

APROXIMACION AL CONCEPTO DE BENEFICIARIO EFECTIVO.

Marcos Alvarez¹; Fernando García¹; Natalia Marziali¹; Proyecto

Tutorado por el Dr. Sebastian Arcia

RESUMEN:

Mediante el presente trabajo hemos buscado efectuar un análisis del instituto “Beneficiario efectivo” a la luz del significado atribuido al mismo, y particularmente se pretendió efectuar una contraposición entre la aplicación que dé el mismo ha hecho la jurisprudencia y algunas posturas asumidas por la dogmáticas, así como en los Comentarios al Modelo OCDE (Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos)

Mediante el análisis efectuado se destacan caracteres comunes que presenta el instituto así como sus diferencias de otros conceptos que aunque similares, no son figuras coincidentes (Beneficial Ownership).

Por otra parte, se efectuó un análisis del concepto desde su aparición, algunas posturas dogmáticas trascendentes y su aplicación por la jurisprudencia en contraposición a los comentarios del comité de expertos de la OCDE.

El estado del conocimiento del tema se efectuó mediante el estudio de fuentes documentales (estudio de posturas dogmáticas) así como de un relevamiento jurisprudencial.

Del universo de fallos referidos al tema, hemos seleccionado los principales fallos jurisprudenciales dictados en los Países miembros de la OCDE, Argentina y Brasil, durante el periodo 1990 a 2015, en los cuales el significado de beneficiario efectivo jugó un papel relevante y decisorio en el fallo.

Beneficario efectivo, dogmatica, normativa y jurisprudencia.

¹ Maestría en Tributaria, UDELAR

De la relevancia del Tópico en análisis.

El concepto de “beneficiario efectivo”, juega en la economía actual un papel fundamental a la hora de definir planificaciones fiscales internacionales y particularmente debe ser tenido en consideración, por cuanto las consecuencias fácticas y jurídicas que derivan de la tipificación del mismo, inciden directamente en la potestad tributaria del Estado de la fuente respecto de las rentas pasivas, -dividendos, intereses y regalías,- en la mayor parte de los Convenios para evitar la doble imposición de los impuestos a la renta y al patrimonio (CDIs)². En este escenario el concepto de beneficiario efectivo se ha introducido tanto en algunas legislaciones domésticas, -como veremos en el presente trabajo-, como en los Convenios Internacionales. Sin perjuicio de ello, necesitamos destacar que en el panorama internacional actual, a pesar de que los CDIs pretenden evitar la doble imposición, se ha explicitado por la OCDE la necesidad de prevenir la doble no imposición, a lo que también referiremos en el presente análisis.

Además de limitar la potestad tributaria del estado de la fuente, esta cláusula tiene como finalidad evitar que quien no es residente de ninguno de los Estados parte de un Convenio se beneficie con sus disposiciones por intermedio de una entidad o persona interpuesta.

En el presente trabajo realizaremos un breve pasaje por la evolución que ha sufrido la expresión, así como resaltaremos la trascendencia que reviste la misma, a pesar de no encontrarse definida ni el Modelo O.C.D.E (en adelante M.C.O.C.D.E), como tampoco en el Modelo de EEUU, ni en el Modelo ONU.³

Por tanto a los efectos de aproximarnos al concepto de beneficiario efectivo, resulta de suma importancia analizar las diferentes posturas de la dogmática, la evolución del término en los Comentarios al Modelo OCDE, -(cuyo valor desde una perspectiva dogmático jurídica será asimismo analizado)-, resultando interesante concretamente visualizar si la modificación al Comentario OCDE del 2014 ha esclarecido el significado del concepto. En este punto es menester aclarar que si bien la posición y/ o interpretación adoptada por la OCDE ha cambiado a lo largo del tiempo,- y así surge de la evolución de los Comentarios al MOCDE-, no se ha plasmado tal postura en la letra del Modelo, puesto que la redacción de la cláusula del beneficiario efectivo ha permanecido prácticamente incambiada a lo largo del tiempo.

Analizando la evolución de la utilización del concepto desde el año 1972 a la fecha se visualiza bajo un análisis axiológico de la cuestión, la estrecha vinculación entre la cláusula de beneficiario efectivo (B.E), y el *Treaty Shopping*, aproximando el contenido del término a una medida antiabuso; Con ello se quiere decir que como veremos en algunas hipótesis el test de beneficiario efectivo aplica incluso a situaciones en las que no existe una utilización inapropiada del convenio tributario, entendiéndose dicha utilización inapropiada como las situaciones en que uno de los propósitos principales para ejecutar ciertas transacciones o negocios es el de asegurarse una posición tributaria más favorable, y obtener dicho tratamiento tributario más favorable sería contrario al objeto y propósito de la disposición correspondiente (Comentario al art. 1, párr. 9.5).

Esto marcó una tendencia en los sucesivos Comentarios al Modelo O.C.D.E que tanto en el 2003, como en el 2010 refieren a la condición de agente, mandatario o intermediario “*conduit company*”. En base a esto BAKER afirma que “*la esencia de este Comentario es para explicar que la limitación de beneficiario efectivo tiene el propósito de excluir: (i) meros*

² El CDI entre Uruguay y Hungría es el único de la red de tratados nacional que no tiene el concepto de beneficiario efectivo en los artículos de dividendos, intereses y regalías

³ El presente trabajo se limita a abordar la evolución que el concepto ha experimentado en el Modelo OCDE y sus comentarios, no siendo su objeto el análisis que ha verificado en el Modelo EEUU ni en el Modelo ONU.

mandatarios y agentes quiénes no son tratados como los propietarios de la renta en el País de residencia ; y (ii) cualquier otro instrumento , (conducto) que aun siendo el propietario formal de la renta, tiene poderes muy limitados sobre la misma convirtiéndolo en un mero fiduciario, o administrador, actuando en nombre de su propietario”⁴

Asimismo deviene trascendente analizar qué aplicación del concepto han efectuado los fallos jurisprudenciales más relevantes en la materia, implicando en cada caso la asunción de una u otra postura del concepto como herramienta fáctica y jurídica.

El concepto de beneficiario efectivo en la fiscalidad internacional actual, se sigue desarrollando con contornos de entendimiento muy disímiles de país en país, con el consiguiente aumento del riesgo de llegar a situaciones tanto de doble imposición como de doble no imposición. A nivel internacional existen defensores e incluso detractores del concepto, y algunos sostienen que la no definición del mismo obedece a que los Estados partes de los CDIs aplican sistemas legales disímiles como son el *common law* y el *civil law*, encontrando su raíz la expresión “beneficiario efectivo” en el primero de ellos.⁵

Del camino a seguir en la interpretación

Particularmente en materia de interpretación de tratados, la Convención de Viena sobre derechos de los tratados (1969), en su artículo 31. 1 establece como regla general de interpretación que “...*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, teniendo en cuenta su objeto y fin...*”

En primer lugar entonces debemos considerar la buena fe de acuerdo con el significado ordinario que corresponda atribuir a los términos del tratado en su contexto y considerando su objeto y fin. Para DU TOIT⁶ ;...”*El significado ordinario no supone necesariamente el significado de uso diario. El significado ordinario es al que se arriba después de tomar en cuenta el contexto, objeto y propósito. Por ejemplo respecto de aquellos términos que han adquirido un significado internacional, tal significado debe ser reconocido como el significado ordinario”*

El contexto incluye además del cuerpo principal del CDIs el preámbulo y sus anexos, así como cualquier acuerdo celebrado por las partes que haya sido perfeccionado y aceptado por las partes como un instrumento relativo al tratado (Art. 31.2). Además del contexto -a efectos interpretativos- debe tenerse en cuenta cualquier acuerdo sucesivo que celebren las partes referido a la interpretación o a la aplicación del tratado. Asimismo las partes pueden convenir el significado de algunos términos del tratado (31.4). Por último la Convención permite acudir a medios suplementarios de interpretación como son los trabajos preparatorios del tratado y las circunstancias de su conclusión, de manera de confirmar el significado que resulta de la aplicación de las reglas anteriores o para definir el significado cuando la interpretación realizada de acuerdo con estas reglas no lo aclare o lo deje oscuro (artículo 32)⁷.

Estas reglas de interpretación deben ir de la mano con lo dispuesto por el Art. 3.2 del Modelo OCDE. Este artículo , cuyo origen data de 1945 en un tratado entre UK y EEUU, establece que “...*Para la aplicación de un Convenio por un Estado contratante en un momento determinado, cualquier término o expresión no definida en el mismo tendrá, a menos que de su contexto se infiera una interpretación diferente, el significado que en ese momento le*

⁴ BAKER ,P, “ Comentarios al Modelo OCDE, Párrafos 10.b, 10.4”

⁵ Cfme. Cra. Ana Klappenbach, Cra. María José Santos y Dra. Carolina Zitto, “El concepto de beneficiario efectivo en los Convenios para evitar la doble imposición” Revista Tributa N° 234, Pág. 429.

⁶ DU TOIT, Charles Ob Cit., Pág., 194.

⁷ Loaiza, Carlos, La interpretación y calificación de los Convenios para evitar la Doble Imposición; Revista tributaria N° 216.

atribuya la legislación de ese Estado relativa a los impuestos que son objeto del Convenio, prevaleciendo el significado atribuido por esa legislación fiscal sobre el que resultaría de otras Leyes de ese Estado...”

Según VOGEL el envío al derecho interno procede únicamente si el contexto no proporciona ninguna base para la interpretación del término⁸. Asimismo, según este Profesor, el envío refiere a normativa interna de derecho tributario, y no a normativa de otra índole como por ejemplo la normativa civil. Por ende, si el derecho tributario interno no contiene una definición del concepto, habrá que necesariamente acudir primero al contexto, y luego recién a la normativa interna ajena a la rama tributaria.

En este escenario es necesario cuestionarnos donde ubicamos el valor de los CMOCDE en el camino de la interpretación, puesto que es práctica de los estados acudir a sus disposiciones como un instrumento de interpretación

Básicamente las posiciones el estatus legal de los comentarios en relación a la Convención de Viena son:

- 1) Prokisch: dice que es sentido ordinario (Art. 31.1 de la Convención de Viena).
- 2) Ault: Es sentido especial (Art. 31.4 de la Convención de Viena). Debe haber argumentos fuertes para apartarse del sentido ordinario y recurrir al sentido especial.
- 3) Van Raad entiende que se trata de medios suplementarios de interpretación (art. 32 de la Convención de Viena).

Según la Convención de Viena se puede recurrir a los medios suplementarios cuando el art. 3.1 deje el significado ambiguo u oscuro, o lleve a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable.⁹

En otro orden existen autores, que plantean que, en la interpretación de los Convenios, tanto en aquellos instrumentos que adoptaron el Modelo OCDE como aquellos que no lo hicieron in totum, los Comentarios carecen de un valor especial y no pueden ser considerados “auténticos”.¹⁰

Particularmente en este punto interesa resaltar el comentario 12.1 del artículo 10 del Modelo¹¹ el cual establece que se debe interpretar en el contexto del artículo, y principalmente en relación con el término “pagados...a un residente”, y siempre tomando en cuenta, tanto la intención de las partes al momento de la firma del Convenio, como el objeto y los fines del mismo. Por lo tanto, para la OCDE primaría el contexto sobre las definiciones internas, pero no en el sentido de que éstas queden descartadas, si no que no se las tomaría en cuenta solamente si no están alineadas a lo establecido por el artículo. Lo cierto es que al no existir una definición clara a nivel de Modelo, muchos países han optado por establecer en sus legislaciones una definición técnica del concepto, algunos inclusive, ya tenían su propia definición antes del nacimiento del Modelo. Si perjuicio ello entendemos que no agrega luz a la cuestión el hecho de que las legislaciones adopten una definición doméstica de BE, puesto que abogamos por la existencia de un concepto jurídico internacional autónomo del término, con prescindencia de cómo este es definido o delimitado internamente por los Estados. De la

⁸ VOGEL, Klaus, *On Double Taxation Conventions*, Kluwer International, Third Edition, 1997. Pág. 561

⁹ Klaus Vogel *on Double Tax Conventions* (Kluwer Law International: Londres, 1997), p. 44.

¹⁰ BLANCO Andrés, El valor de los Comentarios OCDE en la solución de problemas jurídico tributarios, *Revista Tributaria N°* , Pág 665 y sgtes

¹¹ “12.1 Since the term “beneficial owner” was added to address potential difficulties arising from the use of the words “paid to ... a resident” in paragraph 1, 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 (in fact, when it was added to the paragraph, the term did not have a precise meaning in the law of many countries). 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), rather, it should be understood in its context, in particular in relation to the words “paid ... to a resident”, and in light of the object and purposes of the Convention, including avoiding double taxation and the prevention of fiscal evasion and avoidance.”

armonización de las reglas de interpretación expuestas y a la luz de la falta de definición del término beneficiario efectivo, nos cuestionamos si del contexto podemos construir un significado corriente u ordinario del término. En esta tarea encontraremos que algunos dogmáticos entienden que existe un significado internacional autónomo que sí puede inferirse del contexto, no debiendo el intérprete acudir a la legislación doméstica de los Estados, sin perjuicio de lo cual la jurisprudencia, como veremos más adelante, no ha sido conteste en este sentido. No obstante lo expuesto a nuestro entender y particularmente de la historia que ha trazado la cláusula de beneficiario efectivo, es posible concluir que del propósito y fin de la misma fue y es evitar el Treaty Shopping, como medida antiabuso.

