cuenta a este respecto, es la posición que podría adoptar el TCA en ocasión de resolver un caso relacionado al concepto de beneficiario efectivo. Un aspecto por cierto, que contiene al menos dos interrogantes; por un lado, ¿entenderá el Tribunal que el artículo 6 del CTU, es un instrumento hábil para resolver situaciones contenidas en el ámbito de los CDIs?; y si así fuere, ¿el Tribunal lo consideraría una norma anti-abuso genérica, capaz por lo tanto de combatir cualquier clase de abuso? Ya sea que se esté ante una forma jurídica inadecuada, o ante un caso de un negocio jurídico, del cual se debe prescindir por haber sido usado en fraude a la ley, no contamos por el momento con más recursos para responder a estas preguntas, que recurrir a la sentencia 256, comentada en el capítulo anterior, en la cual el TCA dio la razón a la Administración y prescindió de un negocio jurídico válido.

En cuanto al tratamiento de los dividendos, el artículo 10 del convenio sigue en términos generales los lineamientos del modelo OCDE, estableciendo en su numeral segundo, que si *“el beneficiario efectivo de los dividendos es un residente del otro Estado Contratante”*, la carga impositiva no podrá exceder del:

“5 por ciento del importe bruto de los dividendos si el beneficiario efectivo es una sociedad que controle o posea directamente al menos 25 por ciento del poder de voto o capital de la sociedad que paga los dividendos”, y

“15 por ciento del importe bruto de los dividendos en todos los demás casos”

El concepto de Beneficiario Efectivo, con énfasis en los Estados que tienen convenios firmados con Uruguay

A continuación de este numeral, se reserva a Chile la aplicación del Impuesto Adicional a pagar, *“en la medida que el impuesto de Primera Categoría sea acreditable en la determinación del monto del Impuesto Adicional”*

Por otra parte, en el caso de los intereses, el convenio prevé como tasas máximas aplicables, el 4 por ciento, si se trata de una venta a crédito al comprador de la maquinaria o equipo por el beneficiario efectivo vendedor de la misma, e igual tasa para los préstamos otorgados por bancos, a un plazo no menor a 3 años que financien proyectos de inversión. En los demás casos, la tasa máxima aplicable a los intereses, será del 15 por ciento del importe bruto de los intereses.

Por último, respecto de las regalías, se establece la tasa máxima aplicable en el 10 por ciento del importe bruto de las regalías, si el beneficiario efectivo de las mismas es residente del otro Estado Contratante.

En los tres tipos de renta consideradas en estos artículos, se establece la tributación compartida entre el Estado de la fuente y el de la residencia, a diferencia de lo que ocurre en el modelo de Convenios de doble imposición de la OCDE, en el que respecto de las rentas provenientes de regalías, se establece la potestad tributaria exclusiva del Estado de la residencia.

En líneas generales, podríamos decir que hasta aquí se siguen los lineamientos de la OCDE, pero se incorporan también consideraciones que como veíamos en el capítulo 2, responden al Plan de Acción BEPS. A este respecto, la consideración de estas disposiciones, obedece a que Chile en sus convenios de doble imposición, ha incorporado consideraciones de similar naturaleza.

Como ya se mencionó, en la declaración de intenciones de dicho convenio de doble tributación, se alberga en forma expresa la sugerencia realizada en dicho plan de Acción *“sin crear oportunidades para situaciones de nula o reducida tributación a través de evasión o elusión fiscal (incluyendo aquellos acuerdos para el uso abusivo de tratados —treaty-shopping— diri-*

El concepto de Beneficiario Efectivo, con énfasis en los Estados que tienen convenios firmados con Uruguay

*gidos a que residentes de terceros Estados obtengan indirectamente beneficios de este Convenio)*⁸⁴. Dentro de esta hipótesis, de abuso de los convenios a través del treaty-shopping, se sitúa el concepto Beneficiario efectivo.

En el convenio, se recogen también, la sugerencia de incorporar cláusulas específicas anti-abuso y de limitación de beneficios. Precisamente, en el numeral sexto de los artículos 11 y 12 del Convenio, se agrega una limitante a la imposición reducida, a la cual podrá acceder el beneficiario efectivo de los intereses o regalías, en virtud de la existencia de relaciones especiales entre el deudor y el beneficiario efectivo. El referido límite, se encuentra acotado al importe pactado entre partes independientes, y por lo tanto, cuando la distribución de ingresos por estos conceptos exceda dicho límite, los estados contratantes, podrán gravar de acuerdo a la normativa de cada estado el excedente antes citado. Aspecto que se encuentra contemplado en modelo OCDE.

Por otra parte, en lo que hace al concepto de persona o residente calificado, en el numeral 1 del art. 28 del citado convenio, se agrega un cambio sustancial en lo que hace a los CDIs firmados por Uruguay hasta el momento.

Ya no basta con ser residente de uno u otro estado contratante, y de cumplir con las condiciones establecidas en los respectivos artículos, que regulan la tributación y potestad tributaria sobre las rentas en cuestión. Se agrega la necesidad de que el residente de un estado contratante, sea además una “persona calificada”, o se encuentre incluido en alguna de las hipótesis de la cláusula de limitación de beneficio.

En el numeral 2 del artículo, menciona una serie de requerimientos para determinar si se cumple con la condición de residente, de modo que se considerará que un residente es una persona calificada, si es: a) una persona natural o física, b) un Estado Contratante, o una subdivisión política o au-

84 El texto original no se encuentra subrayado.

El concepto de Beneficiario Efectivo, con énfasis en los Estados que tienen convenios firmados con Uruguay

toridad local del mismo, o una entidad que sea completamente propiedad de tal Estado, subdivisión política o autoridad local; c) este apartado, enumera además, una serie de condiciones que a lo largo de todo el período fiscal, deberán cumplir las sociedades o entidades, no incluidas en los apartados a) y b).

Más adelante en el mismo artículo, pero en los numerales 6 y 9, se declara que no se concederán los beneficios del Convenio, si en base a los “*hechos y circunstancias relevantes*” se puede concluir que el acceso a los beneficios “*fue uno de principales propósitos de cualquier estructura o transacción*”⁸⁵. Referencia esta que se puede encontrar, en los comentarios del modelo OCDE sobre “hechos o circunstancias relevantes”, y en el Plan de Acción BEPS y su informe final en cuanto al propósito principal de las transacciones. Como en algún otro momento se mencionó, el aspecto tributario suele ser “uno de los principales motivos” para una estructura o transacción, fundamentalmente dado los estrechos márgenes que manejan muchas sociedades. Súmese a esto, que la promoción de los CDI's tiene entre sus objetivos, conceder beneficios tributarios a los residentes de los estados partes, recurriendo para ello al uso de tasas reducidas y mecanismos para evitar la doble imposición. Resulta al menos cuestionable, que el buscar acceder a los beneficios de un convenio, sea causa para denegar los referidos beneficios.

Así entonces, el plan BEPS, se imbrica dentro los Convenios de doble imposición, transformándolos directa o indirectamente a través de recomendaciones, modelos de artículos y requisitos, que han de cumplirse para, en este caso calificar como beneficiario efectivo, y por lo tanto poder acceder a los beneficios de un convenio.

⁸⁵ Párrafo 9.5 de los comentarios al artículo 1 del modelo OCDE, versión completa OCDE 2015.

El concepto de Beneficiario Efectivo, con énfasis en los Estados que tienen convenios firmados con Uruguay

Por último y también importante, la mención a, que cuando las disposiciones del convenio se utilicen de manera tal, que se produzcan beneficios no buscados, ambas autoridades se consultarán para recomendar modificaciones al convenio. Se puede incluir tal vez en esta puntualización, consultas ante aquellos casos o situaciones que encuadren dentro de la doble no imposición. Esto tiene importancia si tomamos en consideración, el caso Molinos Rio de La Plata S.A., donde Argentina entendió, que no es un objetivo querido de los convenios, que una renta escape a la imposición en ambos estados.

Como resumen del artículo 28, constituye un detallado test que deberá satisfacer el beneficiario efectivo de los ingresos percibidos, para acceder al beneficio de tasas reducidas contenidas en el convenio. Como señalaba Luis Aisenberg⁸⁶, esta lista que deberá chequearse, posee como ventaja la de otorgar certeza de cuándo y en qué condiciones se podrá acceder a los beneficios, siendo a su vez la exhaustividad su principal desventaja.

Brasil

Si bien Uruguay y Brasil no tiene convenio de doble imposición firmado, se estimó relevante realizar una breve revisión de cuál es la situación en dicho país, referente al concepto de beneficiario efectivo, y a la normativa aplicable para el combate de situaciones de abuso de los convenios.

En la mayoría de los convenios celebrados por Brasil, se incluye la cláusula de Beneficiario efectivo. Pese a ello, no contaba con una definición sobre el término Beneficiario efectivo dentro de su normativa interna. Pero con la ley tributaria 12.249 de junio de 2010 esto cambió y en su artículo 26,

⁸⁶ En conferencia sobre Convenios para evitar la Doble Imposición Uruguay-Chile / Uruguay-Emiratos Árabes Unidos, el 2 de agosto de 2016.

El concepto de Beneficiario Efectivo, con énfasis en los Estados que tienen convenios firmados con Uruguay

introdujo la siguiente definición sobre el concepto, que fue a su vez recogida por la instrucción normativa RBF 1.154, el beneficiario efectivo es: “una persona física o jurídica, no constituida con el solo o principal objetivo de obtener una economía fiscal, que obtiene ingreso en nombre propio y no en calidad de agente, fiduciario o mandatario de un tercero”.

Como vemos entonces, la presente definición toma aspectos consignados por la OCDE en sus comentarios a los artículos 10, 11 y 12 del modelo de convenios de doble imposición.

Por otra parte, la Instrucción RBF 1.154⁸⁷, incorpora ésta definición del concepto de beneficiario efectivo, en la sección referente a deducciones de pagos realizados por un residente a un país con régimen tributario preferencial. Y para tener acceso a la correspondiente deducción se deberán acreditar los siguientes requisitos:

1. Identificar al beneficiario efectivo del exterior que recibe el pago de la partida de referencia.
2. Demostrar la capacidad operativa de la persona física o jurídica del exterior para realizar la operativa.
3. Demostrar en forma documental la realización del pago del precio y de la adquisición de los bienes o prestación del servicio.

Al contemplar tanto la ley como la Instrucción, los comentarios a los artículos 10, 11 y 12 del modelo OCDE, no habría una contradicción entre éstas disposiciones y la disposición del artículo 3.2 del modelo, como ya mencionamos en el capítulo 2. Según expresa Leonardo Freitas de Moraes e Castro, “*no se estaría cambiando la interpretación corrientemente aplicada por la comunidad tributaria internacional*”.

Pero en todo caso, surge la inquietud de si son aplicable o no dichas normativas al ámbito de los convenios tributarios de doble imposición, o si

87 IN RBF 1.154, consultada 27 de marzo 2017. <http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2-consulta/link.action?visao=anotado&idAto=16126>

El concepto de Beneficiario Efectivo, con énfasis en los Estados que tienen convenios firmados con Uruguay

por el contrario, tienen un ámbito de aplicación restringido a la deducción de gastos vinculados a jurisdicciones de nula o reducida tributación, de acuerdo a la sección en la que está incluida.

Asimismo, respecto de las puntualizaciones recogidas en la Instrucción 1.154, surge al menos para nosotros, la inquietud en cuanto a ¿cuál será la forma en que se procederá a demostrar la “*capacidad operativa*”?, y ¿cuáles serán los criterios para evaluar ésta capacidad? Los cuales no están explicitados en la respectiva Instrucción.

Por otra parte, Brasil sigue el principio estricto de legalidad y tipicidad, y como regla general de interpretación en el artículo 109 de su Código Tributario, dispone que “Los principios generales de derecho privado se utilizan para la investigación de la definición, el contenido y el alcance de sus institutos, conceptos y formas, más no para la definición de los respectivos efectos tributarios”.

Mientras tanto, en el Código Civil de Brasil, el artículo 167 §1º establece que: “es nulo el negocio jurídico simulado, pero este persistirá si es válido en sustancia y forma”

Se estará en los supuestos de un negocio simulado cuando:

- a) aparenten otorgar o transmitir derechos a personas distintas de aquellas a las que realmente se le otorgan o transmiten;
- b) contengan declaración, confesión, condición o cláusula no verdadera;
- c) los instrumentos particulares sean pre-datados o pos-datados.

A diferencia de lo que ocurre con el art. 6 del CTU, este artículo, impone la necesidad de demostrar que se está ante un negocio jurídico simulado, debiendo por lo tanto comprobar fehacientemente que se está ante una transacción jurídica, y que por medios artificiales se ha disimulado la realidad del derecho y por lo tanto se está ante operaciones simuladas, las cuales requieren según el inciso primero art.167, de un acuerdo entre las

El concepto de Beneficiario Efectivo, con énfasis en los Estados que tienen convenios firmados con Uruguay

partes; que el negocio real sea distinto del negocio jurídico manifestado y que exista intencionalidad. Puesto que está destinado a prescindir del negocio jurídico, se requiere entonces la existencia de dolo y la práctica actos ilícitos, según expresa Barros Carvalho.

Por otra parte como manifiesta Barros Carvalho⁸⁸, “la interpretación de los negocios jurídicos, así como los efectos de ellos resultantes, ha de hacerse según las prescripciones del derecho legislado. Y la legislación brasileña no admite superposición del contenido económico sobre la forma. (...) Si el acto es lícito, la autoridad administrativa no puede desestimarlos con el único argumento de que implicaría menor carga tributaria”.

El artículo 6 del CTU mientras tanto, como norma de interpretación del hecho generador, habilita la prescindencia de las formas jurídicas inapropiadas. Y según la posición doctrinaria a cual adscribiéramos, era posible que no sólo se utilizará en aquellos casos en que forma y sustancia no concuerdan, sino también cuando el negocio y forma coincidan pero se hubiere usado en fraude a ley tributaria.

En cuanto a lo que hace a jurisprudencia sobre el beneficiario efectivo, en Brasil, hasta fecha hay dos casos que han tenido trascendencia, a modo de ejemplo se pueden citar Tim Nordeste y Volvo.

Tim Nordeste S.A

En el caso de Tim Nordeste S.A., fue un asunto presentado ante el Consejo Administrativo de Recurso Fiscales del Ministerio de Hacienda de Brasil. El caso se circunscribe al acuerdo Brasil-Japón, referente al pago de intereses procedentes de Euro-bonos, pagados por la empresa residente de Brasil (Tim Nordeste S.A.) a J.P Morgan Chases & Co., situada en Japón.

⁸⁸ Paulo de Barros Carvalho, “entre la forma y el contenido: crítica a la interpretación económica de los hechos jurídicos” Revista de Derecho. Segunda época. Año 9. Nº 9 (julio 2014), 81-108 - ISSN 1510-3714

El concepto de Beneficiario Efectivo, con énfasis en los Estados que tienen convenios firmados con Uruguay

De una actuación inspectiva, surge que se reconoció un menor impuesto a la renta retenido, habiéndose aplicado la alícuota reducida derivada del acuerdo que mantenían ambos países fijada en el 12,5% de acuerdo al artículo 10(2), en lugar de la alícuota del 15% que entiende la autoridad fiscal que correspondía, determinando la obligación del pago de lo adeudado más multas e intereses.

El acuerdo entre ambos países, no contenía referencias al concepto de beneficiario efectivo.

El fallo fue a favor del contribuyente en cuanto a la aplicación de la tasa reducida, y el mismo se fundó en dos aspectos. Por un lado, se consideró si era relevante el concepto de beneficiario efectivo en el acuerdo de doble imposición entre Brasil-Japón. Sobre este punto, el tribunal entendió que ante la ausencia del término en el tratado, la sola condición de quien recibe los intereses en calidad de residente de Japón, era condición suficiente para conceder los beneficios del convenio.

Vemos aquí una diferencia con el caso de Molinos Rio de la Plata S.A. (Argentina), que aún cuando el concepto de beneficiario efectivo, al igual que en el presente caso, no se había contemplado en el convenio de Argentina-Chile, el Tribunal Fiscal de la Nación, entendió que correspondía considerar el concepto en aquel caso, aplicando el principio de realidad económica. Dado que en Brasil no rige dicho principio, por lo tanto el tribunal Federal entendió que no correspondía contemplar el concepto extraído del modelo OCDE, sujetándose a lo previsto en el acuerdo.

Por otro lado, el tribunal entendió que los pagos eran una comisión por intermediación y no interés propiamente dicho.

El concepto de Beneficiario Efectivo, con énfasis en los Estados que tienen convenios firmados con Uruguay

Caso Volvo

El otro caso presentado en el ámbito Judicial fue el Caso Volvo. El mismo también se encontraba vinculado al pago de intereses, esta vez realizado por Volvo a una sucursal japonesa en Panamá. La autoridad tributaria entendió que correspondía una retención en la renta a la alícuota del 25 % y no del 12, 5 % aplicada en función de lo estipulado por el art. 10.2 del convenio Brasil-Japón. La duda que se planteó en este caso, respondió a si la filial situada en el territorio de un tercer estado, podía acceder a los beneficios del acuerdo bilateral.

El Tribunal Superior de Justicia entendió que no era en este caso posible la aplicación de tratado Brasil-Japón, debido a que no existía doble imposición. En este caso no se hizo referencia directa al concepto de beneficiario efectivo o quién era el mismo.

En resumen entonces, es importante recordar que la importancia de la consideración de Brasil en el presente análisis, obedece además del estrecho relacionamiento comercial que nos une, a la consideración de diferentes alternativas que enriquecen y aportan soluciones distintas a un mismo problema en la aplicación del concepto de beneficiario efectivo, respecto a los diferentes ordenamientos jurídicos. Recordamos para ello, que Brasil no se adscribe a una concepción de sustancia económica, de acuerdo a la solución de su normativa interna, como expresa Barros Carvalho.

Además dentro de su ordenamiento jurídico, se hace referencia al art. 109 del Código Tributario, que opera en el sentido de dar autonomía al derecho tributario en la definición de los efectos tributarios, pero que en todos los demás aspectos, sin embargo, opera el régimen de derecho privado. Asimismo en los artículos 71, 72 y 167 del Código Civil de Brasil, se regula el fraude y la simulación respectivamente, y los mismos requieren comprobar la existencia de una transacción jurídica, y la existencia de artificialidad y dis-

El concepto de Beneficiario Efectivo, con énfasis en los Estados que tienen convenios firmados con Uruguay

cordancia entre el negocio real y el negocio jurídico, además de intencionalidad. Siendo posible solo desconocer el negocio jurídico si se han verificado los aspectos previstos.

Por otra parte, dentro del ordenamiento jurídico Brasil ha incorporado el concepto de Beneficiario efectivo, y que en función de la circular 1.154 se han fijado para demostrar dicha condición una serie de requisitos. Dentro de estos se hace referencia a capacidad operativa, que no se ha establecido en la referida circular los parámetros que permitan una medición objetiva, y se desconoce por lo tanto el uso que se hará de esta capacidad operativa.

Canadá

Prévost Car Inc. v. The Queen, (Tribunal Federal de Apelaciones, Canadá, 2008 T.C.C. 231.).