Definición de Beneficiario efectivo a nivel doméstico

Como concepto “beneficiario efectivo” no está definido en el Convenio, por tanto, siguiendo lo establecido por los comentarios, habría que analizar si del contexto se puede inferir una interpretación diferente del significado que puede tener en la legislación interna del Estado que está aplicando el Convenio. Un ejemplo de lo anterior son los países del *common law*, quienes fueran los pioneros. Como fuera mencionado previamente, el origen del término “beneficiario efectivo” en la fiscalidad internacional data del Tratado entre Estados Unidos y el Reino Unido de 1945, específicamente del protocolo de 1966. Ambos países utilizan el *common law*, por lo que interesa por sobremanera el significado que dichos países le otorgan al concepto de “beneficiario efectivo”. Entre los dogmáticos que estudian la fiscalidad internacional, es DU TOIT¹² quién más enfáticamente ha relacionado el concepto de “beneficiario efectivo” con su origen en los países del *common law* y concluye que dado que los países con sistema *civil law* no tienen un concepto del mismo, hay que acudir como punto de partida a la fuente de nacimiento del concepto, esto es a los países del *common law*. En base a ello, podría luego ser modificado el concepto internacional de “beneficiario efectivo” teniendo en cuenta el objeto y propósito del tratado, pero manteniendo como punto de partida el concepto del *common law*.

“Beneficiario efectivo” desde los hechos

Introducción del concepto

El término se introdujo por primera vez en el Modelo de Convenio de la OCDE en el año 1977¹³ como respuesta a la creciente preocupación de los Estados (principalmente UK) de que los artículos referentes a las rentas pasivas aplicarían para sujetos que tenían solamente la propiedad legal del ingreso, tal el caso de los agentes y mandatarios. Si bien se manejó la posibilidad propuesta por UK de que se aplicara una prueba de “sujeción a impuesto”, se impuso la postura de analizar caso por caso quién era el “verdadero” dueño del pago, naciendo allí la terminología vigente hoy en día. Pero más allá de la alternativa tomada, debemos analizar el centro de la preocupación, que era la interposición de un sujeto con un derecho formal a obtener el ingreso entre, el Estado fuente del ingreso y el “verdadero dueño” del mismo. Interposición que buscaba acceder a los beneficios dispuestos por el tratado, que de otra manera no aplicarían¹⁴.

¹² DU TOIT, Charl, .The Evolution of the term Beneficial Ownership in relation to International Taxation over the past 45 years en Bulletin for International Taxation, October 2010, International Bureau of Fiscal Documentation. Pág. 503

¹³ “History of Tax Treaties” base de datos, disponible en <http://www.taxtreatieshistory.org/>

¹⁴ Basado en el análisis realizado por John Avery Jones, Richard Vann y Joanna Wheeler en la respuesta al proyecto de discusión de “Clarificación del significado de Beneficiario efectivo en el Modelo de Convenio de la OCDE”, disponible en <http://www.oecd.org/tax/treaties/48420432.pdf>

Características que debe tener el “beneficiario efectivo”

Como se expusiera anteriormente, no es acorde a los objetivos e intenciones del Convenio, que por el hecho de que una renta sea pagada a un residente del otro Estado contratante, el Estado fuente de la renta renuncie a aplicar su potestad tributaria de forma plena. En algunos casos, no van a existir dudas de que la persona a la que se le efectuó el pago, no reviste la calidad de “beneficiario efectivo”. Por ejemplo, en los casos de que la renta se pague a una persona que actúe en su calidad de mandatario o agente. La Real Academia Española establece que un mandatario es una “*persona que, en virtud del contrato consensual llamado mandato, acepta del demandante representarlo personalmente, o la gestión o desempeño de uno o más negocios*”¹⁵, mientras que un agente es una “*persona que obra con poder de otra*”¹⁶. Ambos casos se caracterizan porque se actúa a nombre propio y por cuenta ajena, es decir, se gestiona y se defienden los intereses del representado. A su vez, no debemos confundir ello con la libertad que tengan en cuanto a cómo realicen el trabajo para el que fueran apoderados, ya que con mayor o menor libertad siempre actúan por cuenta de otro. Es por ello, que en estos casos está claro que ni el agente ni el mandatario serán “beneficiarios efectivos”, ya que, los mismos tienen la obligación (seguramente contractual) de transferir la renta al verdadero “dueño” de la misma. Los mismos conceptos sirven para analizar el caso donde la renta no se le está pagando directamente al “beneficiario efectivo”, sino que en los hechos, la renta se paga directamente a un mero intermediario. En línea con ello, el comentario 12.3 establece que el informe del Comité de Asuntos Fiscales “*Convenios de doble imposición y utilización de sociedades instrumentales*” concluye que “*una sociedad instrumental no puede ser considerada normalmente como beneficiario efectivo si, pese a ser el propietario de hecho a efectos prácticos, cuenta con poderes muy restringidos que la convierten, con respecto a la renta en cuestión, en un mero fiduciario o administrador que actúa por cuenta de las partes interesadas.*”¹⁷ Con este razonamiento, tal como lo establece Du Toit¹⁸, se concluye que el concepto de “beneficiario efectivo” está relacionado a los derechos o atributos de la propiedad (ownership rights or attributes). Esto implica concluir que, a pesar de ser el propietario formal (legal owner) no tiene derecho de disponer de la misma (usar, gozar y destruir), o en otras palabras poder disponer de los ingresos, pero tampoco correr con los riesgos de la cosa, ya sea de apreciación o depreciación de la misma. La Real Academia Española establece que “propiedad” es el “*Derecho o facultad de poseer alguien algo y poder disponer de ello dentro de los límites legales*”¹⁹ mientras que “disponer” es “*Valerse de alguien o de algo, tenerlo o utilizarlo como propio*”²⁰.

Para ser “beneficiario efectivo”, no alcanza con tener el derecho formal a percibir el pago de dividendos, intereses o regalías, sino que tiene que poder disponer económicamente de los mismos, tenerlos, utilizarlos como si fuera su dueño, sin mayores restricciones en su poder, sin la obligación de pagar esa renta a otro. Aunque muchas veces la restricción a la disposición de la renta surgirá claramente de una obligación contractual, en muchos otros casos no existirá un instrumento similar, y se deberán atender los hechos y circunstancias

¹⁵ <http://dle.rae.es/?w=mandatario&o=h>

¹⁶ <http://dle.rae.es/?w=agente&m=form&o=h>

¹⁷ Comentario 12.4 Model Tax Convention (full version) – OECD 2015

¹⁸ DU TOIT, Charl, .The Evolution of the term Beneficial Ownership in relation to International Taxation over the past 45 years en Bulletin for International Taxation, October 2010, International Bureau of Fiscal Documentation. Pág. 503

¹⁹ <http://dle.rae.es/?w=propiedad&m=form&o=h>

²⁰ <http://dle.rae.es/?w=disponer&m=form&o=h>

particulares del caso. Siempre el análisis se realizará caso a caso, atendiendo a los conceptos de propiedad y disponibilidad económica de la renta.

Dada las características expuestas anteriormente, podemos afirmar que el nuevo comentario 12.4 al art. 10 del Modelo, establece lo más cercano a una definición de “beneficiario efectivo”, la cual se ha ido construyendo con el correr del tiempo (en este caso para los dividendos, pero es extensiva a los intereses y regalías): *“Cuando el destinatario de un dividendo tiene el derecho de uso y disfrute del dividendo no constreñida por una obligación contractual o legal de transmitir el pago recibido a otra persona, el destinatario es el ”beneficiario efectivo” de dicho dividendo”*²¹.

Uso y disfrute de la renta, obligaciones, monto traspasado, tiempo transcurrido entre pagos y casos triangulares.

En el primer proyecto de discusión lanzado por la OCDE con el objetivo de clarificar el significado de “beneficiario efectivo”, se establecía que el beneficiario efectivo debía tener el pleno uso y disfrute de la renta²². Claramente este requisito excluía ciertas situaciones donde de buena fe y por razones económicas, comerciales, etc., el receptor del pago no tenía la capacidad plena de usar y disfrutar el ingreso, pero si podía disponer de él, aunque dicha disposición no fuera ilimitada. Algunos ejemplos de ello son los fideicomisos (donde el fideicomitente no tiene el uso y disfrute pleno), actividades financieras, holdings con sustancia económica, entre otros.

Debido a ello, se eliminó el requisito de “total” uso y disfrute, adecuando la redacción para que en estos casos legítimos no se pierda la calidad de “beneficiario efectivo”.

Para ser considerado como beneficiario efectivo, el receptor de la renta no debe estar obligado, ya sea legalmente, contractualmente o por los hechos en sí mismos, a transmitir o pasar el pago a otra persona. Ahora bien, existen muchas clases de obligaciones, algunas de las cuales pueden dar lugar a dudas de que el receptor de la renta mantenga el uso y disfrute en el cumplimiento de aquellas. Es por ello que, a la hora de determinar o testear si un sujeto puede ser considerado como beneficiario efectivo de un pago, solamente debemos tomar en cuenta las obligaciones relacionadas con el pago, y no otras que puedan ser satisfechas con ese mismo pago.

En los comentarios al proyecto de discusión mencionado anteriormente, el IBDF presenta un ejemplo sumamente ilustrativo: un acreedor obtiene una orden judicial que congela los ingresos del deudor, de modo que el deudor ya no es capaz de disponer libremente de sus ingresos²³. En este caso, claramente el receptor de la renta no pierde la calidad de beneficiario efectivo, aunque el pago recibido deba ser traspasado al acreedor. La clave está, en que el pago es traspasado para satisfacer una obligación que no está relacionada con el pago original.

Entendemos que no es relevante a la hora de testear la condición de “beneficiario efectivo”, que en el caso de pasar el pago a otra persona, el importe pasado deba ser exactamente el mismo. Esto se debe a que en muchos casos, por ejemplo los intermediarios, pueden retener una pequeña porción del pago en concepto de comisión u honorario. A su vez, se debe analizar que el pago no sea fraccionado artificialmente. En resumen, se debe estar a la luz de los hechos en cada caso concreto. Si bien a la hora de analizar la calidad de beneficiario

²¹Comentario 12.4 Model Tax Convention (full version) – OECD 2015

²²<http://www.oecd.org/tax/treaties/47643872.pdf>

²³<http://www.oecd.org/tax/treaties/48413407.pdf>

efectivo, se debe mirar que el pago no sea inmediatamente traspasado, entendemos pertinente que el énfasis debe ser puesto en la puesta a disposición de los fondos, y no en cuando se materializa el pago en sí mismo. El término pagados, debe entenderse en un sentido amplio, tal como lo establece el párrafo 7 de los comentarios al Artículo 10 del Modelo: *“el concepto de pagar significa ejecutar la obligación de poner los fondos a disposición del accionista en la forma prevista por el contrato o los usos”*. Es por ello que es fundamental determinar cuándo se ponen a disposición los fondos. No podemos perder de vista, que la planificación fiscal internacional busca entre otras cosas, reducir la carga impositiva y diferir el cumplimiento de la misma. En todos los pagos debe existir un beneficiario efectivo, es decir, de un lado tendremos la fuente pagadora y del otro tendremos un (cuando nos referimos a “un” no estamos haciendo referencia a cantidad sino a la categoría del sujeto receptor de la renta) beneficiario efectivo, ya sea con o sin sujetos interpuestos en el medio.

Por lo tanto, se planteaba la duda de qué pasaba en los casos donde el receptor inmediato de la renta no coincidía con el beneficiario efectivo. A este problema a su vez, se le agregaba una variable importante que dependía de si el beneficiario efectivo y el receptor inmediato de la renta eran residentes del mismo Estado.

Para el caso donde receptor inmediato y beneficiario efectivo eran residentes del mismo Estado, entendemos que no surgían mayores problemas, y que el Estado de la fuente debía conceder los beneficios del Convenio. Ahora bien, en el caso en que el beneficiario efectivo y el receptor inmediato residían en Estados diferentes, haciendo una interpretación literal de los artículos 10 y 11, se podía concluir que el Estado de la fuente no debía otorgar los beneficios del convenio, ya que la redacción refería a “dichos” dividendos o intereses. Con la nueva redacción del Modelo, se da luz a la situación planteada al sacar la referencia a “dichos” dividendos o intereses, lo que nos lleva a concluir que en esos casos, si el estado de la fuente tiene firmado un convenio con el estado de residencia del beneficiario efectivo, aquel debe conceder los beneficios dispuestos en dicho convenio. Pero, si estos dos estados no tienen firmado convenio alguno, el Estado de la fuente no debe conceder beneficio alguno.

Relación entre el concepto y otras medidas antiabuso

Si bien existe la discusión sobre si el concepto es una “medida antiabuso” o si en realidad delimita potestades tributarias, cierto es que a los efectos determinar el significado, no es una distinción que aporte claridad al mismo, aunque, nos será de mucha utilidad para la aplicación del concepto a la realidad. A su vez, no podemos perder de vista que parte de los objetivos y de las intenciones del Convenio, son evitar la doble imposición así como prevenir la evasión y la elusión fiscales. Por lo tanto, el concepto “beneficiario efectivo” puede utilizarse perfectamente con los dos fines.

Ahora bien, determinar que la renta es pagada directamente al “beneficiario efectivo” quien es residente del otro Estado contratante, no implica que el Estado de la fuente no pueda aplicar otras disposiciones del Convenio que resguarden su derecho a no otorgar los beneficios en caso de usos abusivos. Por ejemplo, imaginemos que bajo lo establecido por el artículo 10 del Modelo, una persona adquiere capital de una sociedad justo antes de una distribución de dividendos, con el único fin de superar el umbral fijado para que le sea de aplicación una tasa reducida en la fuente. Luego de ello vende su participación. Aquí cabría analizar si no hay un uso abusivo de las disposiciones del Convenio, pudiendo llegar a la conclusión de que el Estado de la fuente no debe otorgar los beneficios. Más allá del valor del ejemplo en sí mismo, lo importante es destacar que las medidas antiabuso, sean estas generales o específicas, los

principios de sustancia antes de forma, de realidad económica, las cláusulas “limitation of benefits”, etc. no solamente mantienen plena vigencia ante el concepto de “beneficiario efectivo” sino que se complementan, ya que el concepto solamente intenta evitar el caso de que alguien se pueda beneficiar de las disposiciones del Convenio interponiendo un sujeto ante el pago de rentas pasivas. El propósito de la cláusula como figura para contrarrestar el uso indebido de los tratados,- “treaty shopping”-, por parte de personas que no tendrían por sí mismas derecho a beneficiarse del tratado, ha sido reconocido por prestigiosa dogmática que estudia el tema como VOGEL²⁴ quien señala; *“Esta restricción fue introducida en el Modelo OCDE de 1977. Su propósito fue ayudar a prevenir la evasión fiscal. En definitiva que fueran impedidas de obtener su beneficio con la ayuda de personas interpuestas”*. Asimismo BAKER,²⁵ analizando los CMOCDE afirma *“El requisito de que el receptor de los dividendos sea el beneficiario efectivo, fue agregado cuando se revisó el texto del Modelo de 1977, y el mismo fue incorporado para prevenir e abuso bajo la forma de treaty shopping. Desafortunadamente el significado de la frase, aún permanece menos que claro.* Del análisis de la evolución del instituto, es dable concluir que la OCDE ha intentado y visualizado en la figura del beneficiario una cláusula anti- abuso de los tratados, postura que ha sido plasmada cuando el reporte del Comité de Asuntos Fiscales de 1986 introduce a las sociedades instrumentales como *“aquella que ha sido creada con el propósito de beneficiarse del tratado”*. En este mismo sentido, los Comentarios al MCOCDE del 2003, establecen que *“el concepto de beneficiario efectivo debe interpretarse según su contexto y a la luz de los objetivos y propósitos del convenio, incluyendo la voluntad de evitar la doble imposición, y prevenir la evasión y elusión fiscal.”* En este sentido resulta ilustrativo lo que afirma DU TOIT. *“Es importante hacer notar que a pesar de que la incorporación de la cláusula de BE tiene un propósito anti- abuso, no siempre logra contrarrestar la evasión El autor fundamenta esta afirmación en el hecho de que el test de la intención o motivos de una transacción no forma parte del test de beneficiario efectivo , concluyendo(...) Aun en el caso de que una persona haya sido interpuesta para hacer uso de los beneficios del tratado, no le pueden ser negados en razón del requerimiento de Beneficiario Efectivo si la persona interpuesta mantiene la mayoría de los atributos de la propiedad ; Por lo que aunque la cláusula de B.E previene el abuso del Tratados en la mayoría de los casos no es garantía de que siempre lo haga, Por otra parte el test de “ Beneficiario efectivo “ puede también impedir los beneficios del tratado en caso donde no se constate abuso del mismo. . ²⁶En conclusión nos parece acertado destacar que el test de la voluntad o intención de las partes a la hora de calificar como beneficiario efectivo, no debe ser per se un elemento suficiente para configurar el mismo, puesto que de lo contrario estaríamos transformado a esta cláusula en una norma anti-abuso; ello por cuanto en el escenario actual la existencia o no de abuso no es relevante a la hora de determinar si hay beneficiario efectivo o no ; no obstante ello dada la relación que se verifica entre la intención de las partes y la calificación de beneficiario efectivo, muchas veces los Estados plasman la necesidad de testear la voluntad del negocio .²⁷*

En este sentido resulta ilustrativo lo que afirma DU TOIT.

²⁴ VOGEL, “On Double Taxation Convention “, Pág 561.

²⁵ BAKER P, “ Comentarios al Modelo OCDE”

²⁶ DU TOIT , Charles The evolution of the term “ beneficial Ownership in relation to Internacional Taxation over the past years “ In IBDF Bulletin For Internacional Taxation Octubre 2010

²⁷ En el art. 11.7 del Convenio Uruguay y Ecuador se establece como condición de aplicación del beneficio que la intención y/o propósito de las partes no fuera “ sacar ventaja”

El “beneficiario efectivo” y su significado en otros instrumentos

El comentario 12.6 al Art. 10 del Modelo OCDE en la versión al 15 de julio de 2014, pone a texto expreso cuál es la vinculación existente con otras definiciones dadas al concepto de “beneficiario efectivo” en otros instrumentos. Si bien, tal como expresáramos anteriormente, la OCDE plantea que el concepto debe interpretarse en el contexto del artículo, no está de más aclarar y diferenciar el “beneficiario efectivo” a los efectos de los Convenios tributarios sobre la Renta y sobre el Patrimonio, de otros “beneficiarios efectivos”. Generalmente, la definición de “beneficiario efectivo” en otros instrumentos, refieren a la persona física que tiene el control último de la renta, la entidad, los activos, etc. Este hecho diferencia claramente al beneficiario efectivo del Modelo, ya que éste puede ser cualquier persona, no solamente las personas físicas. El Financial Action Task Force define al beneficiario efectivo como: *“Beneficial owner refers to the natural person(s) who ultimately owns or controls a customer² and/or the natural person on whose behalf a transaction is being conducted. It also includes those persons who exercise ultimate effective control over a legal person or arrangement.[1] Reference to “ultimately owns or controls” and “ultimate effective control” refer to situations in which ownership/control is exercised through a chain of ownership or by means of control other than direct control.*

[2] *This definition should also apply to beneficial owner of a beneficiary under a life or other investment linked insurance policy.”*²⁸ Incluso la propia OCDE establece otra definición de “beneficiario efectivo” en su informe de 2001 del Grupo de Dirección de la OCDE sobre Gobernanza Corporativa, “Detrás del Velo Corporativo: El uso de Entidades Corporativas para Propósitos ilícitos”²⁹. *“In this Report, “beneficial ownership” refers to ultimate beneficial ownership or interest by a natural person. In some situations, uncovering the beneficial owner may involve piercing through various intermediary entities and/or individuals until the true owner who is a natural person is found. With respect to corporations, ownership is held by shareholders or members. In partnerships, interests are held by general and limited partners. In trusts and foundations, beneficial ownership refers to beneficiaries, which may also include the settlor or founder.”*

De todo lo expuesto anteriormente, concluimos que todas estas definiciones coexisten sin peligro alguno, ya que todas deben ser interpretadas en su contexto y atendiendo al caso concreto.

BEPS y el concepto de “beneficiario efectivo”

El 16 de septiembre de 2014, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) publicó su borrador del informe sobre “Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting (BEPS)”. Tal como lo establece la OCDE³⁰ *“...En un mundo cada vez más interconectado, la evolución de las leyes fiscales nacionales no siempre sigue el mismo ritmo que el desarrollo de las empresas globales o la economía digital, abriendo brechas que pueden ser explotadas para generar la doble no imposición. Esto socava la imparcialidad e integridad de los sistemas tributarios. El primer conjunto de medidas e informes sobre BEPS fue publicado en septiembre de 2014. Junto con el trabajo que se completará en 2015, estas medidas proporcionarán a los países las herramientas que necesitan para asegurar que se*

²⁸ <http://www.fatf-gafi.org/glossary/>

²⁹ <http://www.oecd.org/daf/ca/43703185.pdf>

³⁰ Proyecto BEPS, OCDE, Noviembre 2014, <http://www.oecd.org/ctp/estrategia-fortalecimiento-paises-en-desarrollo.pdf>

graven las ganancias allá donde se lleva a cabo la actividad económica y donde se crea valor; a la vez que proporcionan una mayor seguridad a las empresas a través de la prevención de conflictos relativos a la aplicación de las normas fiscales internacionales y la normalización de las obligaciones de los contribuyentes. El proyecto BEPS de la OCDE y el G20 está llevando a resultados tangibles y ahora va a fortalecer el compromiso y la participación de los países en desarrollo....”

Dentro de las recomendaciones del informe BEPS realizadas por la OCDE, se encuentra la acción 6, la cual tiene recomendaciones para abordar la utilización abusiva de los tratados. El informe titulado “*Prevención de la concesión de beneficios de los Tratados en circunstancias inapropiadas*” contiene comentarios relacionados a disposiciones de derecho interno para hacer frente a la concesión inadecuada de los beneficios del tratado y otros escenarios potenciales de abuso de tratado. Las recomendaciones propuestas en el informe incluyen la incorporación de normas contra las prácticas abusivas en los tratados fiscales como “Limitations on Benefits” (LOB) disposición similar a las encontradas en los tratados fiscales de Estados Unidos y la regla anti abuso basada en el test del principal propósito (finalidad principal) “main purpose” (PPT) encontrada en los tratados del Reino Unido. El informe reconoce que la adopción de estos dos tipos de disposiciones en conjunto, podría no ser apropiado para todos los países y, por tanto, recomienda criterios para el cumplimiento de una norma mínima con respecto a la protección contra el abuso de tratados, mediante el uso de una o ambas de estas pruebas/cláusulas junto con otras normas complementarias.

Si bien el reporte, y más precisamente la acción 6 casi no hace referencia al concepto de beneficiario efectivo, este ha sido uno de los instrumentos utilizados para evitar históricamente el “treaty shopping”. Una de las únicas menciones que se hacen al concepto refiere a que este era utilizado para combatir situaciones de treaty shopping “sencillas”. Asimismo se señala que el concepto en ninguna forma limita otros enfoques para combatir otras situaciones de treaty shopping. Asimismo, no hay mención alguna de cuando se finalizará el reporte sobre el tema de beneficiario efectivo (cuyo último borrador se publicó el 12 de octubre 2012).

Por último, en diferentes ejemplos en el Reporte Acción 6 se refiere a estrategias “conduit” a que podría aplicar la acción 6, aunque parecen situaciones típicas de treaty shopping sujetas a un análisis de beneficiario efectivo.³¹

Es decir, la cláusula del beneficiario efectivo reviste gran relevancia no sólo porque la gran mayoría de los CDIs cuentan con esta limitación específica de beneficios, sino también porque en la gran mayoría de casos los Convenios no han adoptado otro tipo de cláusula limitativa (Limitations of Benefits, LOB clause), a pesar de las recomendaciones y sugerencias de los Comentarios al artículo 1 del OCDE., es decir evitar el uso abusivo de los convenios.

Por último, en el informe final se hace referencia a propuestas de los Estados Unidos para modificar la regla de LOB en el Tratado modelo de Estados Unidos. Cabe señalar que la regla LOB, y comentario relacionado a la misma, contenida en el informe final debe ser considerado como proyecto y sujetos a cambio pendiente de revisión, además, se tendrá en cuenta la finalización de las revisiones propuestas a dicha regla a los efectos de ser incluidos en el Tratado modelo de EE.UU.

Se espera que la versión final de la regla de LOB, así como sus comentarios, quede finalizada en la primera parte de 2016.

³¹ http://www.eyboletin.com.mx/eysite2/index.php?option=com_content&task=view&id=1754&Itemid=9

Debemos asimismo manifestar que de modificarse la postura asumida por la OCDE en referencia al concepto de “beneficiario efectivo”, a la luz de la interpretación dinámica, podría irrogar un cambio en los fallos de jurisprudencia.

Análisis del concepto desde la interpretación jurisprudencial

Si bien a nivel internacional existen numerosos fallos referidos al B.E limitaremos el presente análisis a aquellos que a nuestro entender resaltan la tarea interpretativa del órgano jurisdiccional, generando en muchas ocasiones decisiones contrarias ante situaciones similares, por adoptar caminos interpretativos diversos-

Caso *Prévost Car Inc. and Her Majesty the Queen* (Canadá)³²

El caso consistió en determinar quién era el beneficiario efectivo de los dividendos pagados por Prévost (residente de Canadá) a su accionista Prévost Holding B.V. (residente de Holanda). Prévost sostenía que el beneficiario efectivo era su Holding, aplicando una tasa reducida de 5%³³ sobre los dividendos pagados, tal como lo establecía el Convenio entre Canadá y Holanda, mientras que la Administración Tributaria Canadiense fundamentaba que los beneficiarios efectivos eran las dos empresas propietarias de Prévost Holding B.V., Volvo Bus Corporation (residente de Suecia) y Henlys Group PLC (residente de Reino Unido) y que por lo tanto, los convenios aplicables eran los de Canadá-Suecia y Canadá-Reino Unido, con tasas de retención del 15% y 10% respectivamente.

El 3 de mayo de 1995, los accionistas de Prévost decidieron vender sus acciones a Volvo y a Henlys, quienes firmaron un Acuerdo de Accionistas mediante el cual Volvo se comprometía a incorporar una sociedad holandesa a la cual transferiría las acciones compradas de Prévost, al igual que lo haría Henlys luego de obtener el financiamiento necesario. El 12 de junio de 1995 se materializó lo acordado, traspasando Volvo a Prévost Holding B.V. todas las acciones adquiridas, y otorgando a Henlys el 49% de las acciones de Prévost Holding B.V. luego de que aquella traspasó a la holding las acciones adquiridas de Prévost. La estructura quedó diseñada de la siguiente manera: Las acciones de Prévost Holding B.V. pertenecían en un 51% a Volvo Bussar A.B. (Suecia) y en un 49% a Henlys Group INC (Reino Unido). Por su parte Las acciones de Prévost Car INC (Canadá) pertenecían en un 100% a Prévost Holding B.V. (Holanda)

Henlys y Volvo eran empresas que funcionaban dentro de la industria automotriz, pero que se dedicaban a fabricar partes distintas, una hacía las carrocerías de los autobuses mientras que la otra hacía el chasis, por lo que adquirir Prévost significaría expandirse al mercado norteamericano abracando más eslabones de la cadena productiva. Para juntar esas experiencias decidieron que lo mejor era adquirir una empresa nueva. Para ello, tal como lo expresa el Sr. Backstrom³⁴, se decidió adquirir una holding en Holanda considerando varios aspectos, entre ellos el tributario, pero no siendo éste el principal, ya que pesaba, entre otros aspectos, el hecho de que buscaban una sociedad europea fuera de sus países de residencia. Sin embargo, los asesores fiscales recomendaron que la mejor opción para minimizar el impacto tributario fuera justamente Holanda.