El caso Prévost es un fallo del Tribunal Federal de Apelación de Canadá, en el cual se pone a consideración del tribunal, el determinar quién es el beneficiario efectivo de los dividendos pagados por Prévost Canada, en el periodo 1996 - 2001, a la sociedad *Prévost Holding BV* constituida en Holanda. En virtud de la notificación recibida por la sociedad residente del Canadá respecto de los dividendos pagados, en la cual el Ministro de Ingresos entendió, que los beneficiarios efectivos eran la sociedad Volvo residente del Reino Unido y la sociedad Henlys residente de Suecia.

Prévost Canada es una sociedad residente del Canadá, y constituida bajo sus leyes. El 100% del paquete accionario de la misma pertenece a la sociedad *Prévost Holding BV* constituida en Holanda, de la cual los únicos accionistas son *Henlys Group*, con una participación del 49%, sociedad residente en el Reino Unido, y *Volvo Bussar Corp.* propietaria del 51% restante

El concepto de Beneficiario Efectivo, con énfasis en los Estados que tienen convenios firmados con Uruguay

del paquete accionario, residente de Suecia. Ambas sociedades se dedican a la fabricación de ómnibus en áreas complementarias.

Adicionalmente, la administración de la empresa canadiense y holandesa, está conformada por el mismo grupo de personas, y ambas empresas procedían a distribuir entre sus accionistas, por lo menos el 80% de los beneficios en función del convenio de accionistas. La distribución era pagada a Prévost Holding, y luego distribuida ésta a Volvo y Henlys, siempre que existieran recursos suficientes para sustentar el normal desarrollo de las actividades, salvo decisión en contrario de los accionistas. La forma en que se procedía a la distribución, era a través del pago de dividendos, reintegro de capital, o préstamo.

Holanda y Canadá tenían vigente un acuerdo de doble tributación, por el cual los importes brutos pagados por dividendos, se encontraban sujetos a una retención del 5%, si directa o indirectamente poseía al menos el 25% del capital o al menos el 10% de los derechos a voto. En los restantes casos, la retención pasaba a ser del 15%, siempre que el receptor de los dividendos fuese el beneficiario efectivo.

Simultáneamente, el convenio de doble imposición entre Canadá-Suecia prescribía una retención del 15% y el de Canadá-Reino Unido una retención del 10%.

Además, la distribución de dividendos de Prévost Holding BV a las sociedades del Reino Unido y Suecia, no estaba gravada, y la sociedad residente de Holanda tenía poder de decisión sobre la distribución de dividendos, por no formar parte del acuerdo de distribución.

Otro de los hechos surgidos durante el juicio, fue que la adquisición del Holding, estaban vinculada con el fin de impulsar varios negocios en Norteamérica, y compartir el conocimiento adquirido por ambas. En esa misma instancia, uno de los directivos aclaró que además de los motivos fiscales (que no era los primordiales), se recurrió al uso de sociedad constituida y

El concepto de Beneficiario Efectivo, con énfasis en los Estados que tienen convenios firmados con Uruguay

residente de Holanda para realizar la inversión en Canadá, porque no había acuerdo en el grupo inversor, en cuanto a realizar la inversión exclusivamente a través de una sociedad inglesa ó de una sociedad sueca. Sí hubo consenso, no obstante, en que la inversión se realizará mediante una sociedad residente en Europa, de forma tal que los negocios se pudieran realizar en lengua inglesa. Para lo cual se consideraron otros países, pero finalmente la decisión de la constitución recayó en Holanda.

En función de la decisión de la constitución de la sociedad Prévost Holding BV, y a recomendación recibida de los asesores, se aconsejó mantener la administración y control sobre la mencionada sociedad en Holanda. De forma tal de evitar posibles reclamos tributarios tanto del Reino Unido como de Suecia, o asimismo de terceros países. Por otra parte, la sociedad residente de Holanda no contaba con empleados, u oficinas, en dicho país. Además su único cometido era administrar las acciones de Prévost Canadá, para lo cual la administración, otorgó poder para realizar negocios en su nombre y distribuir dividendos a sus socios.

Se constató además que PHB.V. en la presentación de informes a instituciones financieras declaró como los beneficiarios efectivos de las acciones de Prévost Canadá a Volvo y Henlys, lo cual fue aclarado por la sociedad canadiense, en función de las políticas de regulaciones bancarias y del lavado de activos, cuyo objetivo es determinar el beneficiario final concepto diferente del de beneficiario efectivo.

En el fallo, el tribunal procede a analizar el concepto de beneficiario efectivo recurriendo para ello a la doctrina, la opinión de expertos en el tema, como así también, a la consideración de la jurisprudencia sobre el concepto y además a cotejar el uso del término adoptado en las versiones Inglesa, francesa y Holandesa de convenios.

Siendo éste uno de los antecedentes más exhaustivos en cuanto a análisis realizados por un tribunal sobre el concepto en cuestión, y donde el

El concepto de Beneficiario Efectivo, con énfasis en los Estados que tienen convenios firmados con Uruguay

tribunal reconoció que no existe a nivel internacional una única definición del término, por lo cual es necesario recurrir a la legislación doméstica, de acuerdo al art. 3.2 del convenio. Analiza así también, el sistema del common law y régimen civil, e identifica distintas figuras dentro de este último que presentan similitudes con el concepto de Beneficiario efectivo.

Uno de los aspectos más relevantes de este fallo, reposa en la formulación por parte del tribunal de una definición del concepto de beneficiario efectivo en los siguientes términos: “*el beneficiario efectivo es la persona que recibe los dividendos para su propio uso y disfrute y asume los riesgo y control de los dividendos recibidos*”. Por otra parte, pone de relieve la necesidad de una interpretación, que cuente con reconocimiento internacional, como así también, determinar quién se beneficia en última instancia de los dividendos independientemente de quién los percibe, y más importante aún, consciente que al referirse al beneficiario último, esto puede suscitar interpretaciones del término, bajo los fines de otros institutos que recogen dicha referencia. Deja expresa constancia que se refiere aquí a la persona que puede hacer con los dividendos lo que desee, y no habilita por lo tanto la aplicación de la figura del disregard, a menos que se esté ante una sociedad conducto.

En el caso, en base a la opinión de expertos consultados, los cuales manifestaron que la sociedad holandesa era considerada el beneficiario efectivo de los dividendos bajo las normas de Holanda y pese a la carencia de oficinas y personal, en esa jurisdicción, y dado que no fue posible tampoco determinar que Prévost Holding fuese una sociedad conducto, aún cuando en base a un acuerdo de accionistas, debía distribuir el 80% de sus resultados. El tribunal concluyó que se estaba ante el beneficiario efectivo de los dividendos, y no una sociedad interpuesta entre Prévost Canadá y Volvo y Henlys, dado que tenía la posesión, el uso, control y asumía los riesgos.

El concepto de Beneficiario Efectivo, con énfasis en los Estados que tienen convenios firmados con Uruguay

Otro aporte significativo realizado por el tribunal, se situó a nivel de la interpretación del término, en la cual se apartó de una concepción económica de concepto, dejando de lado el análisis subjetivo de las intenciones de las partes, y concentrándose en el tratamiento en el Estado de la residencia de la sociedad que percibe los ingresos, observando que ocurre en la legislación interna del Estado de residencia, adoptando un enfoque legal del concepto basado en la atribución de la renta en dicho Estado.

Si bien actualmente Canadá y Uruguay no han firmado acuerdo de doble imposición, y el acuerdo existente refiere exclusivamente al intercambio de información (a diferencia por ejemplo, de lo que ocurre con el acuerdo vigente con Argentina, en el cual además se incorpora una combinación entre convenio de doble imposición e intercambio de información), aún así, se entendió que correspondía considerar éste caso, dada la importancia del presente fallo de la Corte Federal de Apelaciones de Canadá.

El cual como ya mencionamos, aporta una definición del concepto de beneficiario efectivo, basado en cuatro aspectos que el tribunal consideró centrales y validos tanto si el régimen aplicable de derecho es el common law o el civil, como lo son: 1) la posesión, 2) el goce y disfrute, 3) el control, y por último 4) el riesgo. Éstos elementos han sido recogidos, por distintos tribunales posteriormente en el análisis de los casos puestos a sus consideración.

El segundo aporte y el más significativo del fallo en el caso Prévost, aunque no ha sido adoptado en jurisdicciones no canadienses, correspondió al estudio del término desde un enfoque legal como atribución de renta, para lo cual era necesario analizar el tratamiento del perceptor de los ingresos en el estado de residencia, y apartarse de un análisis de las intenciones subjetivas de las partes.

Si en base a estos elementos expuestos por el tribunal, tratamos de cotejar lo que ocurre en el caso de Uruguay, vemos al igual que en la doctri-

El concepto de Beneficiario Efectivo, con énfasis en los Estados que tienen convenios firmados con Uruguay

na internacional y en el presente fallo, que el concepto de beneficiario efectivo implica también, como señala nuestra doctrina, un término con "entendimientos disímiles"⁸⁹. Asimismo, casi la unanimidad de la doctrina nacional considera necesario una definición e interpretación autónoma internacional sobre el concepto, aunque Martha Roca, ante la falta de esta definición marca un matiz al respecto, y entiende pertinente la inclusión en la normativa interna de una definición de beneficiario efectivo, debido a la remisión del art. 3.2 del modelo de convenios OCDE. A su entender, sería una herramienta útil, que tendría como beneficio adicional brindar certeza a los contribuyentes.

Así entonces al igual que Uruguay, hasta el momento del caso *Prévost*, no existía en Canadá una definición sobre beneficiario efectivo, pero a partir de ese momento, tanto la definición como los elementos que la componen fueron recogidos en posteriores fallos de tribunales canadienses, tal es el caso *Velcro*.

A diferencia de lo que ocurre en Uruguay, donde no contamos con antecedentes autóctonos de fallos previos, sólo podemos suponer cuál sería la posición de la doctrina relativa a la normativa aplicable, cuál la posición de la Administración en relación a dicha normativa, o cuál la posición de la jurisprudencia ante un eventual caso relativo al concepto de beneficiario efectivo, y la aplicación del art. 6 del Código Tributario.

Como ya señalamos en el capítulo anterior, las posiciones están repartidas; para una parte de la doctrina, correspondería la aplicación del art. 6 del Código Tributario, el cual habilita al desconocimiento de las formas jurídicas adoptas, cuando forma y sustancia no coinciden, y dentro del mismo consideran la inadecuación de forma propiamente tal, como también contemplan, el uso del negocio en fraude a la ley.

⁸⁹ Juan Bonet e Ignacio Pérez, "El concepto fiscal de beneficiario Efectivo desde una perspectiva Latinoamericana". *Revista Tributaria* N° 251, marzo-abril 2016, págs. 173-232.

El concepto de Beneficiario Efectivo, con énfasis en los Estados que tienen convenios firmados con Uruguay

Esta posición se apoya en un análisis en base a la realidad económica. Para esta parte de la doctrina, aún cuando el convenio no lo prevea, entienden que dicho artículo es aplicable.

Como matiz, algunos autores refieren a que si bien no hay nada que impida el uso del mismo, se encontrarían con el obstáculo que representa el estudio, análisis y prueba de hechos ocurridos en distintas jurisdicciones. En favor de esta postura, se apoyan en los comentarios a los artículos 10, 11 y 12 del modelo OCDE⁹⁰, párrafos 12.5, 10.3 y 4.4 respectivamente, que remiten a los comentarios del artículo 1 de dicho modelo. Como forma de combatir los abusos de los convenios, este artículo habilita a recurrir además, de medias anti-abuso específicas, y generales contenidas en la normativa interna de los estados partes, como al uso del enfoque de sustancia sobre forma.

Para otra parte de la doctrina nacional, en cambio, el artículo 6 solo sería aplicable en el caso exclusivo de discordancia entre la forma jurídica adoptada y la realidad, no sería una medida anti-abuso general, por lo cual habilitaría su aplicación en casos puntuales en los que no hubiese contradicción con lo previsto en el convenio. Al respecto Addy Mazz señala que, el artículo 6 del CTU no es una norma anti-elusión genérica, y no puede usarse como tal sin contradecir los CDIs.

Otro aspecto a considerar en nuestra jurisdicción, como mencionamos antes, es que no existe jurisprudencia referida al concepto de beneficiario efectivo, que permita como en el caso estudiado, analizar los argumentos manejados por un tribunal en dicha ocasión, pero al menos existen antecedentes en la jurisprudencia del TCA de la aplicación del artículo 6 del Código Tributario, así como se expuso en el capítulo tres. Recordamos brevemente

⁹⁰ Remiten a los comentarios del artículo 1 al párrafo 22, que bajo el título de otras formas de abuso de los tratados y posibles formas de abatirlo, incluye: Sustancia sobre forma, sustancia económica, y normas generales anti-abuso. Comentarios al modelo OCDE, versión completa julio 2014.

El concepto de Beneficiario Efectivo, con énfasis en los Estados que tienen convenios firmados con Uruguay

entonces, que La sentencia N° 256 el TCA, dio razón a la administración fiscal, en la aplicación realizada en el artículo 6 del CTU, en la cual se recurrió a la consideración de que el mencionado artículo es aplicable no solo a casos en donde forma y sustancia no coinciden, sino también, en aquellos en los cuales no hay discordancia entre forma y sustancia, pero el negocio jurídico ha sido usado en fraude a la ley.

Como vemos entonces, a diferencia de lo considerado por el Tribunal Federal de Apelaciones de Canadá, si se aplica el enfoque de la sentencia 256 del TCA, Uruguay recurriría a un análisis de tipo económico, y por lo tanto, como señala Adolfo Martín Jiménez, en el mismo adquiere relevancia las intenciones de las partes, siendo que la atención se centra en la posición del Estado de la fuente.

A su entender corresponde, como ocurrió en el caso Prévost, un enfoque legal del concepto, concentrándose “en lo que ocurre en el estado de la residencia de la sociedad que recibe los ingresos.”, aún “a pesar de la existencia de acuerdos de accionistas”.

España

Real Madrid (Recurso N° 1110/2003, Audiencia Nacional, España, SAN 3378/2006, entre otros).

La actual sentencia, fue escogida en atención a dos aspectos que se nos presentaron relevantes. En primer lugar dada la existencia entre España y Uruguay de un acuerdo tributario de doble imposición, y en segundo lugar, en estrecha relación al primero, surge de la postura adoptada por el tribunal de la Económico Administrativo Central, y el tribunal Contencioso de la Audiencia Nacional después, como así también, por parte de la doctrina espa-

El concepto de Beneficiario Efectivo, con énfasis en los Estados que tienen convenios firmados con Uruguay

ñaola, para los cuales el concepto de Beneficiario Efectivo, ha sido interpretado como una cláusula anti-abuso, asimilada a la normativa interna contra el fraude de la ley tributaria.

Así entonces, en el presente fallo, se analizan los pagos realizados por el club deportivo Real Madrid F.C., a la sociedad húngara, Magyar Sport Services (internacional) KFT, en virtud del contrato de sub-licencia existente entre ambas, por el cual Magyar Sport Services cedía los derechos de explotación comercial de la Imagen de un jugador de fútbol profesional al Club de Fútbol Real Madrid. A su vez, la sociedad húngara, transfería los pagos recibidos (casi en su totalidad), a una sociedad constituida en Holanda, la cual le había cedido los derechos de imagen del jugador de fútbol, y era esta última sociedad la responsable del pago a dicho jugador.

Adicionalmente, desde 1984 España tenía en vigor un convenio de doble imposición con Hungría, por el cual la tasa de retención en la fuente era 0% para este tipo de rentas. Asimismo, el convenio España-Holanda establecía una tasa del 6% de retención.

Por otra parte, según acta de inspección N° 70569784, de las actuaciones realizadas surgen los siguientes hechos:

En primer lugar, entre la sociedad Magyar Sport Services y el jugador de fútbol no existía contrato, según datos aportados por las autoridades húngaras. Por otra parte, el pago de los derechos de imagen al jugador de fútbol, se hacían a través de la sociedad holandesa Mextar BV.

En segundo lugar, la sociedad constituida en Holanda, de acuerdo con el contrato de licencia de los derechos de imagen que había celebrado con Magyar Sport Services, recibiría como pago por su intermediación, el 99% de los ingresos percibidos.

Mientras tanto, de acuerdo a la información que surge de los estados de cuenta suministrados, durante el período en el cual el Real Madrid Club de Fútbol realizó pagos a la sociedad húngara, se observan transferencias a

El concepto de Beneficiario Efectivo, con énfasis en los Estados que tienen convenios firmados con Uruguay

Magyar Sport Services, que coinciden exactamente con el porcentaje de pago acordado entre la sociedad Húngara y la sociedad Holandesa.

Además, se constató que no existían facturas del proveedor, y que las fechas de pagos eran anteriores a las establecidas en el contrato.

Otro de los puntos a considerar, es que en la anterior sentencia, el Tribunal entendió que no correspondía el amparo al artículo 12 del convenio de doble imposición entre España y Hungría, en ocasión de que la sociedad Húngara, no era el beneficiario efectivo de los ingresos percibidos. Como consecuencia del contrato vigente con la sociedad holandesa, a la cual se debía transferir el 99% de los ingresos recibidos, y de acuerdo a los estados de cuenta a los que el tribunal pudo tener acceso, las transferencias realizadas coincidían, por lo cual se estaba ante una sociedad interpuesta.

Por otra parte, durante las actuaciones Magyar Sport Services (Internacional) KFT, aportó certificado de residencia de las autoridades tributarias de Hungría.

Luego de analizados los hechos, la documentación aportada y el anterior fallo, el Tribunal Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, confirmó el fallo del Tribunal Económico Administrativo Central, del 20 de noviembre de 2003.

Estableciendo en primer lugar que se estaba ante cánones, de acuerdo con la normativa de los convenios de doble imposición. Pasando a analizar la cláusula de beneficiario efectivo, se expone que la misma en el derecho positivo español no tiene desarrollo, a excepción del ámbito de los convenios de doble imposición entre ambos países, por lo cual se tomarán en consideración los comentarios al modelo OCDE y el informe N° 8 del Comité de Asuntos Fiscales.

Se indica además, que la introducción de la cláusula en el modelo OCDE, obedeció a la finalidad de evitar las conductas de treaty shopping, que buscan reducir o eliminar la tributación en la fuente, a través de un con-

El concepto de Beneficiario Efectivo, con énfasis en los Estados que tienen convenios firmados con Uruguay

venio que no es aplicable en principio: *“Normalmente se interpone un sujeto en el estado que ha celebrado con el Estado de la fuente el convenio que ha sido considerado el más favorable”*, de esta forma el sujeto interpuesto sea persona física o jurídica, el agente, mandatario o fiduciario, actúan por cuenta del titular del rendimiento o una sociedad a la que se le atribuye formal y materialmente la titularidad del rendimiento generado en la fuente.