³² Ver: “*Prévost Car Inc. v. The Queen*”, 2008 tcc 231, en http://www.canlii.org/en/ca/tcc/doc/2008/2008_tcc231/2008tcc231.html (Sentencia de primera instancia) y “*Her Majesty the Queen v. Prévost Car Inc.*”, (Sentencia de segunda instancia).

³³ 6% para los dividendos correspondientes al año 1996

³⁴ Vicepresidente Senior para Norte y Sur América de Volvo

El Acuerdo de accionistas establecía que por lo menos se debían distribuir el 80% de los beneficios empresariales obtenidos por Prévost y por Prévost Holding, distribución que se haría tan pronto como fuera posible, luego de asegurado los fondos para mantener el capital de trabajo, salvo que los accionistas dispusieran lo contrario.

Prévost y Prévost Holding compartían directivos, teniendo como función, entre otras, asegurar el pago de los dividendos a los accionistas. A su vez, algunas de las actas de asamblea de accionistas de Prévost, referenciaban como accionistas a Volvo y a Henlys, cuando en realidad el único accionista era Prévost Holding. Inclusive, ante la necesidad de dinero de Henlys, se aprobaron pagos de dividendos sin resolución expresa por parte de Prévost Holding. Pero este proceder no fue excepcional, ya que en realidad, la comunicación en entre los accionistas de Prévost Holding y Prévost era directa.

Prévost Holding no tenía empleados y su única inversión eran las acciones de Prévost, si bien, en un principio se había manifestado que ésta iba a ser su primera inversión.

El Tribunal estableció que en su opinión, “beneficiario efectivo” es aquel que recibe los dividendos para su propio uso y disfrute y asume el riesgo y el control del dividendo, en definitiva, aquel que disfruta y asume todos los atributos de la propiedad. Esta persona no debe rendir cuentas a nadie por la forma en que utiliza la renta. Esta persona puede hacer con el dividendo lo que desee. Un sujeto no calificaría como “beneficiario efectivo” si no tiene absolutamente ningún margen de discrecionalidad, ya sea en el uso como en aplicación de los fondos recibidos, o cuando se ha comprometido a actuar en nombre de otra persona de conformidad con las instrucciones dadas por esa persona sin ningún derecho a hacer otra cosa aparte de lo que esa persona le indica que haga. Esta definición es aplicada luego hacer un profundo análisis de la evolución del término, y de otras definiciones similares, principalmente realiza un paralelismo muy interesante entre la expresión y el derecho de usufructo establecido por el Código Civil de Quebec.

El Tribunal entendió que los errores en las actas no eran relevantes para determinar la pérdida de la calificación como “beneficiario efectivo”, ya que estos errores en las actas son comunes. No existió evidencia suficiente que demostrara que Prévost Holding era una sociedad conducto, ya que no existía un flujo automático de fondos. El hecho de que no tuviera oficinas o empleados no es determinante. Prévost Holding no formaba parte del Acuerdo de Accionistas, por lo que no le era vinculante lo que acordaran entre los titulares de sus acciones. Si se incumplía el Acuerdo de Accionistas, la empresa no se iba a ver afectada de ninguna manera, y no existían reclamaciones posibles, ya que al no formar parte del Acuerdo, éste no le era oponible. La empresa era libre de retener de sus beneficios el capital de trabajo necesario para desarrollar su actividad, por lo que el flujo de dinero no era libre, no se dedicaba solamente a “pasar” el pago.

Por las razones expuestas anteriormente, el Tribunal llegó a la conclusión de que Prévost Holding era el “beneficiario efectivo” de los dividendos distribuidos por Prévost.

En nuestra opinión, el Tribunal hace un análisis demasiado formal del caso, y diferimos principalmente con la expresión “todos los atributos de la propiedad”. Decir que Prévost Holding tenía todos los atributos de la propiedad, es decir que tenía la posesión, el uso, el riesgo y el control de los dividendos. La realidad de los hechos indica que eso no era así, principalmente porque manifiesta que una de las razones por las que Prévost Holding era el “beneficiario efectivo” era que no formaba parte del Acuerdo de Accionistas, es decir, que podía desconocer el Acuerdo de Accionistas. Pero, también fundamenta que el hecho de que antes de pagar los dividendos pudiera retener lo necesario para desarrollar su actividad, demostraba que tenía control de los mismos. Ahora bien, no toma en cuenta que esa disposición estaba incluida originalmente en el propio Acuerdo de Accionistas que desconoció. A su vez, los directores de Prévost y Prévost Holding eran los mismos, e incluso

hubo pagos que se hicieron directamente desde Prévost a Henlys. Además, la realidad indicó que la única inversión realizada por la Holding fue ser dueña de las acciones de Prévost. De lo anterior, entendemos que no existía sustancia económica, que en los hechos, Prévost Holding tenía una obligación de traspasar los dividendos a sus accionistas, y el hecho de que del monto recibido retuviera una parte para seguir funcionando, no es relevante como para afirmar que tenía la disponibilidad económica de la renta, ya que en los hechos, lo único que podía mantener eran los gastos de funcionamiento, los cuales para una empresa sin oficinas y sin empleados, cuyo único activo eran las acciones de Prévost, no deberían ser importantes. En definitiva, Prévost Holding terminaba abonando dividendos a sus accionistas casi del mismo monto de los que recibía, en intervalos regulares, siendo una empresa que no tenía sustancia económica en los hechos, por lo tanto, no estamos de acuerdo en su calificación como “beneficiario efectivo” de los dividendos.

Caso Velcro.³⁵

En el año 2012, vuelve a ser objeto del Tribunal Fiscal Canadiense (*The Tax Court of Canadá*), el análisis del concepto de beneficiario efectivo, habiendo generado un precedente con la sentencia Prévost, por lo que analizaremos si se sigue la línea interpretativa y conclusiones allí plasmadas.

En este caso se analiza la siguiente situación: **Una sociedad residente en Canadá, -Velcro Canadá Inc.-**, pagaba por concepto de “royalties”, (abarcaba la licencia y otros derechos de propiedad intelectual, específicamente en particular derechos de marca, patente, secretos industriales, copyright, know-how e información),- a **una sociedad vinculada residente en Holanda - Velcro Industries BV (VIBV)**. En virtud de esta licencia Velcro Canadá fabricaba y comercializaba cierres de velero, encontrándose la renta por regalía sujeta a una retención reducida en la fuente equivalente al 10% en virtud a las disposiciones del Tratado Celebrado por Canadá- Holanda.

En el año 1995, el grupo Velcro sufre una reestructuración y la **sociedad residente en Holanda, -VIBV-**, modifica su residencia fiscal a las antiguas Antillas Holandesas, territorio al que no se extendía la aplicación del Convenio suscrito entre Canadá y Holanda.; Al no existir convenios para evitar la doble imposición entre Canadá y las Antillas Holandesas, la renta por concepto de regalía abonada por Velcro Canadá a VIBV, pasa a estar sujeta a una retención del 25 %. Advertidos de tal imposición, la planificación fiscal de las autoridades de VIBV, consiste en interponer una nueva y tercera sociedad holding, denominada **Velcro Holding B.V residente en Holanda** a quién concedía la Licencia de los Derechos de Propiedad intelectual que fueron objeto de un nuevo acuerdo celebrado con la sociedad Canadiense . Asimismo se pactó que Velcro Holding disponía de un plazo de 30 días para transferir el 90% del pago de regalías. Mientras no se realizaba dicha transferencia, las cantidades percibidas no se depositaban en una cuenta se parada, sino que se ingresaban en diversas cuentas bancarias de las que solo VHBV era titular, en las que estaban depositados otros fondos que recibía la sociedad holandesa con motivo de su propia actividad empresarial; de esta manera, VHBV disponía de los fondos de sus cuentas con total libertad para hacer frente a los pagos que se le presentaban, para realizar diversas inversiones e incluso generaban el derecho a la percepción de intereses.

Ante tal escenario las Autoridades Fiscales Canadiense entendieron que no era aplicable el Convenio celebrado entre Canadá y Holanda, puesto que la sociedad holding no podía ser

³⁵<http://decision.tcc-cci.gc.ca/tcc-cci/decisions/en/30726/1/document.do>

considerado el beneficiario efectivo. De ellos surge que la interpretación efectuada por las autoridades fiscales, estuvo alineada con la sugerencia de la OCDE de 1986 referida a sociedades instrumentales y calificó a Velcro Holding como una *conduit company*.

Llevada la cuestión ante al Tribunal Fiscal, se delimita el objeto (*issue*) de la demanda en resolver sí la Sociedad Holding podía ser considerada beneficiario efectivo de la renta obtenida por concepto del Royalty desde 1996 a 2004 y así beneficiarse de la reducción en fuente del Tratado Canadá- Holanda

VHBV. -,apelante-, fundamentó sus manifestaciones en diversos puntos³⁶, pero particularmente en el antecedente del test de beneficiario efectivo efectuado en Prévost emitido por el Tribunal Fiscal de Canadá y de la Corte Federal de Apelaciones, en este fallo. Por su parte El Tribunal Fiscal entendió que la simple existencia de una obligación contractual de abonar royalties a VIBV no era suficiente para determinar que VHBV no era el beneficiario efectivo de los royalties pagados por VCI.

De hecho, considera relevante que VHBV además de mantener relaciones contractuales con VIBV, tenía una actividad mercantil en Holanda y, por lo tanto, otras fuentes de renta distintas de los royalties recibidos de VCI.

Resalta del fallo el test que efectúa en base al caso Prévost, para calificar a la Sociedad Holding como Beneficiario efectivo; particularmente puntualiza en que; tenía la posesión, el uso, el control y asumía riesgos (- “These are the key instruments or documents that one must look to determine who has the possession, use, risk and control of the royalties in question)³⁷, en relación con los royalties recibidos de VCI, por lo que no podía ser un mero agente o mandatario; en otro orden afirma que no es posible considerar a esta Holding como una *conduit company* de VIBV, porque, a la luz de la postura asumida en el fallo Prévost,³⁸

para no considerarla beneficiario efectivo no podía tener ningún poder decisión sobre la renta recibida (absolutely no discretion), esto es, que su actuación se limitase a seguir las instrucciones de otra persona o entidad. En el fallo el Tribunal indica que “es obvio que aunque se trate de un poder de decisión limitado, en efecto VHBV lo tiene”.

Ergo la figura de beneficiario efectivo pasa a definirse por la concurrencia de cuatro requisitos: posesión, uso, asunción de riesgos y control.

En cuanto al primero de los requisitos, el Tribunal entiende que VHBV tenía **posesión** de los royalties recibidos de VCI, ya que no había un flujo de fondos automático (*there was no automatic or pre-determined flow of fund*) ya que:

I) los pagos se realizaban en la cuenta bancaria de la que era titular VHBV, generando incluso el derecho a la percepción de intereses;

II) no se procedía a una segregación de las cantidades recibidas en concepto de royalties y otras cantidades recibidas por la entidad holandesa con motivo de su actuación en el mercado;

³⁶The position of the Appellant is based upon: 1. The test of “beneficial owner” from Prévost Car Inc. v. R., 2008 TCC 231, affirmed in 2009 FCA 57. 2; . The Convention, Article 3, section 2; Income Tax Convention Interpretation Act, section 3; The Tax Court of Canada’s decision in Prévost, paragraphs 95 and 100, and paragraphs 14 and 15 from the Federal Court of Appeal’s decision upholding Prévost: 3. The application of the definition of “beneficial owner” from Prévost in terms of - “possession” - “use” - “control” - “risk” Page: 6 4. The lack of existence of evidence of an agency or nominee relationship or that VHBV is a conduit.

³⁷The Tax Court of Canada’s decision in Prévost, paragraphs 95 and 100, and paragraphs 14 and 15 from the Federal Court of Appeal’s decision upholding Prévost: 3. The application of the definition of “beneficial owner” from Prévost in terms of - “possession” - “use” - “control” - “risk” Page: 6 4. The lack of existence of evidence of an agency or nominee relationship or that VHBV is a conduit.

³⁸When corporate entities are concerned, one does not pierce the corporate veil unless the corporation is a conduit for another person and has absolutely no discretion as to the use or application of funds put through it as conduit, or has agreed to act on someone else’s behalf pursuant to that person’s instructions without any right to do other than what that person instructs it, for example, a stockbroker who is the registered owner of the shares it holds for clients.

III) VHBV disponía de las cantidades depositadas en sus cuentas bancarias para hacer pagos, y lo hacía sin seguir instrucciones de nadie;

IV) la cantidad transferida a la sociedad con residencia en las Antillas Holandesas era distinta de la cantidad recibida de la sociedad residente en Canadá.

El segundo de los elementos en el test del beneficiario efectivo realizado para otorgar a VHBV la condición de beneficiario efectivo **es el uso de las cantidades recibidas**. En efecto, la holding holandesa tenía total libertad para utilizar los royalties abonados por la entidad canadiense y, de hecho, así lo hizo, concretamente, utilizó las cantidades recibidas para hacer pagos en concepto de préstamos, realizó inversiones en alguna de sus subsidiarias e incluso se benefició del pago de intereses generado por el depósito de esas cantidades en alguna de sus cuentas. De modo paralelo, VHBV asumió riesgos en relación con los royalties recibidos, puesto que en virtud del contrato suscrito con la sociedad canadiense, era el único acreedor de los mismos y asumía cualquier riesgo económico que pudiera originarse³⁹. En este punto, las relaciones entre las tres entidades se venían realizando en distintas cuentas, y VHBV asumía los riesgos del mercado cambiario.

Finalmente, por la concurrencia de los anteriores requisitos, el Tribunal consideró que la holding holandesa **tenía el control** de las regalías recibidos, por lo que también concurría el último de los requisitos para considerarla beneficiario efectivo.⁴⁰

En definitiva, la posición adoptada por el Tribunal Fiscal Canadiense en *Prévost* se plasma y mantiene en *Velcro* sentando de esta manera un antecedente jurisprudencial sólido, que pretende crear un concepto internacional autónomo de beneficiario efectivo.

Indofood International Finance Ltd. Vs. JP Morgan Chase Bank N.A. London Branch⁴¹

PT Indofood Sukses Makmur TBK (Indofood) es una sociedad constituida en la República de Indonesia que se dedica sustancialmente a la producción y distribución de alimentos. En el año 2002, analizó distintas alternativas para obtener financiamiento en el mercado internacional a través de la emisión de obligaciones negociables. Una alternativa era emitir ella misma las obligaciones, reteniendo el 20% del interés correspondiente a los tenedores no residentes, mientras que la otra alternativa consistía en que en lugar de emitir ella misma las obligaciones, lo hiciera una subsidiaria constituida en la República de Mauricio la cual prestara a su única propietaria (Indofood) el capital obtenido en la emisión. En esta última alternativa, la tasa de retención de los intereses procedentes de Indonesia era reducida al 10% en virtud de la aplicación del CDI Indonesia-República de Mauricio. En consecuencia, Indofood incorporó a Indofood International Finance Ltd. (Emisora), la cual, el 18 de junio de 2002 emitió obligaciones por un monto de US\$ 280 millones a una tasa de interés de 10,375% pagaderos semestralmente, garantizadas por la propia Indofood y cuatro subsidiarias de ésta, comprometiéndose a no participar en actividades que podrían llegar a diluir sus activos. El mismo día, la Emisora prestó a Indofood el capital recibido en prácticamente las mismas condiciones (mismo capital, tasa de interés, plazo, vencimiento del pago un día hábil antes del vencimiento de los pagos de la Emisora, pero libre de impuestos, los cuales eran de cargo de Indofood) y se constituyó un fideicomiso siendo designado JPMorgan Chase Bank N.A. como administrador. Las disposiciones que regularían las condiciones del negocio entre las partes se establecieron en los siguientes documentos: la emisión, administración y rescate de las obligaciones y el préstamo a la Indofood se rige por las condiciones impresas al dorso de

³⁹ (a) pay bills and fees; (b) re-pay loans; (c) earn interest income for the benefit of VHBV; (d) invest in new enterprises; (e) make payments under legal obligations.

⁴⁰ Cfme. Rodríguez Losada, Soraya, "La interpretación jurisprudencial del concepto de Beneficiario Efectivo", Pág 179/180."

⁴¹ www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2006/158.html

las obligaciones (“The Note Conditions”); el fideicomiso estableciendo a JPMorgan como administrador; un contrato de agencia de pagos mediante el cual JPMorgan fue designado como el Agente principal de pagos y el contrato con los términos del préstamo entre la Emisora e Indofood.

Las condiciones impresas al dorso de las obligaciones establecían que el 18 de junio de 2007, la Emisora rescataría el capital a la par, pero podrían rescatarse antes si existieran cambios en la ley Indonesia que aumentaran la retención por los pagos de Indofood a la Emisora. Dicho rescate anticipado solamente podría darse si y sólo si la Emisora no tuviera a disposición una forma de evitar el aumento en la retención.

El 24 de Junio de 2004 Indonesia denunció el tratado con la República de Mauricio con efectos a partir del primero de enero de 2005. En el caso, ello tenía como consecuencia directa el aumento de la tasa de retención al 20%, aunque, para ese entonces tanto la tasa de interés como la de cambio habían variado de tal forma que el rescate anticipado era de sumo interés para Indofood.

El 20 de Agosto de 2004 la Emisora notificó al Administrador su intención de rescatar las obligaciones, ya que entendía se habían cumplido las condiciones establecidas para el rescate anticipado. El 18 de noviembre de 2004, la Emisora envió el proyecto de rescate a configurarse el 29 de diciembre de 2004 para ser aprobado por el Administrador. Cuatro días más tarde, dicho proyecto fue rechazado ya que el Administrador entendió que no se cumplió con la condición establecida para el rescate anticipado, en lo referente a que existían medidas disponibles para que la retención aplicable no superara el 10% vigente. El 15 de febrero de 2005, la Emisora recurrió a la justicia para reclamar que la misma se expidiera sobre la aplicabilidad del rescate anticipado, a lo que el Juez entendió que el núcleo de la cuestión consistía en determinar si existía o no alguna medida disponible para que la retención no aumentara, y que la carga de dicha prueba recaía sobre la Emisora.

El Administrador alegó que la medida a tomar era la interposición de una sociedad holandesa (Newco) entre la Emisora e Indofood a la cual se cedieran los beneficios del contrato de préstamo existente. De dicha forma, valiéndose de los beneficios dispuestos por el CDI entre Indonesia y Holanda, la tasa de retención sería del 10% o menos.

Planteada dicha “medida” por el Administrador, se debía determinar entre otras cosas si los tribunales del país de la fuente interpretarían que: ésta era una medida razonable, el costo beneficio de dicha medida se justificaba, Newco podía ser catalogada como residente holandesa, se creaba un “nuevo préstamo”, y principalmente a los efectos de nuestro estudio y en el cuál haremos énfasis, si podía catalogarse a Newco como el BE de los intereses.

Para concluir sobre la cuestión planteada, es necesario precisar que: el acuerdo consistía en que dos días hábiles antes de la fecha de vencimiento de cada pago, Indofood debía pagar lo adeudado a la Emisora, un día hábil antes de dicha fecha de vencimiento, la Emisora debía pagar las sumas adeudadas al Administrador y, el día de vencimiento, el Administrador debía pagar las sumas adeudadas a los tenedores de las obligaciones. Aunque esto era lo establecido, se aceptó por las partes que en realidad Indofood pagaba directamente al Administrador las sumas adeudadas.

El tribunal determinó que Newco no sería el BE de los intereses recibidos, como tampoco lo era la Emisora. De lo más destacable del fallo, y que compartimos ampliamente, es que para determinar al BE se debe estar al significado internacional del término y no al atribuido por las legislaciones domésticas. Como mencionamos anteriormente, esta conclusión es acorde con las reglas de interpretación de tratados de la Convención de Viena ya que el sentido “corriente” del término ha derivado de la construcción que se ha hecho internacionalmente del mismo.

No obstante lo anterior, no estamos de acuerdo con el hecho de que se haga referencia a “todos los privilegios derivados directamente del ingreso”, ya que como mencionáramos

anteriormente, no es necesaria que exista una propiedad plena del ingreso, ya que éste sería un requisito demasiado estricto, que haría que verdaderos BE quedaran por fuera de dicha caracterización. Sin embargo, si coincidimos con que la obligación de pasar la renta puede ser tanto de carácter legal, comercial, como provenir de los hechos y circunstancias.

Caso del Real Madrid

Bajo este caso se contienen un gran número de Sentencias emitidas por la Audiencia Nacional de lo Contencioso, en el año 2006⁴².

Lo interesante de los fallos recae en que en todos ellos se plasma una interpretación que enfatiza la necesidad de indagar la voluntad y/o intención de las partes y concluye que la cláusula debería aplicarse utilizando los mismos criterios que emplearía la norma general contra fraude a la ley, pues de lo que se trata es de analizar si la operación tuvo o no motivos válidos. El Juez, al igual que en el caso *Indofood* brega por un concepto internacional y autónomo de B.E y acude para ello a los Comentarios al Modelo, bajo la calificación de Contexto” en la interpretación de los Tratados, enfatizando en la historia y evolución que ha experimentado el mismo.

En estos fallos expedidos por el Tribunal Español se analizan los pagos realizados por el Real Madrid C.F. a diversas sociedades extranjera, en concepto de derechos de imagen de algunos de sus jugadores de fútbol, básquet y entrenadores técnicos. En particular, se analizará el siguiente caso:

El Real Madrid Fútbol Club- RMFC- pagaba por concepto de regalías a una sociedad húngara⁴³ –*Magyar Sport Services Internacional*-, por los derechos de explotación de imagen de uno de sus futbolistas. En este escenario el Club aplicaba el Tratado celebrado entre España y Hungría en cuyo artículo 12 se preveía una retención de cero en fuente.

La Administración Fiscal española, puso en marcha el mecanismo de intercambio de información y obtuvo de la Administración Húngara, una cantidad importante de recaudos consistentes en contratos celebrados por la sociedad Húngara y una tercera Sociedad con domicilio en Holanda, *Mextar BV*, en virtud de los cuales se disponía que esta cedía a la Húngara los derechos de explotación de imagen del jugador y que esta última pagaría a la primera el 99 % de las retribuciones recibidas por tal concepto. Asimismo se pudo constatar que no existían contratos directos entre el futbolista profesional y la entidad húngara.

Se probó en este caso, que cada vez que la sociedad húngara recibía un pago, lo transfería inmediatamente a una entidad residente en Holanda la que otorgaría tales cantidades al deportista con el que había suscrito el contrato; por lo tanto, la sociedad húngara era una empresa interpuesta, con el único motivo de eludir el pago a las sociedades que grava estas rentas en España.

Lo trascendente del caso, es el enfoque que la Audiencia Nacional le otorga a la cuestión referida al concreto de BE, quien concluyó que la sociedad húngara no podía ser considerada beneficiario efectivo por lo que no procedía la aplicación del Convenio suscrito con Hungría. Asimismo entendió que era pertinente aplicar las disposiciones del Convenio para evitar la doble imposición celebrado entre España- Holanda que en su Art. 12.2 grava al 6% a esta categoría de renta, por ser la Sociedad Holandesa que reúne las condiciones de B.E.

Analizada la prueba recabada en el procedimiento, la AN asume que la cláusula de beneficiario efectivo es una verdadera cláusula antiabuso, de contenido similar a la cláusula antiabuso regulada en el art. 15 de la Ley General Tributaria española. En este sentido

⁴²Se analizará la Sentencia N° 3378/200

⁴³En algunos otros casos se interponían sociedades domiciliadas en Chipre

concluye: “*Se podrá llegar a un resultado muy similar, pues lo que se trata de valorar es sí la conducta tiene o no motivos válidos*”

De hecho, como indica MARTÍN JIMÉNEZ,⁴⁴ la AN asimila la cláusula de beneficiario efectivo al *business purpose test*, de modo que si existe una razón económica para interponer una sociedad entre el pagador y el destinatario final de la renta que sea distinta de la mera reducción de los tipos de retención en la fuente, el intermediario podrá ser considerado beneficiario efectivo de la renta; en caso contrario, la figura del intermediario no encaja en el concepto de beneficiario efectivo

Concluimos de este fallo, emitido por la AN merecen destacarse los siguientes hitos.

Se concluye que el test del beneficiario efectivo no debe prescindir del análisis de la intención de las partes o motivo del negocio- *business purpose*-. Asimismo el análisis sustancial no es el único elemento que se debe tomar con cuenta a lo hora de interpretar si se está ante un BE o no. En este sentido el fallo analizado dispone. “*Se efectúa un análisis formal y sustancial de la operación para ver si la persona que reclama los beneficios del convenio es o no el beneficiario efectivo del rendimiento*”.

En la tarea hermenéutica se acude a la historia y evolución que ha operado el concepto de B E en la OCDE, acudiendo a los Comentarios a los que estandariza como Contexto. De esta manera se dota de contenido al concepto con prescindencia de lo que surge de la legislación doméstica, abogando por la existencia de un concepto jurídico internacional y autónomo de esta categoría, lo que compartimos en su totalidad.

Se plasma en el fallo la independencia del concepto con la definición domestica de fraude a la ley puesto que para la construcción del significado del término el tribunal acude a los comentarios del MOCDE en el entendido de que los mismos conforman el Contexto del Tratado,

Caso United States Tax Court (1971) Sentencia 56 TC 925, Aiken Industries, Inc. (Successor by Merger to Mechanical Products, Inc.)

En el caso bajo análisis The Ecuadorian Corp. Ltd., sociedad residente en Bahamas, era propietaria del 99% del paquete accionario de Aiken Industries Inc. sociedad residente de EEUU. A su vez la sociedad norteamericana poseía la totalidad del paquete accionario de Mechanical Products, Inc. constituida bajo las leyes de Delaware (1963).

Por otra parte, The Ecuadorian Corp. Ltd. era propietaria de la totalidad del paquete accionario de la Compañía de Cervezas Nacionales, sociedad constituida en Ecuador. A su vez la sociedad ecuatoriana era propietaria de la totalidad de Aiken Honduras, sociedad residente de Honduras.