Por lo cual no correspondía la aplicación del convenio en éstos casos, pues *“quien percibe la renta no está sujeto a tributación en el Estado de la residencia por la misma, ya que las normas de atribución e imputación de rentas de dicho Estado se la imputan a un sujeto distinto: al principal, al mandante, al fiduciante, etc.”*. En la interpretación del texto, el tribunal concluye, que se debe considerar no solo al titular formal del rendimiento, sino también a quien dispone efectivamente del mismo, analizando entonces la sustancia y la forma de la transacción, para determinar si quién reclama los beneficios es el beneficiario efectivo de los mismos.

Se desprende entonces, que en el análisis es necesario realizar una interpretación económica del concepto. Señala así mismo el tribunal, la dificultad que implica para administraciones en cuyos ordenamientos jurídicos *“no admite la interpretación económica de las normas”* y continua manifestando que *“en estos ordenamientos la interpretación debe ser estrictamente jurídica”*.

No obstante, destaca también que hay tener en cuenta, que éstos 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.

Así también, agrega que de esta interpretación *“se podría llegar a un resultado muy similar al que tiene lugar cuando un Estado aplica sus normas generales contra el fraude de ley tributaria, pues lo que se trata de va-*

El concepto de Beneficiario Efectivo, con énfasis en los Estados que tienen convenios firmados con Uruguay

lorar es si la conducta tiene o no motivos válidos". Además, el tribunal remarca la dificultad para demostrar por el estado de la fuente que la sociedad intermediaria no es el beneficiario efectivo.

Deja asentado así mismo, que no ha recurrido a la aplicación del procedimiento especial de la ley General Tributaria de 1963, ni de su modificativa, el art 15 de la Ley 58/2003⁹¹, aunque a su juicio nada priva la utilización de los parámetros contenidos en la misma para denegar la condición de beneficiario efectivo, aunque debería limitarse a "verificar si quien percibe la renta, tiene o no la condición de beneficiario efectivo" siguiendo las reglas para la prueba del ordenamiento jurídico español, contenidas en el art. 118.2 de la LGT.

Por lo tanto, de los hechos analizados, el tribunal considera que existe prueba suficiente para afirmar que la entidad húngara, "*no es la beneficiaria efectiva del activo cedido, sino la entidad holandesa*". Concluye también, que la escasa suma percibida por la sociedad húngara, apenas un 1% de los ingresos vinculados a la transacción, y la transferencia casi inmediata del

91 Texto original del art. 15 Ley 58/2003

Artículo 15. Conflicto en la aplicación de la norma tributaria.

1. Se entenderá que existe conflicto en la aplicación de la norma tributaria cuando se evite total o parcialmente la realización del hecho imponible o se minore la base o la deuda tributaria mediante actos o negocios en los que concurren las siguientes circunstancias:

a) Que, individualmente considerados o en su conjunto, sean notoriamente artificiosos o impropios para la consecución del resultado obtenido.

b) Que de su utilización no resulten efectos jurídicos o económicos relevantes, distintos del ahorro fiscal y de los efectos que se hubieran obtenido con los actos o negocios usuales o propios.

2. Para que la Administración tributaria pueda declarar el conflicto en la aplicación de la norma tributaria será necesario el previo informe favorable de la Comisión consultiva a que se refiere el artículo 159 de esta ley.

3. En las liquidaciones que se realicen como resultado de lo dispuesto en este artículo se exigirá el tributo aplicando la norma que hubiera correspondido a los actos o negocios usuales o propios o eliminando las ventajas fiscales obtenidas, y se liquidarán intereses de demora, sin que proceda la imposición de sanciones.

Última actualización, publicada el 22/09/2015, en vigor a partir del 12/10/2015.

Texto original, publicado el 18/12/2003, en vigor a partir del 01/07/2004.

El concepto de Beneficiario Efectivo, con énfasis en los Estados que tienen convenios firmados con Uruguay

pago, dejan en evidencia que se está ante una sociedad interpuesta, que actúa como agente, mandataria o fiduciaria.

Por último, en concordancia con la opinión mayoritaria de la doctrina internacional, expresa la necesidad de una interpretación autónoma del concepto de beneficiario efectivo.

Como mencionáramos al inicio de la sentencia, existe entre España y Uruguay un convenio de doble imposición vigente desde 2011, por el cual se regula el tratamiento a dar entre otras rentas, a las provenientes de dividendos, intereses y cánones o regalías.

En el mismo, se establece que los dividendos serán sometidos a imposición en el estado de la residencia, pero que también podrán ser sometidos a imposición en el estado de la fuente con un límite máximo del 5% o del 0%, y en este último caso para acceder a exención, el capital deberá estar dividido en acciones o participaciones. Simultáneamente además, la sociedad residente del estado contratante deberá poseer, al menos, el 75% del capital de la sociedad pagadora.

Para los intereses mientras tanto, se establece la potestad tributaria de la residencia, admitiéndose que el estado de la fuente pueda realizar una retención que no podrá exceder el límite del 10% de los ingresos brutos de los intereses. Pero además, se establece que esta retención será de 0% *“sí el perceptor coincide con el beneficiario efectivo de los intereses y:*

a) es el propio Estado o el Banco Central, una de sus subdivisiones políticas, o entidades locales;

b) el pagador de los intereses es el Estado del que proceden, o una de sus subdivisiones políticas y entidades locales;

c) los intereses se pagan por razón de un préstamo o crédito debido, concedido, otorgado, garantizado o asegurado por ese Estado, o una subdivisión política, entidad local u organismo de crédito a la exportación;

El concepto de Beneficiario Efectivo, con énfasis en los Estados que tienen convenios firmados con Uruguay

d) es una institución financiera por un préstamo a un plazo igual o superior a 3 años destinado a financiar a proyectos de inversión;

e) el interés se paga por razón de una deuda surgida como consecuencia de la venta a crédito de cualquier equipo, mercancía o servicio;

f) es un fondo de pensiones aprobado a efectos fiscales por ese Estado y la renta de dicho fondo está, en términos generales, exenta de tributación en ese Estado.”

Por último, en relación a los cánones y regalías, se mantiene también la posibilidad de recurrir a la potestad tributaria compartida. Estableciéndose una retención máxima en la fuente del 5 %, para los ingresos brutos derivados de derechos de autor sobre obras literarias, artísticas o científicas, y del 10% para los restantes casos.

Por otra parte, en los tres artículos, se mantiene la puntualización en cuanto a que no serán aplicables las disposiciones contenidas en éstos, si los ingresos provienen de un establecimiento permanente, en cuyo caso corresponderá aplicar lo establecido en el artículo 7. Además, en los tres artículos se habilita, en caso de que se pacten pagos por las rentas en ellos regulados, mayores a los que se hubieren pactado con terceros independientes, a la imposición del referido exceso de acuerdo con la normativa interna de cada estado.

Mientras que en el protocolo de dicho acuerdo, se establece además, una cláusula de limitación de beneficios por la cual las SAFI, IFE y las sociedades de Zona Franca, no podrán acceder a los beneficios del convenio.

¿Qué ocurre en la práctica, si observamos el caso planteado ante la Audiencia Nacional, en relación a la postura española, y cuáles son las diferencias y similitudes en el tratamiento del término en nuestro país?

Si partimos de considerar el fallo analizado, en el mismo, el tribunal deja en evidencia que en España no existe una definición sobre beneficiario efectivo. Asimismo, lo destaca Adolfo Martín Jiménez, quien además insiste,

El concepto de Beneficiario Efectivo, con énfasis en los Estados que tienen convenios firmados con Uruguay

en que se debe descartar cualquier referencia al significado del término usado en la normativa interna, aún cuando el mismo sea similar pero no idéntico al conferido en los convenios de doble tributación⁹². Por otra parte, el tribunal recoge los comentarios al modelo OCDE como base para su fundamento.

En nuestro país sobre estos dos aspectos, nos encontramos que en la normativa interna, no hay definición del significado del concepto de beneficiario efectivo, vinculado al ámbito de los convenios de doble imposición. Por otra parte la posición mayoritaria de la doctrina, parecería adherir a un significado autónomo del término, separado de la normativa doméstica con algún matiz, puesto básicamente en la necesidad de incorporar en la normativa, una definición de Beneficiario Efectivo, con la finalidad de reducir la incertidumbre y dar certezas al contribuyente. Siguiendo los lineamientos del modelo OCDE, la doctrina ha coincidido en la separación de la definición del concepto de otros institutos, en los que pueda tener un significado atribuido con fines distintos a los previstos en los CDI's.

En la sentencia por otra parte, el Tribunal aclara que, no se recurrió a la aplicación del procedimiento especial del art. 24 de la Ley General Tributaria de 1963, ni al art 15⁹³ de la ley 58/2003, pero nada priva el uso de la normativa interna, limitándolo a la verificación de si quién percibe los ingresos es el beneficiario efectivo. Recurriendo a la normativa interna, en lo refe-

92 A este respecto tanto Jiménez, como Soraya Rodríguez Losada, se refieren a la directiva de ahorro 2003/49, que contiene una definición del término, muy similar aunque no idéntica a su entender con las intenciones que se desprende del ámbito de los CDI's.

93 Así por ejemplo Arturo Zabala, recoge la exposición de motivos del art.15 de la Ley 5/2003 en los siguientes términos: ello obedece a revisar “en profundidad” dicha regulación, con el resultado de sustituir el fraude a la ley “por una nueva figura” que pretende configurar “un instrumento efectivo en la lucha contra el fraude sofisticado, con superación de los tradicionales problemas de aplicación que ha presentado” éste. En definitiva, se trata de alumbrar una fórmula más simple y eficaz de reacción contra lo que se llama “fraude sofisticado”- en otros sistemas jurídicos con mayor expresividad “simulación económica” ...”

Mientras que Pérez Arraiz, señala que la eliminación de la expresión fraude a la ley fiscal y su sustitución por una cláusula anti-abuso, tuvo por objeto remover el componente subjetivo presente en el fraude legal como se regulaba con anterioridad a la nueva LGT en su art. 15.

El concepto de Beneficiario Efectivo, con énfasis en los Estados que tienen convenios firmados con Uruguay

rente al procedimiento de prueba previsto en el ordenamiento jurídico español, habilita así, al uso de la normativa interna a los convenios de doble imposición.

Se ve apoyado además, en las modificaciones de 2003 a los comentarios al modelo OCDE, fundamenta entonces su posición, interpretando el concepto de Beneficiario Efectivo como una cláusula anti-abuso, asimilada al fraude de la ley tributaria⁹⁴.

Asimismo, varios autores⁹⁵ recogen la posición de las cortes españolas, dejando expuesta la similitud en el tratamiento dado con relación a la antes mencionada normativa interna española anti-abuso. Por ejemplo, Vega Borrego observa que la aplicación de la cláusula de beneficiario efectivo con una interpretación distinta de la estrictamente jurídica, tendría por consecuencia la valoración de “*circunstancias similares a las que se tendrían en cuenta cuando se aplican las normas generales contra el fraude a la ley tributaria*”⁹⁶.

Así entonces, el tribunal luego de revisar las modificaciones a los comentarios 2003 de la OCDE, y de concluir que en función de los mismos, se está ante una cláusula anti-abuso con un significado amplio, entiende que corresponde una interpretación económica, y que en palabras de Jiménez puede ser utilizado para buscar al “*propietario real de los ingresos*”, no correspondiendo, a juicio de la Audiencia Nacional, el acceso a los beneficios

94 “... se podría llegar a un resultado similar al que tiene lugar cuando un Estado aplica sus normas generales contra el fraude de la ley tributaria ...”

95 Soraya Rodríguez Losada, “La interpretación Jurisprudencial del concepto de Beneficiario Efectivo en el ámbito Internacional”. Crónica Tributaria Núm. 149/2013(153-197) Universidad de Vigo.

Adolfo Martín Jiménez, *Beneficial Ownership: Current Trends*. World Tax Journal February 2010.

96 La corte, maneja el mismo argumento expuesto en forma textual, que Félix Alberto Vega Borrego, en: “El concepto de beneficiario efectivo en los convenios para evitar la doble imposición” Doc. Nº 8/05 Universidad Autónoma de Madrid. Instituto de Estudios Fiscales. I.S.S.N.: 1578-0244

El concepto de Beneficiario Efectivo, con énfasis en los Estados que tienen convenios firmados con Uruguay

del convenio, si la sociedad ha sido interpuesta, con el único objetivo de obtener la retención reducida en la fuente.

En Uruguay mientras tanto, para parte de la doctrina, el concepto de beneficiario efectivo, como veíamos en capítulo anterior, era considerado una norma anti-abuso.

Mientras que para otros, como norma anti-abuso tenía un alcance muy limitado en la lucha contra el treaty shopping, debiendo incorporarse a los tratados medidas específicas para limitar el abuso de las disposiciones contenidas en los acuerdos.

Pero en ningún caso llega al extremo planteado por la Administración o Cortes en España, donde se asimila a la normativa interna contra el fraude a la ley, pudiéndose incluso recurrir a la aplicación de su normativa interna de “conflicto en la aplicación de la norma tributaria”, aunque limitada a la determinación de si se está o no ante el Beneficiario Efectivo.

Sino que más bien dentro del ámbito doméstico uruguayo, se discute si es de aplicación la normativa interna y en particular la situación del artículo 6 del Código Tributario Uruguayo. Se discute entonces, sí el mismo puede implicar un conflicto en el caso de aplicación a un CDI, si éste es o no una norma general anti-abuso, y por lo tanto es aplicable a los casos de inadecuación de las formas, pero además, si es o no extensible a los casos de fraude a la ley tributaria, aspecto sobre el cual aún no existe consenso doctrinario.

Y aún cuando, este artículo solo ha sido usado hasta el momento en casos surgidos en el ámbito doméstico, en consideración a este antecedente, nada priva su aplicación a caso en el contexto de los CDI's.

Por otra parte la DGI, ha invocado la aplicación del numeral 2 del artículo 6 del Código Tributario, tanto en el contexto de inadecuación de las formas jurídicas, como a casos en que forma y sustancia coinciden pero el negocio ha sido usado en fraude a la ley fiscal, y el TCA por su parte, en al me-

El concepto de Beneficiario Efectivo, con énfasis en los Estados que tienen convenios firmados con Uruguay

nos un caso, se ha manifestado a favor de esta posición de la administración.

Adicionalmente, de la sentencia se desprende que tanto los tribunales actuantes, como la Administración, cierran filas a favor del uso del concepto como un recurso en la contienda contra la evasión y el fraude, basados en un enfoque de sustancia sobre forma, y por lo tanto a la luz del propósito de negocios.

Francia

Si bien Uruguay y Francia actualmente no poseen un convenio de doble imposición, sino un acuerdo de intercambio de información, se consideró igualmente significativa su inclusión.

A la luz del caso presentado, aparecen dos aspectos relevantes para Uruguay. Por un lado, cuál es la política fiscal francesa en el tratamiento del concepto de beneficiario efectivo. Por el otro, y vinculado estrechamente al primer aspecto, focalizar en el modo de considerar o interpretar el concepto de Beneficiario Efectivo, y la aplicación de medidas anti-abuso.

Royal Bank of Scotland (Consejo de Estado, Francia 2006).

El fallo en cuestión, consistió en el pago de dividendos realizado por Marion Merrel Dow S.A., sociedad constituida y residente de Francia, al Royal Bank of Scotland (RBS) empresa residente en el Reino Unido.

Marion Merrel Dow S.A es subsidiaria de Merrel Dow Inc, residente de Estados Unidos, quien posee el 100 % de las acciones ordinarias y con derecho a voto de la sociedad residente en Francia.

El concepto de Beneficiario Efectivo, con énfasis en los Estados que tienen convenios firmados con Uruguay

Por otra parte, Royal Bank of Scotland celebra con la sociedad estadounidense, un acuerdo de usufructo, por el cual la primera, tiene derecho al cobro de dividendos sobre las acciones preferentes de la subsidiaria en Francia. A cambio el Royal Bank of Scotland, paga el precio de compra del usufructo a la sociedad residente de Estado Unidos.

Francia y Reino Unido tienen un acuerdo de doble tributación, por el cual la imposición máxima sobre el importe bruto de los dividendos es del 15 %. Sin embargo los dividendos abonados, estaban sujetos a una retención en la fuente del 25%, en virtud de lo cual el Bank of Scotland solicitó la devolución a la administración tributaria en Francia.

Del análisis realizado, la Administración fiscal francesa, entendió que en lugar del pago de dividendos, existía un préstamo encubierto. Que el pago recibido por RBS por el reembolso del préstamo, era exactamente igual al precio pactado por el usufructo de los dividendos. Mientras el pago de los intereses, por el préstamo realizado, surgía de la remuneración proveniente del ahorro fiscal obtenido luego de los impuestos pagados en Francia, y una vez que la Administración fiscal francesa procediera a la devolución de la retención percibida.

El tribunal actuante, examinó el acuerdo de usufructo e identificó que el acuerdo solo incluía las acciones preferentes de Marion Merrel Dow, que el 100% de las acciones ordinarias, y con derecho a voto, correspondían a Merrel Dow Inc. residente de Estados Unidos, retomando así el análisis presentado por la Administración francesa.

Asimismo, el tribunal reseñó que el precio por el pago del préstamo encubierto, era casi igual al pago de dividendos recibido de Marion Merrel Dow Inc., residente de Francia, que el pago del capital se haría en tres años. Al igual que las autoridades francesas, arribó a la conclusión que el pago se disminuía en un 10%, correspondiente al crédito fiscal que otorgaba Francia, en virtud del acuerdo de doble imposición entre Francia y el Reino Unido. El

El concepto de Beneficiario Efectivo, con énfasis en los Estados que tienen convenios firmados con Uruguay

tribunal francés determinó además, que en caso de que la sociedad residente en Francia, no pudiera hacer frente al pago de dividendos preferentes, la obligación sería asumida por Merrel Dow Inc..

Así entonces, si el RBS no podía recuperar el crédito proveniente de la retención efectuada por las autoridades francesas, tendría derecho a una indemnización adicional. Por último, si Marion Merrel Dow, no pudiera cancelar la obligación contraída, recibiría de la sociedad domiciliada en Estados Unidos el soporte financiero necesario.

En función de todos los datos obtenidos, del acuerdo de usufructo entre las sociedades, el tribunal actuante dictaminó que se estaba ante una operación en "*fraude à la Loi, - notion d'acte recherchant le bénéfice d'une application des textes contraire à l'intention de leurs auteurs et motivé par un but exclusivement fiscal*"⁹⁷, a través del cual, en la forma de usufructo de dividendos se ocultaba un préstamo. Por lo cual, corresponde la recalificación de la cesión de derecho de usufructo sobre los dividendos en préstamo.

El Conseil d'Etat, entiende que el beneficiario efectivo de los dividendos percibidos, es en realidad Merrel Dow Inc, y por lo tanto la subsidiaria francesa solo actúa en delegación de la responsabilidad de pago.

La conclusión alcanzada por el Tribunal, tras realizar un análisis del concepto de beneficiario efectivo, desde el punto de vista de sustancia sobre forma basado en un enfoque económico, considerando además la existencia de un único accionista, y el riesgo que había sido suficientemente atenuado; aunado al empleo de una estructura creada principalmente para obtener los beneficios tributarios del tratado, son suficientes, para desandar el camino e ir hacia atrás en la imputación de beneficiario efectivo de los dividendos, imputando como beneficiario efectivo a Merrel residente de los Estados Unidos y no al RBS residente del Reino Unido.