En este contexto, en el año 1963 se firma un acuerdo de préstamo entre Mechanical Products, Inc. y Ecuadorian Corp. Ltd. por aproximadamente USD 2.250.000 a una tasa de interés del orden del 4%.

Durante 1964, se transfieren los derechos al cobro del préstamo de Ecuadorian Corp. Ltd. a la entidad Hondureña (Aiken Honduras). A partir de este momento, Mechanical Products, Inc. (EEUU) debía pagar el principal y los intereses a Aiken Honduras (Honduras). Y a su vez Aiken Honduras debía remitir los intereses y el principal a Ecuadorian Corp. Ltd. (Bahamas).

⁴⁴MARTÍN JIMÉNEZ, A.: «Beneficial ownership:” Current trends” World Tax Journal... op. cit., Pág. 35-63

Es decir en una primera instancia el acuerdo fue cerrado entre la entidad situada en Bahamas (activo) y la entidad ubicada en Norteamérica (pasivo). Al año siguiente, la entidad de Bahamas cede el derecho al cobro del préstamo a la entidad hondureña pero le exige que una vez una que esta cobre fondos, transfiera los mismos a la entidad ubicada en Bahamas. Es decir que a partir de este momento se habría realizado un préstamo back to back en virtud del cual la sociedad norteamericana debía pagar intereses a la sociedad constituida en Honduras (Existía CDI entre EEUU y Honduras), la cual a su vez pertenecía en su totalidad a la sociedad residente de Bahamas.

Es importante destacar que dichos intereses estaban sometidos a imposición en la fuente. Es decir EEUU debía gravar con tributos nacionales a los mismos, tal como se desprende la sentencia:

“SEC. 1441. WITHHOLDING OF TAX ON NONRESIDENT ALIENS.

(a) GENERAL RULE. — Except as otherwise provided in subsection (c), all persons, in whatever capacity acting * * * having the control, receipt, custody, disposal, or payment of any of the items of income specified in subsection (b) (to the extent that any of such items constitutes gross income from sources within the United States), of any nonresident alien individual or of any foreign partnership shall * * * deduct and withhold from such items a tax equal to 30 percent thereof, * * *”

Sin perjuicio de ello, existía un acuerdo tributario para evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal en materia de impuestos sobre los ingresos " entre EEUU y Honduras (1966) por el cual la retención de impuestos sobre los intereses en fuente (30%) se verían reducidos siempre que la entidad receptora de los fondos no actuara en el otro estado contratante mediante un establecimiento permanente. Asimismo, el Artículo IX del tratado con Honduras establecía que, las operaciones provenientes de un Estado miembro “recibido por” un residente, corporación o cualquier otra entidad del otro Estado miembro estaba exento de impuesto en aquel primer Estado. Es importante destacar que no se establecía mención al término de “beneficiario efectivo”

En este marco, Mechanical Products Inc., entidad norteamericana, entendía que estaban dadas las condiciones para no efectuar retención en la fuente.

El tribunal compartió con el contribuyente el criterio de que Aiken Honduras era una empresa de un estado contratante organizada bajo las leyes de Honduras y que más precisamente se ajusta a la definición específica de "empresa hondureña" establecida en el acuerdo, por lo que el tribunal no ignora desde el punto de vista jurídico a la entidad de origen hondureño.

No obstante lo antes mencionado, el tribunal no compartió la conclusión de la entidad residente de EEUU en cuanto a la no retención de los impuestos en fuente. Debido a que, desde el punto de vista del tribunal, no basta con que exista una sociedad constituida por las leyes de los estados contratantes a los efectos de obtener los beneficios del tratado para evitar la doble imposición, se requiere entre otros aspectos que la entidad en cuestión sea una “corporación”.... con intereses propios.

Si bien el convenio no define, el concepto de beneficiario efectivo, para la aplicación de los beneficios del convenio se requería que los intereses fueran “recibido por” (received by) una corporación residente de unos de los estados contratantes. En la realidad la sociedad de Honduras no era quien recibía el interés por derecho propio, sino sólo como una “sociedad conducto” (conduit) con la obligación de transferirlo a casa matriz en Bahamas.

Asimismo, al fallo agrega que la frase “recibido por” no se refiere meramente a obtener físicamente la posesión temporal de ese interés, sino más bien, a un completo dominio y control sobre ese dinero.

A la vista de la estructura de la operación, la sociedad residente en Honduras debía ser considerada como un mero conductor para el pago de los intereses entre la casa entidad norteamericana y la entidad residente en Bahamas. El tribunal define a la entidad hondureña

como una sociedad conducto, como un agente de cobro. En efecto, la entidad hondureña no era más que un conducto para el paso de los pagos de intereses de la entidad EEUU a la entidad de Bahamas. No se puede decir que la entidad hondureña tenga un interés propio en la operación. En consecuencia, el interés en cuestión debe ser considerado como habiendo sido "recibido por" una entidad de Bahamas, que no era una "corporación u otra entidad" de uno de los Estados contratantes que participan en este documento, y por lo tanto el tribunal entiende que los pagos de intereses pueden ser sujetos a imposición en la fuente.

Es así que se observa que el fin perseguido en la operativa en cuestión es minimizar la carga fiscal. La convención requiere algo más que un mero intercambio de papel entre las empresas relacionadas para obtener beneficios del tratado. Se requiere necesariamente demostrar que existe un sustantivo endeudamiento entre una corporación de los Estados Unidos y una empresa hondureña. En este caso se estaría ante un préstamo back to back. Es decir, el contribuyente no logró demostrar un fundamento económico o comercial por la cual se realizó la operación.

De acuerdo a lo mencionado en los párrafos anteriores, el tribunal entendió que para aplicar los beneficios del tratado en cuestión necesariamente se requiere que el beneficiario del tratado sea el beneficiario legal y económico de los intereses.

Caso Molinos Rio de la Plata S.A. (Argentina 2013)

En el presente caso la empresa Molinos Rio de La plata interpuso recursos de apelación contra la Resolución de fecha 15 de marzo de 2011 y 12 de diciembre de 2011 dictadas por el jefe de la división Grande Contribuyentes de la AFIP.

En la primera Resolución se determina de oficio en el impuesto a las ganancias de los periodos 2004 y 2005 el resultado de fuente extranjera, permitiendo a la empresa compensar el resultado de 2004 con resultados negativos de ejercicios anteriores de fuente extranjera. En relación al ejercicio 2005 se le permitió a la empresa compensar el remante de resultados negativos de ejercicios anteriores de fuente extranjera.

Asimismo, la administración intima al contribuyente a re liquidar las declaraciones juradas de los ejercicios 2006, 2007, 2008 y 2009 determinando el resultado de fuente extranjera y de fuente argentina, pudiendo la empresa compensar el impuesto a la renta determinado en los ejercicios 2005 y 2006 con el pago en exceso correspondiente a la ganancia mínima presunta de dichos ejercicios.

Por otra parte Molinos Rio de la plata plantea la improcedencia de la petición fiscal. Esto por cuanto entiende que la autoridad fiscal incorpora a la base imponible para el impuesto a las ganancias, rentas de fuente extranjeras, las cuales a su criterio quedan comprendidas en el Convenio para evitar la doble imposición entre Argentina y Chile. Dicho Convenio indicaría, a su juicio, que la potestad tributaria para gravar la renta correspondería únicamente a Chile.

De acuerdo a los datos recabados de la Sentencia, Molinos Rio de la Plata, sociedad constituida bajo normas Argentinas, constituyó en Chile una sociedad holding de acuerdo a la Ley chilena 19.840, de la cual sería la propietaria de un 99% del paquete accionario. A su vez, el aporte a la sociedad plataforma fue realizado en efectivo y con acciones de Alimentos del Plata SA y de Molinos Overseas SA, ambas sociedades constituidas en Uruguay.

Durante el ejercicio 2004, la empresa Molinos Chile decide incrementar el capital social recibiendo aportes en efectivo y en especie de Molinos Argentina y de la sociedad plataforma.

En este último caso, mediante las acciones de Molinos del Perú y Molinos Uruguay.

La sociedades "plataforma de negocios" se encuentran exoneradas del pago de impuestos sobre ganancias de fuente extranjera ya sea por su propia generación, así como por los giros de utilidades al exterior de fuente extranjera.

Tal como se desprende de la sentencia, dichas sociedades únicamente tributan impuesto a la renta por las rentas de fuente chilena provenientes de dividendos obtenidos de sociedades chilenas o por el mayor valor de la venta de esas acciones.

Es importante destacar, que de acuerdo a lo establecido en el Artículo 3 de la mencionada Ley, dichas sociedades deben cumplir ciertos requisitos, entre otros, mantener actualizado un registro con la individualización de las personas con las que se realiza alguna de las operaciones o de las cuales se tenga participación, llevar contabilidad completa en moneda extranjera o moneda nacional si opta por ello, inscribirse en un registro especial a cargo del Servicio de Impuestos Internos chileno, renunciar al secreto bancario, presentación de declaraciones juradas anuales, entre otros.

Desde el punto de vista societario, el objetivo social perseguido por la sociedad plataforma era la realización de inversiones en Chile y en el exterior, y la prestación de servicios a las empresas vinculadas en relación a la producción, exportación, importación, compra, venta, almacenaje, distribución y comercialización de productos alimenticios. Se destaca que de acuerdo a los datos manifestados por el contribuyente "...la constitución en Chile de la sociedad plataforma, así como de Molinos Chile responde a una estrategia de negocios orientada a potenciar la participación y penetración del grupo Molinos en el mercado internacional a partir de 2002, a través de inversiones y reorganizaciones societarias, remitiéndose a las memorias del directorio de Molinos SA de los ejercicios cerrados al 31/12/2004 y 31/12/2005 y sus balances, así como también a la escritura de constitución y certificados de inscripción ante el registro de comercio de Santiago de Chile y la superintendencia...."

En este contexto, de acuerdo a lo que establece la Ley 19.840, siempre que se cumplan los requisitos que establece la Ley, los dividendos recibidos y distribuidos por sociedades no residentes chilenas, se consideran de fuente extranjera, no quedando comprendidos en el impuesto a la renta de dicho país. Asimismo por aplicación del artículo 11 del convenio para evitar la doble imposición entre Argentina y Chile (Ley 23.228 Argentina), los dividendos únicamente podrían estar gravados en el estado en el cual residiera la fuente pagadora de los mismos, en el caso bajo análisis, Chile.

Como podemos observar nada establecía el artículo 11 del Convenio en relación al concepto de beneficiario efectivo. Es decir no solo no se establecía una definición del término, sino que tampoco se lo invocaba en forma explícita como medida anti abuso.

De acuerdo al tratamiento tributario transcripto, y teniendo en cuenta la interpretación realizada por el contribuyente, la potestad tributaria era del gobierno chileno, por lo que en caso de tener que gravar la renta, la misma debería ser alcanzada por impuestos chilenos. Sin perjuicio de ello, atento a lo establecido por la normativa interna chilena, dichas remesas estaban exoneradas de impuestos, motivo que generaba una doble no imposición.

Dadas las circunstancias del caso la AFIP en el memorando 799/2010 establece que si bien reconoce la nacionalidad y constitución desde el punto de vista legal de la sociedad plataforma, la creación de la mencionada estructura es contraria a los fines del convenio entre la Argentina y Chile. El contribuyente manifiesta que no comparte que la administración deje fuera del ámbito de aplicación a las sociedades plataforma, por el solo hecho de que Chile no grava las rentas de fuente extranjera. Asimismo, en el mencionado memorando de entendimiento se establece que "...la razón de la constitución del Holding es desviar ingresos provenientes de Uruguay y Perú, concluyendo que constituye un abuso del tratado, señalando la actora que las sociedades plataforma de negocios no integran las materias alcanzadas por el convenio en cuestión..."

Por otra parte Molinos entiende que el hecho de que Chile no grave dichos resultados no hace que la potestad tributaria pertenezca a Argentina. Asimismo manifiesta que no se verifica un supuesto abuso de tratados. Agrega que para que exista abuso, necesariamente debería existir

una forma anormal que permita obtener los beneficios del tratado, hecho que a su juicio no ocurre en el caso concreto. Es por ello que se considera que existe una aplicación “arbitraria” del convenio por parte de la administración, presumiendo la existencia de un negocio simulado, con el único fin de obtener un ahorro fiscal y abusarse de los beneficios del convenio.

A estos efectos el fisco argentino entiende que en esta estructura existe una conductora residente chilena que intermedia en la recepción de los dividendos distribuidos por Uruguay y Perú, países con los que Argentina no tiene Convenio. Mediante la interposición de la sociedad conducto es que se produce un supuesto uso abusivo del convenio. En la mencionada sentencia, se hace mención a que uno de los mecanismos más utilizados para beneficiarse de los convenios por aplicación de sociedades conducto se da cuando “...un sujeto de un país que no tiene convenio de doble imposición firmado con el país origen de la renta, utiliza un tercer país que si tiene tal convenio para establecer una sociedad intermedia, de modo de percibir las ganancias generadas en el país de la fuente a través de un tercer país, evitando la incidencia de impuestos...”. En este contexto, la oficina entiende que la sociedad “plataforma de negocios”, es una sociedad conducto, sin perjuicio de reconocer la existencia legal de la sociedad plataforma.