⁹⁷ Sentencia **Royal Bank of Scotland** (Consejo de Estado, Francia 2006).

El concepto de Beneficiario Efectivo, con énfasis en los Estados que tienen convenios firmados con Uruguay

En este caso, Francia recurre además a su normativa interna, para determinar si está ante planificación o evasión fiscal, como mencionan Louan Verdoner y otros⁹⁸. Por otra parte, Adolfo Martín Jiménez agrega además, que se recurrió a la asimilación del concepto del beneficiario efectivo con un clausula anti-treaty shopping. En la misma línea de pensamiento está Richard Vann al decir: “*La disposición de Suiza y Francia, intenta identificar si el beneficiario efectivo es el verdadero propietario en un sentido económico*”⁹⁹.

Por otra parte, en la legislación francesa no hay una definición del término beneficiario efectivo. Pero en su Código General del Impuestos, en el artículo 119 tercero, referido a dividendos, requiere que la persona jurídica demuestre a su deudor, que es el beneficiario efectivo de los dividendos, y enumera los requisitos necesarios, para poder acceder a la exoneración de la retención, prevista en la fuente sobre los dividendos¹⁰⁰. Mientras en el

98 Louan Verdoner, René Offermanns y Steef Huibregtse, en: A Cross-Country Perspective on Beneficial Ownership. Artículo publicado en European Taxation 10/2010.

99 Richard Vann, Beneficial Owner Ship: What Does History (and may be policy) Tell Us, <http://ssrn.com/abstract=2144038>.

100(Traducción libre) Condiciones del artículo 119 ter:

- a) Tener su sede de dirección efectiva en un Estado miembro de la Unión Europea o en otro Estado que sea parte del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, que haya celebrado con Francia un acuerdo de apoyo administrativo en la lucha contra el fraude y la evasión de impuestos y no ser considerados, bajo un convenio de doble imposición celebrado con un tercer Estado como residente para el impuesto fuera de la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo;
- b) Revestir una de las formas enumeradas en la parte A del Anexo I de la Directiva 2011/96 / UE 30 de noviembre de 2011 sobre el régimen fiscal común aplicable a las sociedades matrices y filiales de Estados miembros o una forma equivalente, donde la empresa tiene su sede de dirección efectiva en un Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo;
- c) Mantener directamente, de forma continua durante dos años o más y de dominio absoluto o nuda propiedad, el 10% del capital de la sociedad que paga los dividendos, o tener

El concepto de Beneficiario Efectivo, con énfasis en los Estados que tienen convenios firmados con Uruguay

art.119 quater, se establecen las condiciones que debe cumplir el beneficiario efectivo de los intereses y regalías.

Por otro lado, en el boletín oficial de impuestos, del 9 de julio de 2004, 14 B-5-04 N° 110, en su párrafo 34, se adopta una definición del concepto de beneficiario efectivo, recogiendo los lineamientos del Modelo OCDE en los siguientes términos, “(...) *una sociedad real no puede considerarse normalmente como el beneficiario efectivo, si bien es el propietario de los ingresos en las formas, pero no puede disponer en la práctica por poseer poderes muy limitados que hacen de él un simple fiduciario o un administrador actuando por orden de las partes interesadas*”.

En el presente caso, lo más significativo del fallo se evidencia en la interpretación realizada por el tribunal, por la cual se procede a recalificar la renta, y se desconoce al Royal Bank of Scotland como el beneficiario efectivo, imputando tal condición a la sociedad residente de Estados Unidos.

Como ya se reseñó, la política fiscal francesa con referencia al concepto de beneficiario efectivo, además de los comentarios OCDE, se apoya en disposiciones de su normativa interna contenida en el Código General de

el compromiso de mantener esta participación de forma continua durante un período de dos años por lo menos y designar como a efectos fiscales, un representante que es responsable de el pago de la retención a que se refiere 1 en caso de incumplimiento de este compromiso;

La tasa de participación en el primer párrafo de este c) se reduce al 5% si la persona jurídica es el beneficiario efectivo de los dividendos con participaciones que reúnan las condiciones proporcionado en la sección 145 y está privado de la posibilidad de imputar la retención en la fuente prevista bajo numeral 2 sección 119 a;

d) Estar sujeto en el Estado miembro de la Unión Europea o el Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económica Europea donde tiene su sede de dirección efectiva, el impuesto de sociedades en este Estado, sin posibilidad de opción y sin estar exonerada;

e) (derogada).

El concepto de Beneficiario Efectivo, con énfasis en los Estados que tienen convenios firmados con Uruguay

Impuestos, y en el Boletín Oficial de Impuestos N° 110 del 9 de julio de 2004¹⁰¹.

El concepto de beneficiario efectivo, considerado en la normativa interna de Francia, es aplicado como una limitante para acceder a los beneficios de un convenio, exigiendo a la persona jurídica que percibe los ingresos provenientes de dividendos, que demuestre a su deudor, que es el beneficiario efectivo de los referidos ingresos.

Para ello establece una serie de condiciones vinculadas: 1) a la sede de dirección, 2) a las sociedades matrices y filiales, 3) a la conservación por un plazo no menor a 2 años, al menos del 10% del capital accionario, que da origen al pago de dividendos, y por último, 4) estar sujeto a imposición sin posibilidad de exonerarse del mismo en la Unión Europea, o en el Espacio Económico Europeo.

A diferencia de Francia, en nuestro país, no se cuenta dentro de su ordenamiento jurídico con la figura del Beneficiario efectivo, y tampoco se ha emitido por la autoridad fiscal, ninguna resolución sobre las condiciones que debe cumplir las sociedades o personas para acreditar que se está ante el beneficiario efectivo. En lo que refiere a las condiciones para la aplicación de la retención reducida, en nuestro país puede aplicarse, si se ha obtenido de la contraparte, el certificado de residencia emitido por la autoridad competente, en las condiciones establecidas por el decreto N° 323/2012 y la resolución N° 2456/2012, a diferencia de lo que veíamos en la normativa interna de Francia, la cual incluye un punteo detallado a considerar.

Por otra parte, la autoridad fiscal francesa, ha adoptado un criterio de interpretación del concepto de beneficiario efectivo de índole económico, imprimiendo al mismo una concepción amplia como medida anti-abuso, capaz de contrarrestar el uso de estructuras artificiales, como así también de excluir a agentes; mandatarios; representantes o sociedades conducto, que

101 Como lo mencionan Louan Verdoner, René Offermanns y Steef Huibregtse, en obra previamente citada.

El concepto de Beneficiario Efectivo, con énfasis en los Estados que tienen convenios firmados con Uruguay

poseen poderes limitados, o no estén sujetas a una imposición efectiva, a la vez que habilita a la aplicación de la normativa interna.

En nuestro país en cambio, las posiciones en cuanto a la aplicabilidad del artículo 6 del CTU como medida anti-elusión, está dividida. Como veíamos anteriormente, para algunos autores, es una norma general anti-treaty shopping, capaz de ser aplicada a situaciones de inadecuación entre forma y sustancia. Pero también en los casos de fraude a la ley tributaria, algo que la administración ha aplicado en casos referidos a situaciones exclusivamente sujetas a jurisdicción nacional, no así todavía, a casos vinculados con jurisdicciones con las cuales existan convenios vigentes. De ello se deriva que esta es una posible línea a seguir, más aún si se toma en consideración la postura francesa, de recurrir a la normativa interna contra el fraude a la ley.

Para otro sector de la doctrina nacional en cambio, la aplicación del artículo 6 del Código Tributario, colide con los términos de los convenios firmados por Uruguay.

Pero aún en una tercer posición, estarían quienes consideran que sería aplicable, pero que debería analizarse cada caso para ver si corresponde o no su aplicación.

India

La inclusión de India en el presente apartado, se debe a la existencia entre India y Uruguay, de un acuerdo de doble imposición e intercambio de información, que contiene algunos aspectos interesantes, vinculados a medidas tendientes a evitar la elusión y abuso de las disposiciones del convenio.

El concepto de Beneficiario Efectivo, con énfasis en los Estados que tienen convenios firmados con Uruguay

Union of India vs Azadi Bachao Andolan (Suprema Corte de India) 2003-TII-02-SC- INTL).

El presente caso remite a una serie de disposiciones, relativas al convenio de doble imposición entre el Gobierno de la India y el Gobierno de Mauricio, vigente desde 1983.

El convenio de referencia, tenía por objetivo evitar la doble imposición y fomentar el comercio y la inversión entre ambos países, habiéndose firmado, al amparo de las facultades del art. 90 de la ley de Impuesto sobre la Renta de 1961. En el mismo, se definen los términos usados, como así también el tratamiento a otorgar, a aquellos términos que no han sido definidos por aquél.

Posteriormente, en el año 1994 el Gobierno de la India emite la circular N° 682, mediante la cual se procede a aclarar el tratamiento de las ganancias de capital, derivadas de la enajenación de acciones de una empresa india, por inversiones de residentes de Mauricio. Las ganancias procedentes de esta transacción, entonces, sólo estarán gravadas por impuestos en Mauricio y bajo su normativa interna.

En base a esta circular, y del tratamiento beneficioso otorgado a los residentes de Mauricio, se reciben importantes inversiones en empresas Indias.

En el año 2000, algunas autoridades tributarias de la India, emiten comunicados a inversores extranjeros en sociedades (FII's), solicitando que expliquen los motivos, por los cuales no tributan en India el impuesto a las ganancias y los dividendos obtenidos. Ante la toma de conocimiento público de la solicitud de información realizada por algunas autoridades tributarias, se produce la retirada de estos capitales, a raíz de lo cual, la Junta Central de Impuestos Directos emite la circular N° 789.

El concepto de Beneficiario Efectivo, con énfasis en los Estados que tienen convenios firmados con Uruguay

Ésta circular brinda *“aclaración sobre la imposición de los ingresos procedentes de dividendos y plusvalía en virtud del convenio sobre doble imposición de Indo – Mauricio.”*¹⁰²

Mediante ésta, se procede a declarar que se considera residente de Mauricio, en virtud del tratado existente de 1983, a cualquier persona que de acuerdo a la legislación de ese Estado, tenga su domicilio, residencia, lugar de dirección, u otro criterio de similar naturaleza. Por lo tanto, los Inversores Institucionales Extranjeros y otros fondos de inversión, que operan desde Mauricio, están incorporados a ese país y sujetos a imposición en virtud de sus leyes, debiendo considerarse residentes de Mauricio de acuerdo al tratado de doble imposición.

Respecto a las dudas surgidas en función de la Ley del impuesto sobre la renta, relativas a la tributación de los dividendos de inversores de Mauricio, cuando exista un certificado de residencia emitido por las Autoridades Mauricianas, es evidencia suficiente para considerar a dicho inversor residente y beneficiario efectivo. Como consecuencia de la aclaración surgida de la circular, se presentan dos peticiones escritas ante el Tribunal Superior de Delhi, solicitando la anulación e ilegalidad de la referida circular.

La Suprema Corte de India falla a favor del contribuyente, y el fundamento del fallo se apoya en el hecho de que el treaty shopping, es uno más de los elementos a considerar como parte de las oportunidades de los países en desarrollo para atraer inversiones. Al respecto agrega que *“(...) esto no difiere demasiado de otros incentivos tributarios de similares características...”*. Resalta también que muchos *“países desarrollados lo toleran con el fin de atraer inversiones, otorgando concesiones tributarias exclusivamente a inversores extranjeros”*. Asimismo, pone en evidencia que las pérdidas fis-

¹⁰²Circular 789.

El concepto de Beneficiario Efectivo, con énfasis en los Estados que tienen convenios firmados con Uruguay

cales, pueden a veces ser toleradas, con el fin proporcionar otros tipos de beneficios, que pueden tener efectos de mayor alcance económico.¹⁰³

El tribunal en su apreciación del caso, como señala Frascini, interpreta que de haber sido la intención de los estados poner freno al treaty shopping, hubiese optado por incluir cláusulas que limitaran el acceso a los beneficios. Aún más, el tribunal entendió que no podía juzgar la legalidad del treaty shopping, y sugirió, que posiblemente fuese necesario en el marco del pensamiento contemporáneo, ver al mismo como “*a necessary evil in a developing economy*”.

DIT v Universal International Music BV (Suprema Corte de Bombay)

El caso presentado ante la suprema corte de Bombay, trata del pago de regalías de una sociedad constituida en la India, a una Sociedad Holandesa. Ambas sociedades forman parte del grupo económico Universal Music Group en Estados Unidos.

La Universal Music India Private Ltd., es una sociedad cuya actividad consiste en explotar los derechos de autor (propiedad industrial e intelectual), de los artistas que descubre y patrocina, ocupándose así también, de la comercialización de productos con la marca de los artistas.

Universal International Music BV, también parte del grupo económico, y constituida en Holanda, recibe pagos en concepto de regalías por un artista de la empresa constituida en la India.

Por otra parte, existe entre La India y Holanda un convenio de doble imposición firmado, por el cual la retención aplicable en la fuente era del

¹⁰³ “The loss of tax revenues could be insignificant compared to the other non-tax benefits to their economy”.

El concepto de Beneficiario Efectivo, con énfasis en los Estados que tienen convenios firmados con Uruguay

10% del importe bruto de las regalías, mientras que la tasa de retención de acuerdo a la normativa interna de la India es del 30%.

La sociedad holandesa, recibía regalías de la sociedad constituida en la India por la explotación de los derechos de un artista, y dado el convenio existente, la sociedad holandesa entiende que le corresponde la retención del 10% y no el 30%.

A raíz de una actuación inspectiva en India, donde la autoridad tributaria estima que se efectuó una retención menor a la que correspondía, se solicita información a la sociedad Holandesa para demostrar que es la beneficiaria efectiva de las regalías. A juicio de la autoridad tributaria, una vez recibida la información, la misma se considera insuficiente, y no permite demostrar que es el titular de los derechos cedidos a la sociedad residente en la India. Entre la documentación requerida, se encuentran por ejemplo, los contratos a través de los cuales se cedieron los derechos de explotación a las sociedades del grupo, documentación que no fue suministrada en esta instancia. Recabando la posición de la OCDE al respecto, la autoridad tributaria por lo tanto, niega los beneficios del convenio por considerar a la sociedad holandesa un agente de otras sociedades del grupo, o una sociedad conducto. Se desprende de lo anterior entonces, que no es aplicable el convenio, pero sí corresponde la normativa interna, aplicando la tasa de retención del 30%.

La decisión tomada por las autoridades fue recurrida en 3 instancias, y en las mismas, los tribunales actuantes dieron derecho al contribuyente. En su defensa, el contribuyente se situó en resaltar que la autoridad tributaria había negado los beneficios del convenio, puesto que el beneficiario efectivo no era el titular de los derechos que daba origen a las regalías.

La sociedad residente de Holanda, manifestó que realizaba sus operaciones comerciales en dicho país, y que las regalías obtenidas provenían

El concepto de Beneficiario Efectivo, con énfasis en los Estados que tienen convenios firmados con Uruguay

de la explotación comercial de los derechos musicales y que dicha actividad la realizaba en su nombre.

Por otra parte, la sociedad aportó un certificado de residencia de las autoridades fiscales de Holanda, en el cual se establecía que el titular era residente de ese país, de acuerdo a lo establecido en el artículo 4 del acuerdo de doble imposición entre la India y el Reino de los Países Bajos. Asimismo el certificado establecía que la sociedad era el beneficiario efectivo de los ingresos provenientes de las regalías recibidas de la sociedad residente de la India, según el art. 12 del acuerdo entre ambos estados.

El contribuyente recurrió asimismo como antecedente, a la circular N° 789 vinculada al convenio tributario entre la India y Mauricio, para el cual la circular establecía que bastaba el certificado de residencia expedido por la autoridad tributaria, para validar la condición de residente en Mauricio, y probar que era el beneficiario efectivo.

Aportó también como parte del material recursivo, copias de declaraciones juradas y de pago de impuestos en el país de residencia.

El Tribunal actuante (Tribunal Supremo de Bombay), confirmó las sentencias de los anteriores tribunales (Comisionado de Impuestos sobre la Renta, el Tribunal de Apelaciones), en consideración de los elementos mencionados, como así también, en atención a que la autoridad tributaria de la India no mantuvo comunicaciones con las autoridades tributarias holandesas, con el objeto de esclarecer los hechos. Elementos todos ellos que el tribunal consideró suficientes para establecer que la sociedad de los Países Bajos era el beneficiario efectivo de los ingresos percibidos en concepto de regalías. Y de acuerdo con la CBDT N° 789 era prueba suficiente de la residencia fiscal, y de condición de beneficiario efectivo, siendo vinculante para la administración tributaria.

Como es posible apreciar la posición de la Suprema Corte de India, en ambos casos consideró aplicable la circular N° 789. En el primer caso

El concepto de Beneficiario Efectivo, con énfasis en los Estados que tienen convenios firmados con Uruguay

consideró importante además, aspectos vinculados a los beneficios derivados de la aplicación del tratado a largo plazo, asociados al desarrollo de la economía, con independencia de los posibles efectos negativos tributarios de corto plazo. En segundo término también consideró importante, que la voluntad de las partes al firmar el tratado, no se tradujo explícitamente mediante la inclusión de disposiciones de tipo LOB, como forma de restricción al acceso de los beneficios derivados del convenio.

Por último, en el caso de Universal Music, el tribunal supremo hizo extensivo lo establecido en la circular N° 789, aun cuando dicha circular refiere exclusivamente al convenio de doble imposición Indo-Mauricio. Procediendo de esta forma a la aplicación de la misma, no solo a los efectos del tratado a que refiere, sino además la hace extensiva a los restantes tratados suscritos por la India. Considera entonces, prueba suficiente de la condición de residente y de beneficiario efectivo, el certificado de residencia emitido por las autoridades tributarias de un Estado.

Veamos entonces que ocurre en el convenio Uruguay-India, y cual es el tratamiento respecto a los artículos que regulan las rentas vinculadas al concepto de Beneficiario Efectivo.

En los artículos 10, 11 y 12, atribuyen al estado de la residencia la potestad tributaria, reservando al estado de la fuente el gravamen en caso de que el residente del otro Estado contratante sea el beneficiario efectivo. Si no es el beneficiario efectivo, de acuerdo al modelo OCDE, el estado de la fuente puede aplicar su derecho interno sin restricciones. Así entonces, al importe bruto derivado de las respectivas rentas, y sujeto a imposición en estos casos, le será aplicable una retención máxima en la fuente del 5%, en el caso de los dividendos, del 10%, para los intereses (con alguna salvedad que veremos más adelante), y una retención del 10% sobre los ingresos provenientes de regalías y honorarios profesionales por servicios técnicos (se

El concepto de Beneficiario Efectivo, con énfasis en los Estados que tienen convenios firmados con Uruguay

agregan en este caso los ingresos por honorarios profesionales no incluidos en los art. 14 y 15 del mismo acuerdo).