Asociado a este concepto, establece que en “...en 1977 se incorporó al MOCDE el término “beneficial ownership”, con la finalidad de aclarar que no puede estar sujeto a los beneficios de los tratados quien no reviste la calidad de propietario del ingreso y en tal sentido la sociedad chilena no puede ser considerada beneficiaria efectiva de los dividendos que motivan al ajuste”

El tribunal establece que si bien en el caso bajo estudio no se trata de un negocio fiduciario, las partes se comportan como tal. La definición de “fideicomiso” en la Ley argentina procedió del equity law del derecho Anglosajón. Dentro del equity law nació el trust law, entre el cual se distingue el propietario legal (trustee) y el económico/beneficiario de la renta. El concepto de beneficial owner incluye al beneficiario de un trust.

Un intermediario implica la representación indirecta, es decir, a quien actúa en nombre propio pero por cuenta y orden del beneficiario efectivo...”. El tribunal indica que si el intermediario, independientemente de poseer poderes legales que lo hacen el titular de la renta, tiene limitadas sus facultades para disponer de los fondos, la sociedad sería un fiduciario o sociedad conducto. Es decir no puede ser considerado el beneficiario efectivo. En el caso en cuestión y vistas las pruebas se observa que:

- Molinos es propietario mayoritario de la sociedad Holding (99% del paquete accionario), asimismo se agrega que la sociedad tiene asegurado el control de la participación por cuanto la sociedad holding fue constituida en forma “cerrada”
- La sociedad plataforma no cobro dividendos de las participaciones Chilenas, las cuales en caso de haberse realizados deberían haber estado gravadas por impuestos chilenos.
- De acuerdo a lo que se desprende de la sentencia más del 50% recibido de las sociedades uruguayas fue distribuidos a la casa matriz.
- De acuerdo a la información contable, la sociedad plataforma habría recibido durante el 2009 aproximadamente 25.000.000 USD, además habría tenidos otros ingresos de fuente extranjera, no gravados por impuestos chileno. Asimismo se habría distribuido en concepto de dividendos provisorios cerca de 29.000.000 USD.
- Los dividendos distribuidos por la sociedad plataforma corresponden en su mayoría a dividendos recibidos de las sociedades constituidas en Uruguay.
- Se carece de un sustento económico sólido por el cual se realizó esta clase de estructura, no se cuenta con documentación que respalde la decisión empresarial.

El tribunal agrega “...Sin embargo, su modo de operar se asemeja más a una “administración” de esos dividendos, lo cual en nuestro ejemplo hipotético, genera la contradicción de aunar en

una misma personas las calidades de fiduciario y beneficiario. Así, una vez recibidos los dividendos por el intermediario (Holding), este se encarga de transferir los mismos hacia la controlante (Molinos Rio de la plata SA), a quien asimilamos al “fiduciante”, y ahora también debemos considerar beneficiario efectivo de tales dividendos... Que el razonamiento se torna muy simple, pues siendo que las verdaderas empresas que distribuyeron dividendos son aquellas domiciliadas en países con los cuales Argentina no habría suscrito convenio para evitar la doble imposición (Uruguay), se canalizó la distribución de los mismos a través de un Holding domiciliado en un país con el cual si existía convenio...”

Como ya fuera mencionado el convenio para evitar la doble imposición entre Argentina y Chile vigente no establecía definición, ni mención al concepto de beneficiario efectivo. Tampoco existía definición en el ordenamiento jurídico interno de Argentina. Es por este motivo, que el tribunal recurre al concepto de “realidad económica sobre las formas”, haciendo referencia a que este es el criterio utilizado por la doctrina internacional. “...No obstante, la posición predominante en la jurisprudencia internacional otorga preeminencia a la sustancia del negocio sobre la forma –principio procedente del derecho anglosajón-, el cual llevo a considerar a la opinión Suiza predominante que para evitar el abuso de los tratados el requerimiento de beneficiario efectivo funciona como una condición implícita de los CDI que no requiere para su operatividad de estipulación expresa alguna...” Este aspecto también lo podemos observar en la sentencia “Nothorn Indiana Public Service Company v. Commissioner of Internal Revenue, 79 A.F.T.R.2d 97-2862, 97-1 USTC P 50,474). El tribunal indica que “...el beneficiario efectivo funciona como una condición implícita en los CDI que no requiere para su operatividad de estipulación expresa alguna...”. En este contexto si el principio de la realidad económica (Art. 2 Ley 11.683) colaborara para interpretar el convenio, el mismo debería ser utilizado, según se desprende de la sentencia.

Por otra parte, tal como lo dejo sentado el tribunal de apelaciones de los Estados Unidos, al cual se hace referencia en la sentencia, “Una transacción tiene una sustancia económica cuando se trate de una típica transacción en la cual cualquier persona participaría sin incentivos fiscales... Debe haber entrado en dichos negocios en búsqueda de beneficios o ganancias y no ser la ventaja fiscal su principal interés” (traducido del inglés, Louis Buddy YOSHA v, Commissioner of Internal Revenue”, 63 A.F.T.R.2d 89-369, 88-2 USTC P 9589). Asimismo se resalta en la mencionada sentencia que las transacciones que involucran a una sociedad extranjeras deben ser desestimadas en función de la falta de sentido económico de la actividad, si la sociedad es meramente transitoria o conducto.

En base a los argumentos transcritos y a las pruebas presentadas por las partes se concluye que “...Tal como puede advertirse del esbozo conceptual efectuado, el caso de autos encaja prácticamente sin bemoles en el esquema general de esta modalidad de “treaty shopping”. De esta manera, se trata en especie de la estructuración de un negocio “indirecto” que se caracteriza por el hecho de que se emplea un determinado negocio para conseguir una finalidad que excede la que típicamente se vincula con él, por ejemplo la constitución de una sociedad Holding en Chile, causada legalmente y regularmente constituida pero motivada claramente por el aprovechamiento de los beneficios del CDI...”

La sentencia pone de manifiesto varios elementos, por un lado la utilización del principio de la realidad económica a los efectos de interpretar los convenios y calificar las estructuras económicas. En relación a este aspecto la OCDE desde el año 2003, así como la ONU desde el año 2011, establecen en los comentarios a sus modelos que las cláusulas generales anti abuso son aplicables a los CDI. En este contexto el párrafo 9.1 de los comentarios OCDE establece que 2008 establece “... 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 estos Estados, pues, la cuestión pasa a ser 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 planteada anteriormente. Como se indica en el párrafo 22.1 más adelante, la respuesta a esta segunda cuestión es que, en la medida en que estas normas anti elusión sean parte de las normas básicas nacionales establecidas por la legislación tributaria nacional para determinar 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 párrafo 9.4 indica “...que en virtud de ambos enfoques, hay pues acuerdo en que los Estados no tienen por qué conceder los beneficios de un convenio de doble imposición cuando se hayan hecho manejos que constituyan un uso abusivo de las disposiciones del mismo.....” Dicha posición es coincidente con la de Vega Borrego, el cual establece que a su entender en tanto el Convenio no prevea una cláusula general contra el fraude a la Ley, debe admitirse la aplicación de las normas internas en esta materia⁴⁵ Pero la aplicación debe ser realizada con cautela de modo de no llegar a resultados contrarios a los fines del Convenio. Por su parte tal como lo establece el Dr. Juan Bonet y el Dr. Ignacio Perez “...En nuestra opinión y siendo aplicables a los CDI’s los artículos 26 y 27 de la Convención de Viena de Derecho de los Tratados, debe acudirse a una solución armonizadora de manera de evitar en todo momento que se viole el principio “Pacta sunt servanda”, argumentando la aplicación de la solución en base a lo que prevé el ordenamiento interno en contra del CDI. También deben evitarse con ello las situaciones conocidas como sobre escritura del tratado o Treatyoverride. Por otra parte no hay ninguna duda de que son aplicables las normas antiabusos previstas en la normativa interna en aquellos convenios en donde se prevé expresamente...”⁴⁶

Por otro lado, como ya fuera mencionado, la sentencia pone de manifiesto que el concepto del beneficiario efectivo, a juicio del tribunal, subyace a todos los convenios firmados por Argentina, sin necesidad de que se haga mención explícita dentro de la letra del convenio. Interpretamos que la sentencia refiere a la utilización de cláusulas generales anti abuso consistente con los fines de los CDI. Relacionado a este aspecto, y en contraposición a dicho fallo, en Brasil existe el denominado “Caso Timnordeste” en el cual la empresa residente abonaba intereses a un residente de Japón. Es importante destacar que existe un tratado entre ambos países por el cual, el gravamen en la fuente no podía superar el 12,5%. Asimismo, observando el artículo del convenio en el cual quedaría calificada la renta en cuestión, nada se establece en relación al concepto de beneficiario efectivo. En caso de no aplicar el convenio el gravamen debía ascender a 15%. La administración entendía que en este caso se debía retener el 15% en lugar del 12,5%, en el entendido de que el receptor de los fondos no era el beneficiario efectivo de los mismos. En contraposición a la posición de la administración, el tribunal entendió que dado que no existía una mención expresa al concepto de beneficiario efectivo, el mismo no podía ser un determinante para no aplicar el convenio. (Fritas de Moraes E Castro, Leonardo, Conceito de Beneficiário Efetivo nos acordos internacionais contra a tributação, Faculdade de Direito da USP, San Pablo, 2012. Pág. 214).

En relación a este aspecto, los comentarios al Modelo de Convenio de la OCDE (redacción 2008), a los artículos 10, 11 y 12, establecen que “...La condición de beneficiario efectivo se incorporó al apartado 2 del Artículo 11 para explicar el significado de las palabras “pagados a un residente” tal y como se utilizan en el apartado 1 del Artículo....”. Como podemos

⁴⁵ Feliz Alberto, Vega Borrego; “Las medidas antielusión en la normativa interna española con proyección internacional”, en la obra colectiva dirigida por Antón Serrano, Fernando: “Fiscalidad Internacional”, ed. CEF, 4º edición, 2010, pag 954

⁴⁶ Dr Juan Bonet Dr Juan Perez “El concepto de beneficiario efectivo desde una perspectiva latinoamericana” Revista Tributa Nº 251, Pág. 173.

observar la condición de “pagado por” es utilizada en los artículos mencionados. A modo ilustrativo el Artículo 10 establece que “Los dividendos pagados por una sociedad residente de un Estado contratante a un residente del otro Estado contratante pueden someterse a imposición en ese otro Estado...”; por su parte el artículo 11 indica que “Los intereses procedentes de un Estado contratante y pagados a un residente del otro Estado contratante pueden someterse a imposición en ese otro Estado...”; y por último el artículo 12 establece que “Las regalías procedentes de un Estado contratante y cuyo beneficiario efectivo es un residente del otro Estado contratante sólo pueden someterse a imposición en ese otro Estado...” De acuerdo a lo antes mencionado, si bien puede ser discutible, podríamos deducir que salvo que el texto del convenio o el contexto indiquen lo contrario, el concepto de beneficiario efectivo debería ser una cláusula antiabuso utilizada únicamente en los artículos de referencia.

Asimismo se hace referencia la necesidad de contar con sustento económico y empresarial a la hora de establecer estructuras societarias. No se debería construir una estructura económica, con el único fin de reducir la carga tributaria.

También, consistentemente con otros fallos internacionales, un beneficiario efectivo debería tener el control legal y económico de los fondos a los efectos de la aplicación de los CDI.

Por último, y asociado a esta sentencia, recientemente Argentina y Chile han alcanzado un acuerdo interpretativo del Convenio entre Argentina y Chile para eliminar la doble imposición. Es así que en el memorando de entendimiento se establece que el convenio no impedirá a un estado contratante aplicar las disposiciones de su normativa interna relativas la prevención de la evasión fiscal. Asimismo se establece que los beneficios del CDI no se aplicarán a una persona que no sea la beneficiaria efectiva de las rentas procedentes del otro estado contratante o de los elementos del patrimonio allí situados.

Conclusiones:

- Bajo este Capítulo efectuaremos una síntesis de ideas que, si bien ya han sido expuestas en el presente trabajo, revisten especial trascendencia a la hora de acercarnos a una delimitación más acabada del concepto de B.E. En primer lugar merece ser destacada la tarea interpretativa de los operadores en fiscalidad internacional, puesto que propugnamos la construcción de un concepto internacional y autónomo de B.E., con prescindencia de definiciones domésticas. Con ello se dota de contenido al término, permitiendo que adquiera el status de “sentido corriente” y sea utilizado de conformidad a las reglas de interpretación de la Convención de Viena (art. 31.1).

Concebimos correcta la regla interpretativa, que propone esta regla de derecho, otorgando un enfoque holístico de interpretación al establecer que los tratados deben ser interpretados de buena fe, de acuerdo al significado ordinario que corresponda otorgarle a sus términos, y que surge de la construcción de un significado internacional autónomo.

Entendemos que este ha sido el camino que ha asumido parte de la jurisprudencia desde el *leading case* de *Indofood*, así como en los fallos de *Prevost*, *Velcro* y *Real Madrid*, donde se propugna la dotación al concepto de un significado internacional autónomo, con características que lo distinguen de definiciones domésticas, e incluso muchas veces se apartan de ellas. Ello conlleva a la unidad de los Estados en la aplicación de los tratados que adopten el MOCOCDE, puesto que la aplicación de

soluciones domesticas podría ocasionar serios problemas prácticos en sistemas legales y tradiciones disímiles como los son el “civil law” y el “Common Law”.

Asimismo se evidencia que en el camino de resolución de controversias algunos tribunales efectúan un análisis sustancial o económico de las operaciones cuestionadas, con absoluta prescindencia de cuestiones formales- *Indofood, Aiken Industries Inc.* - , y en algunos casos concluye en base a un análisis meramente formal – *Prevost* -, *Velcro*.