Por otra parte, los tres artículos, siguiendo los lineamientos de la OCDE, prevén que no serán de aplicación, cuando las rentas así obtenidas, procedan de las actividades desarrolladas por un establecimiento permanente situado en ese estado, en los que deberá aplicarse los art. 7 o 14 según el caso. También se establece, que el importe sujeto a imposición en aplicación de las tasas reducidas previstas en los presentes artículos, será el que hubieran pactado partes independientes. Por lo cual, en caso de que los importes así pactados, excedan el que hubiesen acordado partes no relacionadas, este excedente será sometido a imposición de acuerdo a la normativa interna de cada Estado (consideración que ya contemplaba el modelo OCDE).

En cuanto a la particularidad señalada en relación al tratamiento de los intereses, vemos que las posibles tasas aplicables son dos. Por una parte la tasa del 0%, de acuerdo al párrafo 3 del art. 11 del convenio, cuando el beneficiario efectivo de los intereses sea:

a) el Gobierno, una subdivisión política, o entidad local del otro Estado Contratante; o

b) (i) en el caso de Uruguay, el Banco Central de Uruguay, el Banco de la República Oriental del Uruguay, el Banco Hipotecario del Uruguay; y

(ii) en el caso de India, el “Reserve Bank of India”, el “Export Import Bank of India”, el “National Housing Bank”; o

c) cualquier otra institución que acuerden en cualquier momento las autoridades competentes de los Estados Contratantes mediante el intercambio de notas.

Por otro lado, cuando el beneficiario efectivo no esté incluido en este apartado, la tasa aplicable máxima será el 10%.

El concepto de Beneficiario Efectivo, con énfasis en los Estados que tienen convenios firmados con Uruguay

No obstante esto, en el art. 29 sobre “Limitación de Beneficios” establece:

1. *En ningún caso las disposiciones del presente Acuerdo impedirán que un Estado Contratante aplique las disposiciones de sus leyes internas y las medidas relativas a la elusión y evasión fiscal.*
2. *Salvo que en el presente Artículo se disponga lo contrario, una persona (distinta de una persona física), que sea residente de un Estado Contratante y que obtenga rentas en el otro Estado Contratante, tendrá derecho a todos los beneficios de este Acuerdo concedidos a los residentes de un Estado Contratante, únicamente si dicha persona satisface los requisitos definidos en el apartado 3 y cumple con las demás condiciones de este Acuerdo para la obtención de cualquiera de dichos beneficios.*
3. *Una persona de un Estado Contratante es una persona que satisface los requisitos para un año fiscal solamente si de acuerdo con el párrafo tercero del artículo es:*
 - a) *una entidad Gubernamental,*
 - b) *una sociedad constituida en cualquiera de los Estados Contratantes,*
 - c) *una sociedad de personas - partnership - o asociación de personas,*
 - d) *una institución de beneficencia u otra entidad exenta de impuestos.*

Adicionalmente, en el mismo párrafo se establecen condiciones a satisfacer, si el residente se encuentra comprendido en los subapartados b) a d), entre las cuales se incluye; cotizar en bolsa; una participación directa o indirecta, en al menos, el 50% de los derechos a voto o valor de las acciones. Como restricción última de dicho artículo, en el párrafo final agrega:

“Las personas mencionadas anteriormente no tendrán derecho a los beneficios del Acuerdo, si más del 50% de la renta bruta de las personas en el año fiscal es pagado o pagadero, directa o indirectamente, a personas que no sean residentes de cualquiera de los Estados Contratantes, median-

El concepto de Beneficiario Efectivo, con énfasis en los Estados que tienen convenios firmados con Uruguay

te pagos que sean deducibles a efectos de la determinación de impuestos comprendidos en este Acuerdo en el Estado de residencia de la persona (pero no se incluyen los pagos que se realicen con arreglo al principio de plena competencia - arm's length - en el curso ordinario de negocios por servicios o por bienes tangibles y los pagos a un banco con respecto a obligaciones financieras, incurridas con relación a operaciones efectuadas con un establecimiento permanente del banco situado en cualquiera de los Estados Contratantes)."

A su vez en párrafo 4 del artículo, se establece que no serán de aplicación los párrafos 2 y 3, si la persona realiza "(...) *activamente negocios en el Estado de residencia (distintos de los negocios que consistan en gestionar o realizar inversiones por cuenta propia para el residente, a menos que se trate de actividades bancarias, de seguros o de seguridad) y las rentas procedentes del otro Estado Contratante estén vinculadas o sean accesorias a dicho negocio y ese residente cumpla con las demás condiciones de este Acuerdo para la obtención de dichos beneficios*".

Se podrá además obtener los beneficios, si la autoridad competente del otro Estado Contratante determina que, el establecimiento, o la adquisición, o el mantenimiento de dicha persona, y la realización de sus operaciones, no tuvieron como uno de sus principales propósitos la obtención de beneficios en virtud del Acuerdo.

Pero no será posible acceder a los beneficios entonces, si el principal, o uno de los principales propósitos para la organización de las actividades desarrolladas, fuere la elusión de los impuestos.

En el presente convenio entonces, vemos que se establecen criterios para limitar el acceso a los beneficios del convenio vinculados al concepto de beneficiario efectivo. Éstos establecen en consecuencia, condiciones que deben cumplir los residentes en el periodo fiscal, para acceder a los beneficios del convenio.

El concepto de Beneficiario Efectivo, con énfasis en los Estados que tienen convenios firmados con Uruguay

Por otra parte, en el mismo se la fija posición referida a la sustancia de las operaciones, como una limitante adicional, para obtener los beneficios.

Se establece así también, posición sobre intenciones de las partes para la creación, mantenimiento y desarrollo de las operaciones por residentes, excluyéndose de los beneficios, cuando uno o el principal motivo haya sido la obtención de los mencionados beneficios.

En este sentido corresponde recordar, como ya se mencionó, que siempre uno de los principales motivos vinculados a las transacciones internacionales, y a la elección del lugar de operaciones está vinculado a aspectos tributarios, aunque también debe reconocerse que este no debería ser único motivo.

Por otra parte y en base a los casos analizados de la jurisprudencia india, permite recordar que la posición de la Suprema Corte, ha sido favorable para validar la aplicación de la circular N° 789, no solo al casos del convenio tributario India-Mauricio, sino que lo ha hecho extensivo a otros tratados celebrado por India. Resulta importante considerar además, que en el caso de Uruguay, para aplicar la retención reducida en la fuente, se exige que el deudor obtenga de su contraparte, el certificado de residencia fiscal expedido por la autoridad competente del otro Estado. Ello no implica, no obstante, que dicho certificado establezca que el residente sea a su vez el beneficiario efectivo de las rentas, de acuerdo a lo establecido por el Decreto 323/2012, del 3 de octubre de 2012. Así también, la resolución 2456 de 25 de octubre de 2012, establece cuáles serán los requisitos a constatar en la emisión del respectivo certificado de residencia fiscal.

Por último, nos resultaría importante destacar que en el presente acuerdo, se garantiza la posibilidad de recurrir a la normativa interna ante situaciones de elusión. En este caso entonces, mediante esta disposición se estaría abriendo la posibilidad en el caso de Uruguay, de recurrir al artículo 6

El concepto de Beneficiario Efectivo, con énfasis en los Estados que tienen convenios firmados con Uruguay

del CTU, como una medida anti-treaty shopping, como un sector de nuestra doctrina lo consigna.

De habilitarse esta posibilidad, recobra importancia la discusión doctrinal sobre el alcance de este artículo, más aún si consideramos que la Administración tributaria, siguiendo la posición de Valdés Costa, y que en algún momento también sostuvo Faget, lo ha usado de forma amplia. Dicho artículo admite su uso, no solo en los casos de inadecuación entre forma y sustancia, sino también en aquellos casos en que habiendo concordancia, el negocio ha sido utilizado en fraude a la ley tributaria. Fundamentalmente, en atención al fallo de la sentencia analizada N° 256, en la cual la Administración aplica este argumento y el TCA valida su aplicación.

Holanda

Royal Dutch Shell (Hoge Raad, Suprema Corte, Países Bajos), N. 28638, 6th April 1994, BNB 1994/2171

El presente caso fue presentado ante la suprema corte de Holanda, y consistió en una distribución de dividendos de una sociedad residente en Holanda (Royal Dutch Shell), a un corredor de bolsa residente del Reino Unido, que había adquirido cupones de dividendos a una sociedad residente de Luxemburgo.

Cuando se procedió al pago de los dividendos, se efectuó una retención en la fuente del 25%, de acuerdo con lo previsto en la normativa interna de Holanda, pero dada la existencia de un convenio de doble imposición entre Holanda y el Reino Unido, que grava la distribución de dividendos a una tasa del 15%, el residente de dicho país decide solicitar una devolución parcial por el impuesto retenido en Holanda.

El concepto de Beneficiario Efectivo, con énfasis en los Estados que tienen convenios firmados con Uruguay

El contribuyente solicita la devolución y la administración tributaria de Holanda la deniega, en el entendido de que no se encuentra ante el beneficiario efectivo de los ingresos derivados de los dividendos, al no ser el titular de las participaciones que dan derecho al pago del mismo. Para la Administración holandesa, el beneficiario efectivo era la sociedad residente en Luxemburgo.

Presentado el caso ante la Corte de Apelaciones, ésta falla a favor de las autoridades tributarias, en base al mismo argumento usado por la administración, y apoyado en el modelo de formulario de devolución del impuesto retenido “*IB 95 GRB*¹⁰⁴”, en el cual se establece la pre-condición de titular de las participaciones para acceder a la devolución de la retención efectuada, por lo cual concluye que el *corredor* no es el beneficiario efectivo de los dividendos.

Presentado el caso ante la Suprema Corte de Justicia, ésta tuvo que determinar si el corredor de bolsa residente en el Reino Unido, era el beneficiario efectivo de los dividendos.

En el fallo el tribunal de la SCJ, sentó precedente al advertir que no se requiere que el beneficiario efectivo del rendimiento (dividendos en este caso), sea simultáneamente el titular de las participaciones, aunque nada priva que puedan concurrir ambas condiciones. De esta forma se separa la propiedad del activo fuente del rendimiento, del rendimiento propiamente dicho. En este mismo sentido se expresa Vega Borrego respecto del objeto del Beneficiario Efectivo, al decir: “La cláusula de Beneficiario Efectivo se refiere exclusivamente al rendimiento y no a la participación, préstamo o derecho de propiedad que genera el dividendo, interés o canon”, y continua, “(...) *el silencio del MC OCDE y de los comentarios puede interpretarse en el sentido propuesto: no es necesario que concurren los dos aspectos*”¹⁰⁵.

104Formulario de devolución de impuesto entre Holanda y Reino Unido.

105Félix Alberto Vega Borrego, “El concepto de beneficiario efectivo en los convenios para evitar la doble imposición”, Pág. 10. Universidad Autónoma de Madrid, Doc. Nº 8/05. Insti-

El concepto de Beneficiario Efectivo, con énfasis en los Estados que tienen convenios firmados con Uruguay

En este caso, el tribunal establece asimismo que el contribuyente residente del Reino Unido, era el propietario de los cupones, que tenía la capacidad de disposición sobre éstos y los rendimientos derivados de los mismos. También establece, al mismo tiempo, que no se encontraban ante un agente, mandatario o sociedad conducto.

Por otra parte, en la resolución se precisa además, el momento en el cual corresponde determinar quién es el beneficiario efectivo, y el momento a considerar en esta determinación, que a juicio del tribunal es el correspondiente al pago del rendimiento.

Como vemos entonces, se establecen 2 criterios importantes a observar en la determinación de quién es el beneficiario efectivo: 1) el objeto del concepto de beneficiario efectivo como señala Vega Borrego, es el rendimiento, y no se requiere simultaneidad en la titularidad del activo que genera el rendimiento y el rendimiento propiamente dicho; 2) el momento a considerar para la determinación del beneficiario efectivo, será el correspondiente al pago del rendimiento, y no cuando el mismo es aprobado o pactado.

Respecto del primer punto: si bien la regla general es esa, no se puede dejar de mencionar que hay un caso, en el cual, de acuerdo al artículo 10 del Modelo OCDE (en su numeral 2), para acceder a la imposición reducida en la fuente, del 5% como máximo, será necesario que el beneficiario efectivo sea además, el titular directo de al menos el 25% del capital de la sociedad pagadora de los dividendos.

Por otra parte, con respecto al segundo punto planteado, a la vez que se soluciona el problema, en cuanto a qué momento debe ser considerado para la determinación del beneficiario efectivo, surge a consecuencia de esta postura fijada por la Suprema Corte de Holanda, un inconveniente adicional.

El concepto de Beneficiario Efectivo, con énfasis en los Estados que tienen convenios firmados con Uruguay

Al fijar este criterio, pone en evidencia que cualquier sociedad que posea la propiedad del capital accionario de otra, y en virtud de esto, el derecho a percibir los rendimientos derivados de los dividendos, puede previamente a la distribución, vender el derecho sobre los rendimientos, y de esta forma, el adquirente puede ser considerado el beneficiario efectivo de dichos rendimientos, beneficiándose de una retención reducida, que tal vez no correspondería si se estableciera un determinado límite temporal.

Seguramente como consecuencia de esta estrategia, algunos Estados establecen un periodo de tiempo durante el cual las participaciones o acciones, deben permanecer en propiedad del beneficiario efectivo, para tener derecho a los beneficios derivados de un Acuerdo de Doble Imposición.

En este sentido, el tribunal no realiza un análisis para determinar la intencionalidad de las partes, y evaluar si la intención para la operativa se limitaba a la obtención de un beneficio tributario.

Queda claro además, que para las autoridades holandesas, la definición del beneficiario efectivo es la persona que cuenta con el disfrute pleno de los ingresos, mientras que en los hechos, para la determinación del beneficiario efectivo, recurren a la aplicación conjunta de criterios económicos y legales. Para la Corte en cambio, el beneficiario efectivo, es la persona que se encuentra libremente habilitada para disponer del capital, activos o ingresos, y que no actúa como un agente aplicando un enfoque legal del concepto. Asimismo como subraya van Weeghel, si no existe obligación contractual o legal de transferir los ingresos percibidos, aún cuando los mismos sean transferidos en su mayor parte, se estará ante el beneficiario efectivo si tal transferencia se realiza para hacer frente a una obligación de la cual se es deudor¹⁰⁶.

Como en otros casos que hemos comentado, Uruguay no tiene vigente convenio de doble imposición con el Reino de los Países Bajos, aunque sí

106 Stef van Weeghel, "Structure", part III Tax Treaty, pág. 77.

El concepto de Beneficiario Efectivo, con énfasis en los Estados que tienen convenios firmados con Uruguay

posee un acuerdo de intercambio de información, a diferencia por ejemplo de lo que ocurre con el acuerdo de las Repúblicas de Argentina y Uruguay, donde además del Intercambio de Información se han pactado disposiciones relativas al tratamiento tributario de los impuestos regulados por ambos países. El presente fallo tiene entonces la cualidad de poner de manifiesto la posición administrativa y jurisprudencial de los países bajos contrastable con la situación en nuestro país.

Así, en los convenios celebrados por Holanda, la tendencia es a incluir el concepto de beneficiario efectivo siguiendo los lineamientos de la OCDE. En base a estos, las Autoridades fiscales entienden que no corresponde considerar como beneficiario efectivo, a mandatarios o agentes o sociedades interpuestas, como tampoco sería de aplicación, en los casos en que por una obligación contractual o legal se deba transferir en parte o totalmente los ingresos percibidos, aspectos en los que hay plena coincidencia en los convenios firmados por Uruguay.

Asimismo las autoridades Holandesas, entienden que corresponde una interpretación formal y económica del concepto, apoyándose para esto, en una serie de preguntas cursadas por la Cámara de Representantes del Parlamento al Subministro de Finanzas, recogidas por Louan Verdoner, René Offermanns y Steef Huibregtse. Por lo cual en las transacciones de back to back, no se contempla la calidad de beneficiario efectivo¹⁰⁷.

Pero como veíamos unos pasajes atrás, la corte se apartaba de esta última puntualización, y se disponía a considerar si la obligación de transferir surgía de la mera calidad de deudor, caso en el cual la calidad de beneficia-

107 Respuesta, dada por el Subministro de Finanzas a la cámara de Representantes del Parlamento: *"Back to back structures do not result in entitlement to treaty application. In that light it is not necessary to provide for a more precise description of the term 'beneficial ownership'. Incidentally, in such cases, the factual circumstances of each individual case are of crucial importance, which makes it difficult to provide for a more precise description."*

El concepto de Beneficiario Efectivo, con énfasis en los Estados que tienen convenios firmados con Uruguay

rio efectivo se seguía cumpliendo, o si la transferencia se debía a una obligación contractual o legal.

Con respecto a la aplicación de medidas internas anti-abuso y su alcance, Van Weeghel¹⁰⁸ señala que la dificultad se halla en la reconciliación entre la normativa interna y el alcance dado a esta, con las disposiciones contenidas en los tratados.

Destaca asimismo que en Holanda, puede ser usado con propósito relativo a los tratados, la determinación de la existencia de simulación, y en consecuencia establecer la verdadera naturaleza de la transacción. Si hacemos un paralelo con la situación del art. 6 del CTU, recurriendo a la distinción realizada por Faget¹⁰⁹, vemos que el artículo cubre dos situaciones: 1) *“la adopción de formas jurídicas inadecuadas a la realidad económica subyacente”*; 2) *“la adopción de formas adecuadas a la realidad económica subyacente en fraude a la ley fiscal”*. Dicho autor, señalaba, respecto del primer caso, que dentro del mismo: *“se ubican, como viéramos, la simulación, absoluta o relativa y la interposición ficticia”*. Si consideramos simultáneamente lo indicado por van Weeghel y Faget, entonces el art. 6 del Código Tributario tendría correspondencia con la aplicación dada por Holanda, solo en lo relativo a la hipótesis de inadecuación de formas jurídicas adoptadas y la realidad.

108 Steef van Weeghel, “General Report”, IFA 2010

109 Faget, “El disregard of legal entity en el derecho tributario”. Revista tributaria XX, N° 116, setiembre-octubre 1993, pág. 373.

El concepto de Beneficiario Efectivo, con énfasis en los Estados que tienen convenios firmados con Uruguay

Suiza

Total Return SWAP (Suprema Corte, Suiza, 2C_364/2012; 2C_377/2012).

En el presente caso un banco residente de Dinamarca recibe de una sociedad constituida en Suiza el pago de dividendos correspondientes a los periodos 2006 a 2008. El pago de dividendos realizado desde Suiza sufrió la retención en la fuente.

Al momento existía entre Suiza y Dinamarca un convenio de doble imposición, y el banco por los dividendos correspondientes a 2006 hizo uso de los beneficios del convenio tributario. En cambio respecto de los dividendos de los periodos 2007 y 2008, la administración tributaria suiza rechaza la solicitud presentada por el banco sobre la devolución de la retención. La SFTA (Federal Tax Administration) entonces, solicita además al banco la devolución del pago del beneficio al que accedió en forma indebida por 2006.

Posteriormente, ante la solicitud de la administración tributaria y la negativa del banco, se llega a una instancia resuelta en la sentencia de julio de 2010, donde el tribunal actuante en esta oportunidad, niega los beneficios del convenio por los periodos 2007 y 2008, y exige asimismo, la devolución del beneficio obtenido en 2006, más el pago de un interés del 5% en línea a lo solicitado por SFTA.

Apelada la sentencia antes mencionada por el Banco, se llega a una nueva instancia, en la cual el Tribunal Federal Administrativo Suizo interviene, dicta la sentencia del 7 de marzo de 2012, donde se establece: por un lado que el banco tiene derecho a los beneficios del convenio por 2007 – 2008; por otro, que no corresponde el reembolso solicitado por la administración tributaria de los beneficios usufructuados en 2006.

El concepto de Beneficiario Efectivo, con énfasis en los Estados que tienen convenios firmados con Uruguay

Adicionalmente, se niega al banco el reclamo realizado al cobro de intereses por el atraso en el reembolso de la devolución en la retención de 2007 y 2008.

Con posterioridad, en abril de 2012 la Administración tributaria Suiza, solicita se anule la sentencia en el juicio del Tribunal Administrativo Federal de marzo 2012, y se confirme la decisión del tribunal actuante en la sentencia de julio 2010. Esta solicitud es presentada ante la Suprema Corte Suiza.

En su actuación, la Suprema Corte Suiza considera un conjunto de elementos, algunos de los cuales fueron observados en anteriores instancias, los cuales analiza del siguiente modo, para sustentar su conclusión:

1. En el fallo anterior del Tribunal Federal Administrativo, se consideró que el banco era efectivamente el beneficiario efectivo de los dividendos, y que había invocado además las garantías del acuerdo de doble imposición. Se observó también, que el mencionado tribunal concluyó que al amparo a los beneficios del convenio, no había representado un abuso, y que tal observación, se desprendía del artículo 10(1) del acuerdo, el cual implícitamente incorpora el criterio del beneficiario efectivo, aunque no en forma explícita. Dada entonces esta disposición a la luz del acuerdo, solo dependía de la residencia del perceptor de los dividendos en Dinamarca.
2. Por otra parte, según el planteo de la Administración tributaria, el banco no podía ser el beneficiario efectivo de los dividendos, porque tenía la obligación de transferir la renta a sus destinatarios, en virtud de un contrato de Swap. Por lo tanto tenía poderes limitados, y se encontraba contractualmente obligado a transferir los ingresos, no pudiendo entonces disponer de éstos libremente, por lo cual correspondía la devolución de la retención accedida indebidamente.
3. En concordancia al artículo 10 del acuerdo tributario de doble imposición, no se preveía de forma explícita la referencia al beneficiario

El concepto de Beneficiario Efectivo, con énfasis en los Estados que tienen convenios firmados con Uruguay

efectivo, pues sólo refiere a “pagado” a “persona residente”. Y dado que existe en Suiza la devolución completa de la retención, es previsible que puede ser objeto de reclamos indebidos. De acuerdo entonces a la opinión doctrinaria mayoritaria, sería deseable que se incluyera una mención explícita sobre el concepto de beneficiario efectivo en la interpretación de los convenios de doble imposición firmados por Suiza.

4. Por otra parte, existe acuerdo además, en que los beneficios de los tratados no pueden ser concedidos a una persona, por ser meramente residente de uno de los estados contratantes, ya que al ser sólo un intermediario, o persona interpuesta no puede disponer por lo tanto de éstos libremente, pues, como señalaba la autoridad tributaria, está obligado a su transferencia. Así también la suprema corte, recuerda que “El término está diseñado para evaluar la intensidad de la relación entre un sujeto pasivo y un objeto sujeto a impuesto”
5. Por último considera además, la interdependencia económica existente entre la financiación y la adquisición de las acciones.

La Suprema Corte de Justicia en esta oportunidad, falla entendiendo que no existe el beneficiario efectivo de los dividendos distribuidos, en función de que los referidos ingresos fueron en su totalidad pasados a otros estados utilizando para ello la estrategia “trampolín”.

Adicionalmente, el tribunal supremo Suizo, aclara que en caso de que se concluya que no se está ante el beneficiario efectivo de los dividendos, no es necesario establecer quién es el beneficiario efectivo de dichos ingresos, sino que basta con establecer, que quien los reclama en calidad de tal no es el Beneficiario efectivo.

Asimismo, el tribunal destaca que en este caso, no corresponden consideraciones estrictamente legales, sino que se deben atender los indi-

El concepto de Beneficiario Efectivo, con énfasis en los Estados que tienen convenios firmados con Uruguay

cadoreos económicos no considerados en la anterior instancia judicial, no habiendo sido los hechos, por lo tanto examinados en su totalidad.

Finalmente, el fallo deja de lado lo establecido por el Tribunal Administrativo Federal, de fecha 7 de marzo 2012, dando por lo tanto la razón a la Administración tributaria.

V SA (Juzgado Tributario, Suiza, 65.86/2001)

En este caso, se analiza el pago de dividendos realizado por una sociedad residente en Suiza a una sociedad constituida en Luxemburgo.

La sociedad VSA es una empresa holding, constituida por dos sociedades del Reino Unido y con sede en Luxemburgo. VSA adquiere de un residente de los Estados Unidos, el 100% de las acciones de una empresa constituida en Suiza, habiéndose financiado la compra casi íntegramente por uno de los accionista de la sociedad holding.

Al momento del caso considerado entre Luxemburgo y Suiza, se encuentra vigente un convenio de doble imposición, en el cual se prevé que la tasa de retención es del 0% sobre los ingresos provenientes de dividendos, de acuerdo con el art. 10 de dicho tratado. A su vez, la tasa de retención en Suiza de acuerdo a la normativa interna, sin aplicación del convenio accede al 35%.

Cuando se procede a distribuir los dividendos, se efectúa la antedicha retención, por lo cual la sociedad holding solicita la devolución íntegra de la retención, efectuada al amparo del convenio de doble imposición vigente entre ambos Estados.

En el examen del caso, el tribunal establece, que de acuerdo a lo previsto en el convenio para acceder a la tasa cero de retención, es necesario

El concepto de Beneficiario Efectivo, con énfasis en los Estados que tienen convenios firmados con Uruguay

que se cumpla también, con el requisito de mantener un porcentaje mínimo de las acciones por un periodo de dos años previo a la distribución, hecho que no había ocurrido.

Otro aspecto que influyó en el fallo del tribunal, se vinculó a la solicitud de información cursada por las autoridades tributarias a la sociedad residente de Luxemburgo. De la información requerida, la sociedad aportó solo información parcial, lo cual a juicio del tribunal no permitía establecer si se encontraba o no ante el beneficiario efectivo de los dividendos, o si por el contrario, la sociedad de Luxemburgo estaba obligada a transferir los ingresos percibidos. Se estableció además, que los ingresos recibidos por concepto de dividendos, eran destinados casi en su totalidad a cubrir el pago de intereses, y que el único activo relevante de la sociedad era la participación en la sociedad suiza.

Si bien el concepto de beneficiario efectivo se encuentra incluido en pocos convenios de doble tributación¹¹⁰ firmados por Suiza (en este caso no se encontraba contemplado), del análisis realizado, el tribunal entendió que debe ser aplicado siguiendo así la posición Suiza, que considera dicho concepto subyacente en el ámbito de los CDI's. Consiguientemente se llega a la conclusión de que en el contexto del artículo, está implícito el significado del concepto de Beneficiario efectivo.

Así, el tribunal infiere que el beneficiario efectivo, es la persona que económicamente disfruta de los ingresos y tiene la disposición, además de no actuar como una sociedad conducto interpuesta entre el deudor y el receptor último.

En base a esto, concluye que no se encuentra ante el beneficiario efectivo de los dividendos, y que la motivación para la estructura adoptada por la sociedad residente de Luxemburgo, es obtener un beneficio fiscal

110 Louan Verdoner, René Offermanns, Steef Huibregtse, "A Cross-Country Perspective on Beneficial Ownership". Published in European Taxation 10/2010.

El concepto de Beneficiario Efectivo, con énfasis en los Estados que tienen convenios firmados con Uruguay

contrario a los fines y objetivos del tratado, aún cuando no se probó que existiera una obligación de redistribuir los dividendos.

En ambos casos como vemos, tanto las autoridades tributarias de Suiza, como los tribunales actuantes, adoptaron respecto del concepto de beneficiario efectivo, de acuerdo con la política tributaria Suiza, un enfoque económico. Apoyándose en el tratamiento del concepto en la interpretación de que aún cuando el término no se encuentre explícitamente contemplado en los acuerdos firmados por este país, aún así el término es aplicable, y que el mismo debe ser aplicado atendiendo los fines y objetivos del convenio. No se consideran como beneficiario efectivo entonces, a quienes actúen en calidad de agentes mandatarios, representantes o fiduciarios, como así tampoco a las sociedades conducto, o la interposición de sociedades, descartándose como tal también, el uso de estructuras que tenga como único propósito el acceder a los beneficios de tratado. Esta última afirmación habilita un tratamiento similar al dado por España al concepto de beneficiario efectivo, aspecto que lo asimila a la normativa interna contra fraude a la ley fiscal.

Pero como observan Louan Verdoner y otros, en el segundo caso además, el tribunal se apoyó también en las disposiciones sobre sociedad Matriz-Filial, la cual habilita a la aplicación de la normativa interna anti-abuso, que permite denegar el reintegro de las retenciones efectuadas, cuando la devolución contribuya a la evasión fiscal.

Dado que Uruguay y Suiza tienen actualmente vigente un convenio de doble imposición, y que el mismo en los art. 10 11 y 12 regula el tratamiento de las rentas pasivas y la atribución de la potestad tributaria entre ambos estados, se consideró pertinente su consideración.

Así, en lo que respecta a dividendos, el acuerdo establece la potestad compartida en caso de estar ante el beneficiario efectivo, con tope máximo del 5% de retención sobre ingresos brutos cuando el beneficiario efectivo

El concepto de Beneficiario Efectivo, con énfasis en los Estados que tienen convenios firmados con Uruguay

sea una sociedad que posea al menos 25 por ciento del capital de la sociedad que paga los dividendos, (excepto si se está ante sociedades de personas); para los restantes casos se prevé una retención del 15 por ciento del importe bruto de los dividendos. Siguiendo los lineamientos del modelo OCDE, excluye la retención sobre el pago de dividendos en aplicación de este artículo en los casos de establecimiento permanente.

Para el caso de los intereses y regalías sigue el mismo procedimiento de potestad compartida, aplicando una imposición máxima del 10% de los ingresos brutos provenientes de las mencionadas rentas en ambos casos. Al igual que ocurría con los dividendos, se excluye aquellos que provienen de la actividad desarrollada por establecimientos permanentes, los cuales tendrán un tratamiento distinto. Asimismo, para ambos tipos de rentas se prevé, que encaso de que existan entre deudor y beneficiario efectivo relaciones especiales que hagan que los importes pactados sean mayores a los que se hubiere pactado con terceros independientes, en estos casos el importe en exceso podrá ser sometido a imposición con arreglo a la normativa interna de cada estado, contemplando las disposiciones del presente convenio. Por otra parte, en el artículo 23 se prevé el mecanismo a aplicar por ambos estados para eliminar la doble tributación. Así para el caso de las rentas procedentes de los art. 10 a 12, Suiza permitirá previa solicitud la desgravación, la cual podrá consistir en: 1) la deducción el impuesto a la renta tributado en Uruguay, no pudiendo exceder el impuesto suizo; 2) la reducción única en el impuesto suizo, ó 3) una exoneración parcial, de al menos el impuesto exigido en Uruguay.

Por último, en el protocolo de dicho convenio se prevé una adición al art. 12, que reserva la potestad tributaria al estado de la residencia del beneficiario efectivo, si Suiza por su normativa interna no aplica a no residentes impuesto en la fuente por las regalías pagadas.

El concepto de Beneficiario Efectivo, con énfasis en los Estados que tienen convenios firmados con Uruguay

Salvo estas disposiciones, el presente acuerdo de doble imposición no prevé otras medidas que limiten la aplicación de los beneficios del convenio vinculados al concepto de beneficiario efectivo, como sí ocurre en el reciente acuerdo de doble imposición firmado con Chile.

En síntesis, para considerar las posibles posiciones de ambos estados ante un conflicto derivado de la aplicación de los mencionados artículos, que conlleve el concepto de beneficiario efectivo, será necesario entonces, recurrir a los antecedentes jurisprudenciales y posiciones doctrinarias.

A modo de resumen entonces, de acuerdo a los casos antes citados, nos encontramos que en la práctica, el término de beneficiario efectivo, no se encuentra contenido dentro de la mayoría de los acuerdos de doble imposición firmados por Suiza. Pese a esto, se ha adoptado el criterio que su consideración se encuentra implícita, y nada obsta que se recurra al mismo para el análisis de su correspondencia. No es el caso en el actual convenio con Uruguay, como vemos, que sí en se lo contempla en forma explícita.

En cuanto a definición del término en cuestión, la administración tributaria Suiza, considera que los agentes, mandatarios y fiduciarios no son vistos como beneficiarios efectivos, y así lo ha sostenido reiteradamente. En el caso de Uruguay, mientras tanto, la doctrina, siguiendo los lineamientos del Modelo OCDE, ha recogido la misma consideración, aunque, no exista una manifestación explícita de la Dirección General impositiva al respecto. Entretanto en los tribunales suizos, se recurren a una interpretación económica del concepto, como la persona que económicamente disfruta de los ingresos y dispone de éstos.

Como veíamos en capítulos anteriores, no existen en Uruguay jurisprudencia al respecto, que permita conocer tanto la posición de la Administración como de los tribunales.

Por otra parte, Suiza considera el concepto de beneficiario efectivo como una medida anti-abuso, y realiza una interpretación del mismo ampa-

El concepto de Beneficiario Efectivo, con énfasis en los Estados que tienen convenios firmados con Uruguay

rada en la sustancia sobre formas, dándole el alcance del fraude a la ley. Asimismo considera que el análisis del concepto habilita la aplicación de la normativa interna, como una medida válida para enfrentar situaciones de evasión.

Respecto a este punto en nuestro país, nos encontramos como ya reiteramos, con posiciones doctrinarias divididas, en lo que respecta a la aplicación de la normativa interna. Por un lado, algunos autores destacaban la posibilidad de la aplicación de la normativa interna, cuyo fundamento se basa en el entendido de que en el caso de los convenios, estamos en primera instancia, ante la necesidad de establecer si se ha producido o no el hecho que genera la obligación tributaria, de acuerdo a la normativa interna que regula el hecho generador. Para ello es necesaria la aplicación integral de la normativa interna, como señalaban Guillermo Nieves y otros en "*EL ABUSO DE CONVENIOS: Modalidades y formas de evitarlo desde la perspectiva uruguaya*". Tal abordaje doctrinario habilitaría la aplicación del artículo 6 del CTU, y permitiría, de acuerdo con el enfoque de dichos autores, no solo su aplicación en los casos en que exista discordancia entre forma y sustancia, sino también a los casos en que forma y sustancia coincidan, cuando el negocio haya sido usado en fraude a la ley.

No sería aventurado pensar que la Administración tributaria nacional, optaría también por adherir a este esquema y aplicar el artículo 6 del CTU, en sus dos acepciones mencionadas, tomando en consideración la postura de su contraparte Suiza, en cuanto entiende que el concepto en cuestión, habilita la aplicación de la normativa interna.

Por otra parte, corresponde dejar en claro, como mencionamos en el capítulo anterior, reiteradamente al presentar esta serie de casos, que las autoridades tributarias de nuestro país no se han expedido al respecto, y que no existe tampoco jurisprudencia vinculada a convenios de doble tributación vinculados al concepto. La Administración, en casos ocurridos en el

El concepto de Beneficiario Efectivo, con énfasis en los Estados que tienen convenios firmados con Uruguay

ámbito interno ha aplicado el artículo 6 de CTU con esta doble acepción. Pero a su vez existe al menos un antecedente en la ámbito interno, en la sentencia N° 256 del TCA, en la cual este órgano se ha pronunciado en este sentido dando la razón a la Administración en su aplicación.

Otra parte de la doctrina, en cambio, entiende no es aplicable la normativa interna, y por lo tanto el uso de la misma sería contraria a los fines del convenio, en tanto se considera que el art. 6 del Código Tributario no es aplicable por no ser una norma general anti-abuso.

El concepto de Beneficiario Efectivo, con énfasis en los Estados que tienen convenios firmados con Uruguay

CAPÍTULO 5 – RESUMÉN Y CONCLUSIONES

A lo largo del trabajo, propusimos la revisión y observación de diferentes elementos que constituye la construcción de una mirada respecto del concepto de beneficiario Efectivo. Con la intención de cotejar el concepto desde la perspectiva de Uruguay. Conciliando en este recorrido dos grandes puntos de apoyo; uno de carácter recopilatorio documental; el otro de carácter comparado.

A estos efectos, fue necesario establecer un diálogo entre la selección de registros históricos, corrientes doctrinarias y jurisprudencia, contemplando no solo países con los que Uruguay tiene convenios de doble imposición vigentes, sino también algunos otros, que aún sin contar con CDI's que regulen aspectos tributarios, nos unen lazos comerciales profundos, en otro, tuvimos en aprecio distintas posturas jurisprudenciales y normativas, que nos permitiera establecer cuál o cuáles son las herramientas normativas, a la cuales podría recurrir nuestro país, en el devenir de los convenios internacionales de doble imposición.

En este transcurso, a través de una mirada diacrónica, en el capítulo 2, se aborda las características y condiciones de inicio, puesta en marcha y sucesivas transformaciones del concepto desde su introducción y posteriores desarrollos en el modelo de convenios OCDE, hasta llegar a la última modificación realizada al MC OCDE en julio de 2014. El título de la primera sección del capítulo “origen y dificultades”, alude a estos aspectos que se derivan de la ausencia de definición autónoma del concepto en el ámbito internacional.

A la vez que, tímidamente el Modelo, ensaya lo que podemos considerar una definición del concepto de Beneficiario Efectivo en los comentarios de los arts. 10, 11 y 12, como ya mencionáramos. Lo cual lejos de zanjar las diferencias en torno al término, las mantiene.

El concepto de Beneficiario Efectivo, con énfasis en los Estados que tienen convenios firmados con Uruguay

Por otra parte, partiendo de la base de que estamos ante acuerdos diplomáticos, la falta de consenso para su definición e interpretación puede atribuirse en algunos casos, a la necesidad de los estados partes de no resignar su potestad tributaria; a la coexistencia de distintos regímenes legales; a dificultades idiomáticas, entre otras. No obstante lo expuesto, no es posible negar los esfuerzos de los Estados, Administraciones y representantes de la doctrina, por aproximarse a una comprensión sobre el término.

En cuanto a la interpretación de los términos no definidos en los tratados de doble imposición, en los capítulos 2 y 3, veíamos que resultan aplicables las disposiciones de la Convención de Viena, pautada en los artículos 31, 32 y 33; al ser los CDI's acuerdos internacionales. La interpretación de éste y otros conceptos no definidos, se encuentra circunscripta entonces, a dichos artículos donde el énfasis a la interpretación se sitúa en el texto, manifestación escrita de las intenciones de las partes, vinculada al objeto y fines del tratado, y recurriendo al “contexto” en subsidio para dicha interpretación.