- En otro orden, compartimos la delimitación del concepto que ha quedado plasmada en los nuevos COMOCDE, referidas a la exclusión del uso y disfrute” *pleno* “de la renta. Con ello, se pretende aclarar que el derecho del perceptor a usar y disfrutar el rendimiento puede estar limitado por la existencia de obligaciones legales, contractuales consistentes en trasladar el pago recibido a un tercero. La obligación de transferir la renta puede encontrar su nacimiento tanto en fuentes legales como contractuales, o derivar de una mera situación fáctica que rodean a la operación en cuestión y ponen de manifiesto que el perceptor de la renta no tiene derecho a usarla y disfrutarla, sino que debe transferirla a otra persona. En este punto, como en muchos otros deberá estarse a lo que arroje el análisis del caso, y de la prueba obtenida por los Estados involucrados a sabiendas de que en algunas hipótesis podría llegar a desconocerse una obligación de naturaleza contractual sí los hechos prueban en forma fehaciente otra realidad.
- Por su parte y como ya fuera mencionado, uno de los principales requisitos para que una persona califique como beneficiario efectivo, es que el receptor de la renta no tenga una obligación, ya sea legal, contractual o por los hechos en sí mismos, a transmitir o pasar el pago a otra persona. Si bien puede ser discutible, consideramos que la mencionada obligación debe estar asociada a la operación en sí misma. Es decir, a los efectos de testear si estamos en presencia de un beneficiario efectivo, no se deberían considerar obligaciones que no estén directamente asociadas al pago bajo análisis. En base a ello, una vez que la persona recibe los fondos, las obligaciones legales, contractuales, o de hechos que obliguen al receptor en relación a los mencionados fondos (no asociadas directamente a la transferencia principal) no deberían ser incluidas dentro del análisis sobre la calificación del beneficiario efectivo.
- Otro aspecto sumamente relevante es determinar si el concepto de beneficiario efectivo debe ser aplicado a los artículos en los cuales se hace referencia al mismo, o si por el contrario debe ser considerado como implícito a todo el articulado. De acuerdo a lo que establecen los comentarios a los artículos 10, 11 y 12, “...La condición de beneficiario efectivo se incorporó al apartado 2 del Artículo 11 para explicar el significado de las palabras “pagados a un residente” tal y como se utilizan en el apartado 1 del Artículo...”. En este contexto en el “Caso Molinos Rio de la Plata SA”, el tribunal entendió que la intención de los estados – Chile y Argentina – era que atento a los fines y propósitos del tratado, el concepto de beneficiario efectivo debía ser aplicado a todo el articulado, independientemente de la mención al mismo. Como ya lo indicamos, en un caso similar, el tribunal que atendió el “Caso TimNordeste”, opino en forma contraria. De acuerdo a lo antes mencionado, si bien puede ser discutible, podríamos deducir que salvo que el texto del convenio o el contexto indiquen lo contrario, que el concepto de beneficiario efectivo debería ser una cláusula antiabuso utilizada únicamente en los artículos de referencia.
- Uso y disfrute, relación con el principio de “en todos los pagos debe existir un BE”
Entendemos como principio, que en todos los pagos debe existir necesariamente un beneficiario efectivo del mismo, es decir, de un lado estará la fuente pagadora y en el otro, debemos tener uno o más beneficiarios efectivos de la renta. Ello no implica que

a todos los beneficiarios efectivos los encontremos en el mismo nivel, ya que pueden existir receptores inmediatos de la renta que no cumplan con la definición (por ejemplo una entidad interpuesta con obligación de pasar la renta), debiendo ser descartados para proseguir al siguiente nivel. Tampoco tiene incidencia la jurisdicción en la que se encuentre el beneficiario efectivo, porque para que el Estado de la fuente conceda beneficios, el beneficiario debe ser residente de un Estado con el que exista un Convenio. Lo que no puede pasar, es que en virtud de aplicar requisitos demasiados exigentes, lleguemos a una situación donde no tengamos un beneficiario efectivo del pago.

Como marcáramos en el cuerpo del trabajo, el uso y disfrute de la renta no necesariamente debe ser pleno, tal como se pretendiera en una primera instancia por intermedio de la OCDE⁴⁷ en el proyecto de discusión para aclarar el concepto de beneficiario efectivo. Este requisito sería demasiado exigente y haría que lleguemos a situaciones donde no exista un beneficiario efectivo. Es por ello que entendemos acertado el análisis realizado por John Avery Jones, Richard Vann y Joanna Wheeler⁴⁸, marcando claramente que las dificultades asociadas a la calificación como beneficiario efectivo no pasa por establecer quién cumple con todas las características, sino que debemos focalizarnos en las situaciones del extremo opuesto de la escala, es decir, en aquellas donde una persona tiene solamente derechos muy limitados sobre la renta como para calificar de beneficiario efectivo de la misma. Enfocándonos en este lado del segmento, podremos distinguir los casos problemáticos, es decir, aquellos que no son beneficiarios efectivos, de aquellos casos que viendo limitados sus derechos sobre el uso y disfrute de la renta, todavía podemos concluir que estamos ante el “verdadero” beneficiario efectivo de la renta.

Si analizamos los casos de ésta manera, nunca llegaremos a una situación que contravenga el principio que establece que en todos los pagos necesariamente debe existir un beneficiario efectivo.

Bibliografía

ANTECEDENTES DE DOCTRINARIOS EN LA MATERIA

Acosta, N., Bruzzone, L. y Nieves, G., (2013) *El abuso de convenios: Modalidades y forma de evitarlo desde la perspectiva uruguaya*; Montevideo, Trabajo presentado en las VI Jornadas Tributarias organizadas por Dirección General Impositiva

Altamirano, A., (2013) *El soft law y el derecho internacional tributario. ¿Es fuente de derecho?*; *Consultor Tributario (Abril)*, Montevideo: La Ley

Baker, P., (2007) *Double Taxation Conventions*, Londres: Sweet & Maxwell

Baker, P., (2007) *Beneficial Ownership: After Indofood*; *GITC Review*, Vol. VI Nro. 1, pp. 22.

Blanco, A., (2013) *El valor del Comentario OCDE en la solución de problemas jurídicos tributarios*; *Revista Tributaria del Instituto Uruguayo de Estudios Tributarios*, N°235; pp.655-668

⁴⁷ “Clarification of the meaning of “Beneficial owner” in the OECD Model tax convention” OECD 2011, disponible en <http://www.oecd.org/tax/treaties/47643872.pdf>

⁴⁸ Respuesta al proyecto de discusión de “Clarificación del significado de Beneficiario efectivo en el Modelo de Convenio de la OCDE”, disponible en <http://www.oecd.org/tax/treaties/48420432.pdf>

Bonet, J., (2014) *La evolución de la planificación fiscal en la fiscalidad internacional actual. Reacciones y el análisis de las medidas antiabuso en los CDI's*; Revista Tributaria del Instituto Uruguayo de Estudios Tributarios, N°242; pp.793-818

Bruzzone, L. y Sonderegger, J., (2012) *Aplicación de los convenios a las partnerships: análisis desde la perspectiva uruguaya*; Revista Tributaria del Instituto Uruguayo de Estudios Tributarios, N°230; pp.737-752

Canadá, Federal Court of Appeal (2008), TCC 231 *The Queen v. Prevost Car Inc.*

Ceballos Morales, A., (2009) *El concepto de beneficiario efectivo y su jurisprudencia*; Madrid, Trabajo presentado al curso de Alta Especialización en Fiscalidad Internacional de la Escuela de Hacienda Pública

Delgado Pacheco, A., (2005) *Las medidas antielusión en la fiscalidad internacional*; Revista Económica (Nuevas tendencias en economía y fiscalidad internacional); Ministerio de Industria, Turismo y Comercio de España ICE, N° 825

De Broe Luc, *International Tax Planning & Prevention of Abuse Under Domestic Tax Law, Tax, Treaties & Ec-Law.*

Du Toit, C., (1999) *Beneficial owner of royalties on bilateral tax treaties*, Amsterdam: IBFD

Edwardes-Ker, M., (1994) *Tax Treaty Interpretation*, (Edición limitada) Dublin: In-Depth

Ellife, C., (2009) *The Interpretation and Meaning of "Beneficial Owner" in New Zealand*, *British Tax Review*; pp. 276-305

Engelen, F., (2004) *Interpretation of Tax Treaties under International Law*, Amsterdam: IBDF

Francia, Consejo de Estado (2006) Nro. 283314 del 20/12/2006 *Bank of Scotland*

Fraschini, J. y Baliño, C., (2010) *La planificación fiscal vs. El abuso de los tratados. El treaty shopping y el concepto de beneficiario efectivo*; Revista Tributaria del Instituto Uruguayo de Estudios Tributarios, N°219; pp. 919-938

Fraschini, J. y Aisenberg, L., (2012) *El concepto de Beneficiario Efectivo en Derecho Tributario Internacional*; Montevideo, Trabajo presentado en las V Jornadas Tributarias organizadas por la Dirección General Impositiva

Heinrich, J. y Moritz, H., (2000) *Interpretation of Tax Treaties, European Taxation, Vol 40 Nro. 4*

India, Supreme court of India (2003), *Union of India vs. Azadi Bachao Andolan*

International Fiscal Association, (2011) *Comentarios del Grupo Mexicano de la IFA*, 3 de Agosto de 2011.

International Fiscal Association, (2007) *Definiciones propuestas en el Congreso IFA Kyoto 2007, durante el Seminario del Tema I: "Conflictos en la atribución de ingresos a una persona"*, Kyoto 2011

Kandev, M., (2007) *Tax Treaty Interpretation: Determining Domestic Meaning Under Article 3(2) of the OECD Model*; *Canadian Tax Journal*, Vol. 55 Nro.1

Klappenbach, A., Santos, M. y Zitto, C., (2013) *El concepto de beneficiario efectivo en los Convenios para evitar la doble imposición*; Revista Tributaria del Instituto Uruguayo de Estudios Tributarios, N°234; pp. 425-450

Mazz, A. y Pistone, P., (2010) *Reflexiones en torno a un Modelo Latinoamericano de Convenio de Doble Imposición*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria

Naciones Unidas, (2011) *Convención modelo de las Naciones Unidas sobre la doble tributación entre países desarrollados y países en desarrollo. Revisión 2011*, Nueva York

Naciones Unidas, (1980) *Convención de Viena sobre el derecho de los tratados*, Nueva York

Naciones Unidas, (2015) *Manual de las Naciones Unidas en temas específicos sobre la administración de convenios de doble tributación para países en desarrollo*, Nueva York Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos, (2014) *Modelo de Convenio Tributario sobre la renta y sobre el patrimonio*, Paris

Pistone, P., (2003) *El abuso de los convenios internacionales en materia fiscal, en Curso de Derecho Tributario Internacional (coordinado por Uckmar, V.)*; Bogotá: Temis

Prebble John, Saurabh Jain, Kristina Bunting, (2014) “ *Conduit Companies, Beneficial Ownership, and the Test of Substantive Business Activity in Claims for Relief under Double Tax Treaties*”, WU International Taxation Research Paper Series

Roca, M. (2012) *Concepto de beneficiario efectivo en los Convenios para evitar la doble imposición*; Montevideo, Trabajo presentado en las V Jornadas Tributarias organizadas por la Dirección General Impositiva

Rosembuj, T., (2003) “*Treaty shopping*”: *el abuso de tratado, en Curso de Derecho Tributario Internacional (coordinado por Uckmar, V.)*; Bogotá: Temis

United States Tax Court (1971) Sentencia 56 TC 925, *Aiken Industries, Inc. (Successor by Merger to Mechanical Products, Inc.)*

Valdés Costa, R., (1996) *Curso de Derecho Tributario*, (2da. Ed.), Depalma, Temis, Marcial Pons

Vann , Richard, “*Beneficial Ownership : What does History (and maybe Policy) Tell Us*, Sydney Law School, Legal Studies Research Paper No. 12/66 .-

Vega Borrego, F., (2003) *Las medidas contra el Treaty Shopping*, Madrid: Ministerio de Hacienda, Instituto de Estudios Fiscales

Vogel, K., (1997) *Klaus Vogel On Double Taxation Conventions*, (4ta. Ed.) Wolters Kluwer International

ANTECEDENTES DE JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL

Canadá, Federal Court of Appeal (2008), TCC 231 *The Queen v. Prevost Car Inc.*

Canadá, Juzgado Tributario de Canadá (2012) *Velcro Canada Inc. v. The Queen*

Dinamarca, Danish Tax Tribunal (2011) SKM 2011.485 LSR, *The COOK Case*

Dinamarca, Danish Eastern High Court (2011) *ISS Case*

España, Consejo General del Poder Judicial, Sala de lo Contencioso Administrativo.

Francia, Consejo de Estado (2006) Nro. 283314 del 20/12/2006 *Bank of Scotland*

Holanda, Suprema Corte de Holanda (1994) *Royal Dutch Shell/Market Maker*

India, Supreme court of India (2003), *Union of India vs. Azadi Bachao Andolan*

Reino Unido, English Court of Appeal (2006) *Indofood International Finance Ltd. v. JP Morgan Chase Bank NA*

Suiza, Federal Supreme Court (2005) *X Holding ApS*, 28 November 2005, 2A.239/2005 International Tax Law Reports 8 (2006), pp. 536-562

Suiza, Federal Commission of Appeal in Tax Matters (2002) V. S.A.28 February 2001, International Tax Law Reports 4 (2002), pp. 191-214

Suiza, Federal Supreme Court (2012) casos 2C_364/2012; 2C_377/2012

United States Tax Court (1971) Sentencia 56 TC 925, *Aiken Industries, Inc. (Successor by Merger to Mechanical Products, Inc.)*