Mientras que el art. 3.2 Modelo OCDE, remite al “contexto” para la búsqueda del significado de los términos no definidos, y en última instancia, a la aplicación de la normativa interna del Estado que lo está aplicando.

La referencia al “contexto” de acuerdo al criterio del art. 3.2 del Modelo, deja de ser una excepción, para adquirir protagonismo. Donde la intención o presunta intención de las partes en la firma de los convenios, pasa a ser relevante como intención previa. El significado del contexto entonces, es más amplio al contenido en la Convención de Viena, como señala Alberto Tarsitano, *“ya que comprende toda interpretación posible del CDI's y, también, que el reenvío no se limita a la interpretación de un término o sentido de una expresión según la ley local, sino que es posible adoptar las tesis sobre el alcance de las normas, por ejemplo, la creada sobre la cláusula gene-*

El concepto de Beneficiario Efectivo, con énfasis en los Estados que tienen convenios firmados con Uruguay

ral anti-abuso^{111 112}. Por lo cual, puede ser necesario armonizar ambas posturas, considerando los efectos de una interpretación del término, en relación a la mención de las intenciones de las partes y la referencia a los fines y objetivos de la firma del acuerdo, incluidas en el modelo OCDE.

A su vez, como sugería Guillermo Nieves, la solución tal vez se encuentre vinculada a la incorporación en los CDI's de definiciones “*de todos los conceptos recogidos en las estipulaciones del convenio, lo que eliminaría, en la mayoría de las ocasiones los problemas de calificación*”¹¹³.

Por otro lado, en cuanto a la validez de los comentarios y la interpretación estática o dinámica de ellos, si bien los comentarios no tienen carácter normativo, no es posible desconocer su importancia como fuente de discusión doctrinaria, análisis y guía de actuación para los distintos actores, y si bien la constante actualización, no solo es deseable, sino también enriquecedora, no obstante, trae también aparejados problemas no menores, en cuanto a certezas se refiere. Siendo este, un aspecto muy relevante en el tratamiento del concepto de *beneficiario efectivo*; dada la regularidad y frecuencia con la cual el modelo y sus comentarios son revisados y modificados.

Sin ir más lejos, en las modificaciones introducidas en la versión de 2014 al modelo y sus comentarios en los artículos 10, 11 y 12, observamos que se introduce la referencia a “hechos o circunstancias”, en relación a la existencia de una obligación de transferir los ingresos percibidos, que permitan inferir que no nos encontramos ante el “beneficiario efectivo”. La amplitud de ésta expresión, junto a la referencia de poderes limitados, y a la men-

111 Alberto Tarsitano, “Tratado de Derecho Internacional Tributario” Tomo I, pág. 356

112 En el mismo sentido se expresa, Alberto Xavier. “Derecho Tributario Internacional”, Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma S.R.L., agosto 2005. Pág 141.

113 Guillermo Nieves, “Interpretación de los Convenios para evitar la Doble Imposición”. Jornadas Tributarias 2009, Montevideo, 9 de diciembre 2009.

El concepto de Beneficiario Efectivo, con énfasis en los Estados que tienen convenios firmados con Uruguay

ción de los fines y objetivos del tratado, permitirían denegar el acceso a los beneficios derivados de los convenios.

Otra modificación importante, fue la introducida en los comentarios al art. 12, que establece, que aún cuando el perceptor de las regalías sea el beneficiario efectivo, el estado de la fuente podrá denegar los beneficios del convenio, en los casos de abuso¹¹⁴. Recurriendo a disposiciones específicas anti-abuso, contenidas en los tratados, reglas generales anti-abuso, principio de substancia sobre forma o de substancia económica.

Otro aspecto relevante a señalar, desarrollado en distintas secciones del trabajo (capítulo 2 y 3), es el vinculado a la responsabilidad del agente de retención.

Al respecto, mencionamos los riesgos que implica para el agente de retención, la aplicación de las tasas reducidas previstas, en relación a las rentas de los arts. 10, 11 y 12. En una eventual actuación inspectiva, la Administración tributaria podría exigir del agente de retención, la parte no retenida del impuesto de acuerdo a la normativa interna, además de las sanciones, como sucedió en el caso Real Madrid.

En nuestro país, similar cuestionamiento, expresaba parte de la doctrina, en relación a la necesidad de certezas para el agente de retención. El decreto 323 y la resolución 2456 parecen haber dado solución a este cuestionamiento, siendo suficiente la obtención del certificado de residencia emitido por la autoridad competente.

Por otra parte, el modelo OCDE¹¹⁵ utilizaba el término como una medida contra el treaty shopping, pero en otros informes emitidos por este or-

¹¹⁴Argumente éste manejo en su momento por Argentina, en la sentencia de Molinos Rio de la Plata.

¹¹⁵Apartado 4.4 comentarios al párrafo 1 del art. 12 "(...) Whilst the concept of "beneficial owner" deals with some forms of tax avoidance (i.e. Those involving the interposition of a recipient who is obliged to pass on the royalties to someone else), it does not deal with other cases of treaty shopping and must not, therefore, be considered as restricting in any way the application of other approaches to addressing such cases".

El concepto de Beneficiario Efectivo, con énfasis en los Estados que tienen convenios firmados con Uruguay

ganismo, le dan un alcance más amplio como medida anti-abuso genérica. Lo cual ha sido usado por parte de algunas administraciones tributarias, jurisprudencia e incluso doctrina, para considerar al concepto como una cláusula anti-abuso amplia que posibilita la aplicación de la normativa interna anti-abuso¹¹⁶. Por otra parte, el modelo OCDE, al igual que el plan de acción BEPS, parece reconocerle un alcance limitado y una eficacia restringida o casi nula, al considerar necesario y aconsejable incorporar en los tratados cláusulas anti-abuso específicas, como así también, la utilización de cláusula LOB, donde se establecen requisitos mínimos (que incluyen tanto aspectos subjetivos como objetivos), que deben cumplir las personas, para acceder a los beneficios de los tratados de doble imposición.

En relación a la aplicación de la normativa interna, veíamos que el modelo de convenios OCDE, en principio no considera que exista conflicto, entre la misma y las disposiciones contenidas en los tratados. En base a lo cual, los estados partes potencialmente estarían en condiciones de recurrir a la aplicación a su normativa interna, para evitar el abuso de los convenios de doble imposición.

Así quedó de manifiesto en el capítulo 4, en las posiciones adoptadas por los distintos países, tanto en lo que hace a su política tributaria ante el concepto de beneficiario efectivo, como así también, la posición de la jurisprudencia y las administraciones tributarias.

A modo de resumen de la jurisprudencia considerada, se pueden señalar los siguientes puntos:

1. Veíamos en la posición de española, en el tratamiento del concepto de Beneficiario Efectivo, que tanto la administración, como el tribunal, cerraban filas entorno a una concepción del término, apoyada en una interpretación económica y asimilado al fraude a la ley fiscal, lo cual admitía la aplicación de la normativa interna anti-abuso, más específicamente la vincu-

¹¹⁶Como ocurre en el caso de España, donde se asimila el concepto al fraude a la ley recogida en su normativa interna.

El concepto de Beneficiario Efectivo, con énfasis en los Estados que tienen convenios firmados con Uruguay

lada al artículo de 15 de “Conflicto en la aplicación de la norma tributaria”, aunque solo dirigido a determinar si se estaba o no, en presencia del beneficiario efectivo de los rendimientos, pero no admitiendo la aplicación de dicho artículo, en lo que hace al tramitación especial prevista en el mismo. En esta misma línea de pensamiento recogimos la opinión de Vega Borrego, y de Palomero.

2. En el Caso del Royal Bank of Scotland, observamos, que el Conseil d'Etat, aplicó el criterio de sustancia sobre forma en el análisis realizado, asimilando el concepto de Beneficiario Efectivo, como menciona Adolfo Martín Jiménez, a una cláusula anti-treaty shopping. Recurriendo a la aplicación de la normativa interna, para determinar si se estaba o no, ante una planificación o evasión fiscal. Como consecuencia de esta valoración, el Tribunal determinó que se debía recalificar la renta, y que el beneficiario efectivo era la sociedad estado unidense.

Adicionalmente, la política tributaria francesa, ha recurrido a la incorporación en su normativa interna, de disposiciones que contienen el concepto de beneficiario efectivo, así, en el Boletín Oficial de impuestos N° 110 en el párrafo 34, incluyó una definición de sobre el término, recogiendo los lineamientos OCDE, a la vez que establece una serie de condiciones que debe cumplir el beneficiario efectivo, para recurrir a la obtención de los beneficios.

3. En el caso Royal Dutch Shell, quedó en claro la posición de Holanda, donde por un lado para las autoridades tributarias, el beneficiario efectivo es la persona que cuenta con el disfrute pleno de ingresos y para la determinación del mismo, se recurre en forma conjunta a la aplicación de los criterios económico y legal. Mientras que para la corte, el beneficiario efectivo es la persona que está libremente habilitada para disponer del capital, activos o ingresos y que no actúa como agente, ni está sujeto a obligación contractual o legal de transferir los ingresos. Y distingue aquí, el caso en el cual

El concepto de Beneficiario Efectivo, con énfasis en los Estados que tienen convenios firmados con Uruguay

la obligación de transferir surgía de la calidad de deudor, en el cual la calidad de beneficiario efectivo se mantiene.

4. De ambos casos suizos, resaltamos el carácter subyacente, que la posición Suiza otorga al concepto de Beneficiario Efectivo, en el ámbito de los CDI's. Destacábamos también, que para el tribunal, el beneficiario efectivo es la persona que económicamente disfruta de los ingresos y tiene la disposición, además de no actuar como una sociedad conducto interpuesta entre el deudor y el receptor. Adicionalmente, tanto las Autoridades tributarias suizas, como los tribunales actuantes en ambos casos, adoptaron un enfoque económico del concepto de Beneficiario Efectivo, similar al tratamiento dado por España, y que habilita a la aplicación de la normativa interna anti-abuso.

5. En el caso Prévost, quedó en evidencia el tratamiento dado por Canadá, entorno al concepto de Beneficiario Efectivo, veíamos, que el tribunal canadiense, realiza un análisis exhaustivo del término, cotejando para ellos uso del término en la versión inglesa, francesa y holandesa de convenios. Y tras reconocer a nivel internacional, la falta una definición del concepto en el ámbito de los CDI's, desarrolla una definición del concepto, donde las características fundamentales son: 1) la posesión, 2) el uso y disfrute, 3) el control sobre los ingresos y por último, 4) el riesgo. Otro aspecto importante a destacar es que en la interpretación del concepto, Canadá dejó de lado la interpretación económica del término, como así también el análisis subjetivo de las intenciones de las partes. Concentrándose, en el tratamiento otorgado en el estado de la residencia a las rentas obtenidas.

6. En el caso de India, a nivel de política tributaria y jurisprudencial, se hizo prevalecer los intereses inversores, y los beneficios derivados éstos, por encima de intereses fiscales. El tribunal, en el caso de Azadi Bachao Andolan, consideró inclusive que el treaty shopping, es uno más de los elementos a considerar como parte de las oportunidades de los países en el desa-

El concepto de Beneficiario Efectivo, con énfasis en los Estados que tienen convenios firmados con Uruguay

rollo para atraer inversiones. Asimismo, en ambos casos presentados, los tribunales consideraron aplicable la Circular N° 789, aún cuando la misma, fuera emitida en consideración al acuerdo tributario Indo-Mauricio. Dicha circular, considera prueba suficiente de la condición de residente y beneficiario efectivo, el certificado de residencia emitido por las autoridades tributarias de otro Estado. Además el contenido de la misma, se hizo extensible a los restantes tratados suscriptos por India.

7. En el caso argentino, tanto la administración como el tribunal actuante, realizan una interpretación económica del concepto de Beneficiario efectivo, al tiempo que recurre a la posición Española y Suiza sobre el mismo. Por lo cual, consideran que el concepto de beneficiario efectivo es subyacente a los CDI's, aún cuando un tratado no contenga el término y al ser una cláusula anti-abuso, consideran aplicable el enfoque de sustancia económica, contenido en la normativa interna. Otro aspecto importante a considerar, se halla, en que Argentina considera, que aún estando ante el beneficiario efectivo de las rentas, si se supone que ha existido abuso, no hay por que otorgar los beneficios derivados del acuerdo. Esta posición sostenida por Argentina, en la sentencia Molinos Rio de la Plata, en el año 2013, se encuentra actualmente recogida en los comentarios al modelo OCDE modificado en 2014. Asimismo el tribunal argentino, entendió que si una renta no está sujeta a imposición, en virtud que el estado que poseía la potestad tributaria sobre ella decidió no gravarla, el otro estado no tiene por que concederle los beneficios del convenio, por cuanto no existe doble imposición.

8. En lo que hace al tratamiento del Concepto de Beneficiario Efectivo en Brasil, mencionamos que dicho país, introdujo en el artículo 26 de la Ley 12.249 de 2010 y en la Instrucción RBF 1.154, una definición de beneficiario efectivo, como *“una persona física o jurídica, no constituida con el solo o principal objetivo de obtener una economía fiscal, que obtiene ingresos en*

El concepto de Beneficiario Efectivo, con énfasis en los Estados que tienen convenios firmados con Uruguay

nombre propio no en calidad de agente, fiduciario o mandatario de un tercero”.

Adicionalmente, vimos que la definición se había incorporado en la sección “*deducciones de pagos realizados por un residente a un país con régimen tributario preferencial*”. Por lo cual surgía la inquietud, en cuanto a si su aplicación quedaba limitada a este ámbito. Así también, la instrucción prevé condiciones que se deberán constatar para acceder a los beneficios, entre los cuales se hace referencia, a la capacidad operativa de la persona del exterior para realizar la operativa, pero no establece como se deberá proceder para demostrar la misma.

Respecto de la postura de Brasil en los casos, veíamos, que no era exigido el certificado de residencia en el otro Estado, ni tampoco se exigió que la persona, estuviera sometida a tributación en el otro Estado, a diferencia de lo que veíamos en el caso argentino. Además el tribunal actuante, no consideró concepto de Beneficiario Efectivo como subyacente en el ámbito del CDI's, a diferencia de la postura Suiza y Argentina.

9. Chile en su ordenamiento interno, no cuenta con una definición del concepto de beneficiario efectivo, pero en la circular N° 57 de 2009, introdujo una recopilación de los lineamientos OCDE, a seguir entorno al término. A la vez que, introduce consideraciones a contemplar para determinar si se está ante sociedades instrumentales, considerando como parámetros: la existencia de obligación legal o contractual del traspaso de ingresos; la disponibilidad de un lugar físico para el desarrollo de las actividades; la existencia de activos en el Estado de constitución; los riesgos asumidos y la capacidad funcional para el desarrollo de las actividades.

Por otra parte, veíamos que los acuerdos internacionales en este país, en base a una interpretación realizada de su normativa interna, se entiende que éstos, tienen rango superior a la ley.

El concepto de Beneficiario Efectivo, con énfasis en los Estados que tienen convenios firmados con Uruguay

Vimos así también, que Chile en 2014, aprobó una reforma tributaria, y dentro de las modificaciones introducidas por la Ley 20780 en su artículo 10, incorporó al Código Tributario, una serie de artículos referidos a: la prescindencia de las formas jurídicas, la buena fe, la existencia de abuso o simulación, y calificación de hechos actos y negocios jurídicos o conjunto de ellos; a través de la cual, habilita el uso del principio de sustancia sobre forma.

10. Veámos que en Uruguay, los acuerdos internacionales, tiene igual rango que la ley.

Por su parte, nuestro país, no cuenta en la normativa interna con definiciones sobre el concepto de Beneficiario Efectivo. A la vez que la mayoría de la doctrina nacional, considera necesaria una definición e interpretación autónoma internacional de concepto. Si bien Uruguay en sus convenios de doble imposición, sigue en líneas generales el modelo OCDE, no ha introducido en su ordenamiento jurídico, disposiciones sobre el concepto, lo que hace a requisitos a cumplir por las entidades en calidad de beneficiarios efectivos, como si ocurría en otros países.

Asimismo, para parte de la doctrina nacional, el concepto es considerado una norma anti-abuso, mientras que para otros es una norma de atribución. En cualquier caso, su alcance como medida anti-abuso es muy limitado, de ahí la necesidad de acompañarlo con disposiciones específicas o cláusulas LOB.

Por otro lado, en cuanto a la aplicación de la normativa interna, ante un eventual caso que contemple el término de beneficiario efectivo. Las interrogantes surgidas se centran, en si el artículo 6 del Código Tributario, es una norma anti-abuso de tipo genérica o no, y en si es aplicable a los convenios de doble imposición. Sobre este punto resaltábamos que la doctrina se encuentra dividida. Por otra parte, vinculado también a dicho artículo, surgía el cuestionamiento de si éste comprende, no solo aquellas situaciones donde forma y sustancia no coinciden, sino también, los casos en los que existe

El concepto de Beneficiario Efectivo, con énfasis en los Estados que tienen convenios firmados con Uruguay

fraude a ley tributaria. Parte de la doctrina ha señalado que contempla ambas hipótesis, aunque otros autores solo refiere a la primera de ellas.

A este respecto la administración, en el ámbito interno, ha entendido que abarca ambas situaciones, y así ha quedado de manifiesto en la sentencia 256 del TCA. En la cual, el mencionado tribunal, asistió la razón a la administración.

Conclusiones

1. Aún hoy, pese al tiempo transcurrido desde la introducción del concepto de beneficiario efectivo, no se ha llegado a un consenso en el significado del término, que permita su adopción a nivel internacional de manera uniforme. Aunque, en forma tímida el modelo OCDE entre las modificaciones introducidas en 2014, en los comentarios a los art. 10, 11 y 12 parece haber adoptado una definición del término.

2. Asimismo se aprecia en forma cada vez más frecuente, la introducción en la normativa interna de los países, de alguna definición sobre el término, o la recopilación de los lineamientos OCDE, ya sea en forma de resolución, o la adopción de disposiciones que aún sin definir el concepto, establecen parámetros para determinar si estamos o no ante el beneficiario efectivo de los rendimientos.

3. En Uruguay, no existe una definición sobre el término, ni se han establecido parámetros, que deberá cumplir el beneficiario efectivo para acceder a los beneficios de los convenios. Salvo, el establecido en el decreto 323 y la resolución 2456, ambos de 2012, que para acceder a las tasas reducidas de retención, determinan que basta el certificado de residencia en el otro Estado, emitido por la autoridad competente.

4. Si bien la introducción del concepto en el modelo OCDE, estuvo vinculada a una cláusula de tipo anti-abuso, tras las sucesivas modificacio-

El concepto de Beneficiario Efectivo, con énfasis en los Estados que tienen convenios firmados con Uruguay

nes realizadas al modelo, a causa de su transformación ha prevalecido un carácter de cláusula de atribución. Pese a esto, el tratamiento dado por muchos estados, es la de una norma anti-abuso, y en algunos casos considerada como capaz de combatir cualquier clase de abuso. No obstante lo cual, tanto algunos sectores de la doctrina, como el propio modelo OCDE, le reconocen un alcance y eficacia limitada, recomendando la inclusión en los tratados de cláusulas LOB, que cubran tanto aspectos objetivos como subjetivos.

5. Como observábamos, para parte de la doctrina nacional, tiene un alcance limitado como norma anti-abuso, y consideran siguiendo los lineamientos del modelo la necesidad de incluir cláusulas específicas y cláusulas LOB.

6. Se observa además, que el modelo OCDE, comienza a incorporar sugerencias de otros instrumentos. E introduce modificaciones cada vez más frecuentes, tanto al modelo como a sus comentarios, lo cual produce incertidumbre.

7. Por otra parte, veíamos como los lineamientos sugeridos por el Plan de Acción BEPS, tienen efectos en el modelo de convenios, a través de recomendaciones para la inclusión de cláusulas LOB en los tratados. En busca de una consideración más integral de los convenios y la normativa interna. Dependiendo de las características que adopten este tipo de cláusulas, y unido un posible acatamiento por el conjunto de estados intervinientes, puede llegar a afectar la vigencia de concepto de beneficiario efectivo.

8. Asimismo en Uruguay, a consecuencia de necesidades de sus contrapartes en la firma de convenios de doble imposición, se ha incrementado la cantidad de acuerdos vigentes que incluyen cláusulas LOB.

9. Dentro de los criterios recogidos por el modelo, tendientes a denegar los beneficios previstos en éstos artículos de los convenios, vinculados al concepto de beneficiario efectivo, se hace mención a poderes limitados de disposición; hechos o circunstancias; objetivos y fines de los conve-

El concepto de Beneficiario Efectivo, con énfasis en los Estados que tienen convenios firmados con Uruguay

nios (contemplando la elusión, evasión y doble no imposición). Se hace referencia además a las intenciones de las partes, de obtener un beneficio derivado de las reducciones tributarias previstas en los acuerdos, como así también de posibles abusos.

10. El modelo en ésta línea de combate a la elusión y evasión, en los comentarios al artículo 1, insta a la inclusión de cláusulas anti-abuso en los convenios, y al uso de la normativa interna general anti-abuso.

11. Asimismo, se aprecia una fuerte tendencia a introducir en la normativa interna de los estados, criterios de análisis de sustancia sobre forma. Y vinculado a esto, a realizar una de interpretar el término en función de la sustancia económica, como así también, a la aplicación de test de cumplimiento. A la vez que algunos estados, vinculan el concepto a una cláusula anti-abuso, que habilita la aplicación de la normativa interna.

12. En nuestro país no se han dado casos que involucren el concepto de beneficiario efectivo, por lo cual no es posible determinar con certeza, cuál sería la posición de la Administración en cuanto a la aplicación del artículo 6 del Código Tributario, como tampoco cuál sería la posición de los tribunales al respecto. A los sumo, se podría conjeturar que la Administración recurriría a la aplicación de dicho artículo, tanto en la hipótesis de fraude a la ley, como en la inconsistencia entre forma y sustancia, en correspondencia a lo ocurrido en casos planteados en el ámbito nacional. En cuanto a la posición de los tribunales, en línea con el antecedente de la sentencia 256 mencionada, puede que estos den la razón a la Administración en la aplicación de ambas hipótesis.

El concepto de Beneficiario Efectivo, con énfasis en los Estados que tienen convenios firmados con Uruguay

CAPÍTULO 6 – BIBLIOGRAFIA

Abadi, Félix, “*Ahorro, Elusión y Evasión tributaria*”. Rueda Pereira y Abadi.

Acosta, Natalia; Bruzzone, Leonardo; Nieves, Guillermo; “*El abuso de convenios: Modalidades y forma de evitarlo desde la perspectiva uruguaya*”. http://www.ccea.org.uy/ccea_nws04/docs/El+abuso+de+convenios+Modalidades+y+forma+de+evitarlo+desde+la+perspectiva+uruguaya+-+Natalia+Acosta%252C+Leonardo+Bruzzone+y+Guillermo+Nieves+%E2%80%93+DGI.pdf

Aisenberg, Conferencia sobre Convenios para evitar la doble imposición Uruguay-Chile, Uruguay-Emiratos Árabes, Montevideo 2016.

Arias, Pedro; Sada Mónica, IFACAHIER 2010, Volumen 1, Branch Reporters, IFACAHIER 2010, Volumen 1, México

Avery Jones, John F. y Otros, “*The Origins of Concepts and Expressions Used in the OECD Model and their Adoption by States*”. *BULLETIN – TAX TREATY MONITOR*, JUNE 2006.

Baker, Philip, “*Beneficial Ownership: After Indofood*”. *GITC Review*, 6/1, 15-28., February 2007.

Baker, Philip, The Meaning of “*Beneficial Ownership*” as Applied to Dividends under the OECD Model Tax Convention”. Chapter 6.

Barros Carvalho, Paulo, “Entre la forma y el contenido: crítica a la interpretación económica de los hechos jurídicos”. *Revista de Derecho*. Segunda época. Año 9. N° 9 (julio 2014), 81-108 – ISSN 1510-3714.

Biewer, Sandra; Höfer, Birgit; Branch Reporters, IFACAHIER 2010, Volumen 1, Luxemburgo.

Bonet, Juan “*El concepto de Beneficiario efectivo desde una perspectiva latinoamericana*” en *Revista tributaria* N° 251 Marzo- Abril 2016, Págs 173 -232.

El concepto de Beneficiario Efectivo, con énfasis en los Estados que tienen convenios firmados con Uruguay

Bordolli, José Carlos, “*Principio de la realidad y la jurisprudencia del Tribunal de los Contencioso Administrativo*”, Revista Tributaria N° 118, Págs. 15 -37.

Bordolli, José Carlos, “*Soluciones del derecho uruguayo comparadas con las tendencias actuales en el ámbito internacional; Ley anti elusiva en el derecho nacional y comparado*” Revista tributaria 181, pág. 572.

Bourgeois, Marc; Traversa, Edoardo; Branch Reporters, IFACAHIER 2010, Volumen 1, Belgium.

Brotóns, Antonio y otros, “Derecho Internacional”, Tirant lo Blanch, Valencia 2006.

Ceballos Morales, Aída “*El concepto de beneficiario efectivo y su jurisprudencia*” Agencia Estatal de Administración Tributaria.

Díaz, Malena, Rabuffetti, Natalia y Zitto, Carolina, “*BENFICIARIO EFECTIVO EN LOS CONVENIOS PARA EVITAR LA DOBLE IMPOSICIÓN: DELIMITACIÓN DEL ALCANCE DEL TÉRMINO*”. Tesis de Máster en Derecho y Técnica Tributaria, Universidad de Montevideo, Montevideo, 15 de junio de 2016.

Du Toit, C . 1999 “Beneficial Ownership of Royalties in Bilateral Tax Treaties. Ámsterdam: IBFD.

Du Toit, C. 2010 “*The Evolution of the Term 'Beneficial Ownership' in Relation to international Taxation over the Past 45 Years*” Bulletin for International Taxation, 64/10, 500-509.

Faget Prati, Alberto, *El “Disregard of legal entity” en el Derecho Tributario*, Revista Tributarias XX., N° 116 Setiembre - Octubre 1993 Pág.369 - 394.

Faget Prati, Alberto, “*La Forma Jurídica Inadecuada y el Fraude a la Ley Fiscal*”, Revista del Instituto Uruguayo de Estudios Tributarios. Tomo VIII, N° 42 Mayo-Junio 1981 Pág.181-239.

El concepto de Beneficiario Efectivo, con énfasis en los Estados que tienen convenios firmados con Uruguay

Faget Prati, Alberto, "Interpretación y calificación en materia tributaria. Las formas jurídicas inadecuadas y el fraude a la ley fiscal." Revista del Instituto Uruguayo de Estudios Tributarios. Nº 181 Pág. 431 - 440.

Fraschini, Juan Ignacio y Aisenberg, Luis "El Concepto de Beneficiario Efectivo en Derecho Tributario Internacional". V Jornadas Tributarias DGI 2012. www.dgi.gub.uy/.

Freitas De Moraes e Castro, Leonardo "Conceito de Beneficiário Efectivo nos acordos internacionais contra a bitributação" Faculdade de Direito da USP Sao Paulo, 2012.

Ribeiro, Ailton Cláudio y otros; organizador Freitas De Moraes e Castro, Leonardo; "Tributação Internacional: ANÁLISE DE CASOS". São Paulo : MP Ed., 2010.400p. Incluye bibliografía ISBN 978-85-7898-038-2.

Guggenheim, Paul, "Traité de Droit International Public". Tomo I, Librairie de L'Université, Georg /cie S.A. Genève 1953.

Jiménez, A. M. 2004. *The 2003 Revision of the OECD Commentaries on the improper Use of Tax Treaties: A Case for the Declining Effect of the OECD Comentararies? Bulletin for International Fiscal Documentation, 58/1, 17-30.*

Jiménez, A. M. 2010. *Beneficial Ownership: Current Trends. Word Tax Journal, 2/1, 35-63.*

Klappenbach, Ana; Santos, María José; Zitto, Carolina "El Concepto De Beneficiario Efectivo En Los Convenios Para Evitar La Doble Imposición"

Klaus Vogel, "Double Tax Treaties and Their Interpretation". Berkley Journal of International Law, Vol. 4, Iss.1 [1986], Art. 1.

Linn, Alexander Branch Reporter, IFACAHIER 2010, Volumén 1, Germany.

Moncayo Vinuesa Gutiérrez, "Derecho Internacional Público, Tomo I. Editor Zavaliá S.A., Alberti 835, 1223 Buenos Aires. Tercera reimpresión

El concepto de Beneficiario Efectivo, con énfasis en los Estados que tienen convenios firmados con Uruguay

OCDE, *Modelo de Convenio Tributario sobre la Renta y el Patrimonio de de la OCDE, versión completa, 2014.*

Nieves, Guillermo, *Convenios para Ear la Doble Imposición Internacional. "Interpretación de los convenios para evitar la Doble Imposición". Jornadas tributarias 2009.*

Oliver, J.D.[et al].2000. Beneficial Ownership. Bulletin for International Taxation, 7, 310-325.

Organización de las Naciones Unidas. 2008. Note by the Coordinator of the Subcommittee on Improper Use of treaties: Proposed amendments. Addendum. Progress Report of Subcommittee on Improper Use of Tax Treaties: Beneficial Ownership. Ginebra: ONU.

Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico. 1986. International Tax Avoidance and Evasion. Four Related Studies. París: OCDE.

Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico. 1998. Harmful Tax Cometition: An Emerging Global Issue. Recuperado el 7/febrero de 2016, desde www.oecd.org.

Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (2013), *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*, OECD Publishing. <http://dx.doi.org/10.1787/9789264202719-en> ISBN 978-92-64-20271-9 (PDF)

Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico. 2015. OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project. Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances, Action 6 -2015 Final Report. Recuperado el 7 de febrero de 2016, desde www.oecd.org.

Palomero Álvarez Claro, Rafael, "Las medidas anti abuso en la fiscalidad internacional" Centro de estudios Fiscales 2011.

Pérez Arraiz, Javier, Branch Reporter, IFACAHIER 2010, Volumén 1, España.

Pilar Navarro Schiappacasse, María, ANÁLISIS CRÍTICO DE LA

El concepto de Beneficiario Efectivo, con énfasis en los Estados que tienen convenios firmados con Uruguay

NUEVA NORMA GENERAL ANTIELUSIÓN CHILENA

Pistone, Pascale, Conferencia “*HACIA UN ESTÁNDAR GLOBAL DE DERECHOS DE LOS CONTRIBUYENTES*”, realizada el 13 de marzo de 2017, en la Universidad de Montevideo.

Roca, Martha, “*El concepto de beneficiario efectivo en los Convenios para evitar la doble imposición*” V Jornadas Tributarias 2012.

Seijas, Alicia; Whitelaw, James A., “*Forma y sustancia en la ley tributaria*”, Revista del Instituto Uruguayo de Estudios Tributarios. N° 169 Julio-Agosto 2002 Pág. 459 y siguientes.

Rodríguez Losada, Soraya, “*La interpretación Jurisprudencial del concepto de Beneficiario Efectivo en el ámbito Internacional*”- Crónica Tributaria Núm. 149/2013)153-197) Universidad de Vigo.

Talledo Manzu, César, El congreso IFA sobre “*Forma y sustancia en el Derecho Tributario*”. Exposición realizada por el autor en el conservatorio, llevada a cabo por la IFA, grupo peruano el 12-2-03.

Tarsitano, Alberto, Branch Reporter, IFACAHIER 2010, Volumén 1, Argentina.

Tarsitano, Alberto, *Reflexiones sobre el abuso de los tratados para evitar la doble imposición, El Derecho, Diario de doctrina y Jurisprudencia. Bs As, 31 de diciembre 2010, ISSN1666-898, N° 12.660 Año XLVIII, ED 240.*

Tarsitano, Alberto, “*Interpretación y prohibición de abuso de convenios para evitar la doble tributación Internacional*”, *Tratado de Derecho Internacional Tributario*. Tomo I, La Ley.

Van Boeijen-Ostaszewska, Aleksandra; de Goede, Jan; Nouel, Luis; Obuoforibo, Belema; Wheeler; Joanna and Wijnen, Wim. *Clarification of the Meaning of “Beneficial Owner” in the OECD Model Tax Convention Response from IBFD Research Staff* Páginas 1 a 6. <http://www.oecd.org/tax/treaties/48413407.pdf> © IBFD 2011 Page 2 of 6.

El concepto de Beneficiario Efectivo, con énfasis en los Estados que tienen convenios firmados con Uruguay

Vann, R. 2013 Beneficial Ownership: What Does History (and may be policy) tell us? En M. Lang [et al] [eds.], Beneficial Ownership: Recent Trends (267-332). Amsterdam: IBFD.

Van Weeghel, S. 1998. The Improper Use of Tax Treaties. With Particular References to the Netherlands and the United States. Londres: Kluwer Law International.

Van Weeghel, S. 2010. General Report. En International Fiscal Association, Tax Treaties and Tax Avoidance: Application of Anti-Avoidance Provisions, Cahiers de Droit Fiscal International, vol. 95a(17 -55). La Haya: Sdu Fiscale & Financiële Uitgevers.

Van Weeghel, "Structure", part III Tax Treaty, pág. 77.

Vega Borrego, Félix Alberto "*Las cláusulas de limitación de beneficios en los convenios para evitar la doble imposición*" Universidad Autónoma de Madrid Inv. Jurídica N.º 1/03, Pág. 97 Instituto de Estudios Fiscales.

Verdoner, Louan; Offermanns, René y Huibregtse, Steef; "*A Cross-Country Perspective on Beneficial Ownership*". Parte I y II (publicada en *European Taxation* 10/2010).

Villegas, Héctor, "El Derecho Penal Tributario", 1965.

Wheeler, J. 2012. The Missing Key Stone of Income Tax Treaties. Amsterdam: IBFD.

Zimmer, F. 2002. General Report. En International Fiscal Association, Form and substance in tax law, Cahiers de Droit Fiscal International, Vol. 87 a (19-67). La Haya: Kluwer Law International.

Weber, Dennis, Conferencia realizada sobre Derecho Tributario Internacional. Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Buenos Aires, Argentina, 16 Marzo 2017.

El concepto de Beneficiario Efectivo, con énfasis en los Estados que tienen convenios firmados con Uruguay

Zabala Rodriguez-Fornós, Arturo, “Sobre la subsistencia del fraude de ley en la nueva ley general tributaria”. Working paper nº 227. Barcelona, julio 2004. www.indret.comt.

Normativa

Uruguay

Artículo 6, del Código Tributario Uruguayo.

Decreto 323/2012.

Resolución 2456/2012.

Argentina

Artículos 1 y 2 de la Ley 11.683.

Brasil

Código Tributario Nacional, art. 109.

Código Civil Brasileiro, 2002, arts. 71,72 y 167.

Instrucción Normativa RBF 1154,Brasil. Consultada 27/3/17.

[Http://normas.receit.fazenda.gov.br/sijut2-consulta/link.action?visao=anotado/idAto=16126.](http://normas.receit.fazenda.gov.br/sijut2-consulta/link.action?visao=anotado/idAto=16126)

Ley tributaria 12249/2010,Brasil.

Chile

Ley 20.780 de 2014, art. 10, incorporación de arts. 4 bis a 4 quinquies.

Circular 57, 16 octubre de 2009, Servicio de Impuestos Internos d Chile. Consultada 23/3/ 17 hora 9:42 AM, [Http://www.sii.cl/documentos/circulares/2009/circus57.htm](http://www.sii.cl/documentos/circulares/2009/circus57.htm).

España

Art. 15 Ley 58/2003, Texto origina, publicado el 12/12/2003, en vigor a partir del 1/7/2004.

Art. 15 Ley 58/2003, TEXTO CONSOLIDADO Última modificación: 3 de diciembre de 2016.

El concepto de Beneficiario Efectivo, con énfasis en los Estados que tienen convenios firmados con Uruguay

Art. 24 Ley general Tributaria 1963.

Francia

BULLETIN OFFICIEL DES IMPÔTS DIRECTION GÉNÉRALE DES IMPÔTS 14 B-5-04 N° 110 du 9 JUILLET 2004. COMMENTAIRES DE LA CONVENTION FISCALE SIGNÉE AVEC L'OUZBEKISTAN LE 22 AVRIL 1996. NOR : ECO F 04 40011 J Bureau E 1. Sección 3, párrafo 34 y Sección 4, párrafo 58, c) clause anti-abus.

Code général des impôts, art. 119 tercero.

Holanda

Formulario de devolución de impuesto entre Holanda y Reino Unido.

Convenios

Convenio Argentina-Chile

Convenio Uruguay-Argentina

Convenio España-Uruguay

Convenio India-Uruguay

Convenio Chile-Uruguay

Convenio Suiza-Uruguay

Acuerdo de Intercambio de Información Francia-Uruguay

Acuerdo de Intercambio de Información Uruguay-Canadá

Acuerdo de Intercambio de Información Uruguay-Reino de los Países

bajos

Sentencias

Molinos Rio de la Plata (Tribunal de la Nación, Argentina)

Prévost Car Inc. v. The Queen, (Tribunal Federal de Apelaciones, Canadá, 2008 T.C.C. 231.).

Real Madrid (Audiencia Nacional, España, SAN 3378/2006, entre otros).

El concepto de Beneficiario Efectivo, con énfasis en los Estados que tienen convenios firmados con Uruguay

Royal Bank of Scotland (Consejo de Estado, Francia 2006).

DIT v Universal International Music BV(Suprema Corte de Bombay, India, 1464/2011)

Union of India vs *Azadi Bachao Andolan*(Suprema Corte de India) 2003-TII-02-SC- INTL).

Royal Dutch Shell (Hoge Raad, Suprema Corte, Países Bajos), N. 28638, 6th April 1994, BNB 1994/217/;

Total Return SWAP (Suprema Corte, Suiza, 2C_364/2012; 2C_377/2012).

VPB(Juzgado Tributario, Suiza, 65.86/2001);