



Universidad de Buenos Aires
Facultad de Ciencias Económicas



POSGRADO DE ESPECIALIZACIÓN EN
TRIBUTACIÓN

TRABAJO FINAL: BENEFICIARIO EFECTIVO-IMPORTANCIA DE
SU DEFINICIÓN.

Alumna: María Eugenia Ferragud.

DNI: 31.255.60

Tutor: Alejandro Horacio Crosta.

Año Calendario: 2014.

Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 25 de abril de 2014.

DICTAMEN DE TUTOR

En mi carácter de tutor del Trabajo de Posgrado presentado por la alumna: **MARÍA EUGENIA FERRAGUD**, DNI: 31.255.060 para acceder al título de **ESPECIALISTA EN TRIBUTACIÓN** considero que dicho trabajo reúne los requisitos suficientes para ser sometido a la presentación pública y ser evaluado por los académicos que se designen con las exigencias y méritos suficientes para su aprobación.

Tal afirmación encuentra su fundamento en los siguientes aspectos: se introduce correctamente al tema objeto de estudio; se presenta correctamente el marco referencial expresando las variables, datos y teorías que intervienen en el tema; presenta aplicaciones prácticas del tema estudiado; trata sobre un tema novedoso en cuanto a su análisis brindando relevancia y valor teórico a la cuestión planteada.



ALEJANDRO HORACIO CROSTA.

Tutor:

...New challenges will arise in areas such as taxation, where governments will continue to seek to raise revenue without distorting economic or technological choices. These changes require a reassessment both of the effectiveness of government policies towards commerce and of traditional commercial practices and procedures, most of which were formed with a much different image of commerce in mind...

OCDE. Taxation and Electronic Commerce. Ottawa- 2001.

ÍNDICE

<u>INTRODUCCIÓN</u>	1-3
---------------------------	-----

MARCO TEÓRICO

- Planificación fiscal internacional
 - Definición y Naturaleza.....4-9
 - Características.....10-11
 - Utilidad.....12-14

- Métodos para evitar la doble imposición: Convenios para Evitar la Doble Imposición
 - Doble Imposición Internacional-Convenios para Evitar la Doble Imposición.....15-19
 - Interpretación de los CDIs.....19-25

- Cláusula de Beneficiario Efectivo
 - Naturaleza. Definición. Utilidad u objetivo.....26-28
 - Concepto de Beneficiario Efectivo en el contexto internacional y en los CDIs.....28-35
 - Diferentes posturas sobre su sentido y alcance.....35-39
 - Legislación y Doctrina comparada.....41-44
 - Jurisprudencia Nacional e Internacional.....44-49

- Implicancias en las administraciones fiscales y otros agentes económicos.....50-58
- Consideraciones finales.....58-60

APLICACIÓN PRÁCTICA DE LOS CONCEPTOS PLANTEADOS

•Ejemplos sobre casos prácticos: Transacciones dentro del Comercio electrónico.....	61-67
<u>CONCLUSIÓN</u>	68-69
<u>BIBLIOGRAFÍA</u>	70-72

INTRODUCCIÓN

Es innecesario explayarse sobre el proceso de globalización sustentado en la expansión del comercio internacional de bienes y servicios, en la libertad de movimiento de capitales, en los avances tecnológicos, en la reasignación de funciones productivas a jurisdicciones fiscales de menores costos y en la facilidad para que las personas físicas y jurídicas actúen en diversos Estados; situaciones todas ellas que debido a la aplicación de diversas reglas en el ejercicio de la potestad tributaria por parte de los Estados Nacionales, pueden generar escenarios de doble, múltiple o nula imposición, ninguno de los cuales es, en principio, aceptable desde el punto de vista de la equidad y de la neutralidad ante la tributación.

El contraste entre las normas pertenecientes a distintos ordenamientos deviene de una definición diferente de los mismos institutos jurídicos, de una diferencia en la calificación de actos y negocios y de una diferente interpretación de las normas que regulan institutos iguales.

La Doble Imposición Internacional surge como consecuencia de la superposición del ejercicio de la potestad impositiva por dos o más países, sobre una misma materia imponible, en un mismo periodo de tiempo y respecto de un mismo sujeto de imposición.

El fenómeno de la doble imposición internacional interviene en el libre comercio internacional y genera una carga fiscal inequitativa sobre el inversor internacional; transformando al factor fiscal en un obstáculo al libre flujo de los capitales entre los Estados.

Por otro lado, los Estados se ven obligados o con la necesidad de proteger el ahorro fiscal, al igual que la posibilidad de atraer inversiones para proteger la integridad de su presupuesto.

Todo lo anteriormente comentado se traduce en pérdida de neutralidad y eficiencia de la imposición internacional y la localización de los factores de producción. Lo cual no quiere decir que sea obligatorio evitarla pero sí un fin deseable por todas las Naciones.

Los tratados, acuerdos o convenios entre dos Estados o partes contratantes, celebrados a raíz de negociaciones para suscribirlos, configuran uno de tantos métodos bilaterales para evitar o alivianar la doble imposición internacional.

La Planificación Fiscal y la aplicación de Convenios para evitar la doble imposición llevan implícito un conjunto de comportamientos y relaciones jurídicas entre contribuyentes o sujetos de distintos países con el fin de optimizar su carga fiscal.

Dentro de las actividades de planificación fiscal y en la redacción de los Convenios para evitar la Doble Imposición deben establecerse pautas y límites al accionar del sujeto y es donde surge el concepto de

beneficiario efectivo como forma de evitar aplicar convenios que realmente no correspondan afectando a los principios generales de la tributación.

No es apresurado decir que no existe un concepto preciso o universalmente aplicado y la importancia de que el mismo exista. Dicha premisa impulsa el desarrollo del Informe ya que el vacío legal genera dudas y conflictos entre los contribuyentes, los Estados y las autoridades administrativas y judiciales.

El término es incierto, no existiendo definición expresa, aunque sí pautas y aspectos que puedan llevar a su interpretación. Una falta de definición puede llevar a los agentes a la resistencia o incertidumbre al momento de aplicar tasas reducidas -o no- para no asumir contingencias no deseadas. Por otro lado y como ya se ha mencionado, es necesaria una definición que de certeza a la hora de aplicar los convenios, porque cuanto más amplio e incierto resulte el término, aumentan las probabilidades de abusos a la normativa fiscal y sus consecuencias adversas.

Tampoco se debe olvidar que una vez definido dicho concepto, corresponde reglamentar la documentación y formalidades que un sujeto debe acreditar para cumplir con la calidad de beneficiario efectivo.

Con el problema planteado solo cabe enunciarlo de forma concreta a modo de titular el informe: ***Beneficiario Efectivo: Importancia de su definición.***

Asimismo, y como caso particular, se analizará el tema de las transacciones electrónicas ya que la globalización y revolución tecnológica ha brindado a los consumidores y usuarios nuevas oportunidades de expansión y profundos cambios en el sistema tradicional de comercio. Determinar el país con potestad tributaria y donde se encuentra el beneficiario efectivo de esa renta frente a dichas operaciones, no solo afecta la soberanía tributaria de los Estados sino los costos que deben soportar los distintos sujetos económicos.

Cabe aclarar, antes de empezar a trabajar en el tema, que existen serias restricciones en cuanto a la bibliografía básica ya que son temas actuales donde los análisis, estudios, informes o conclusiones realizadas son relativamente actuales y escasos. Además no existen posturas unánimes o únicas al respecto y en ocasiones, las mismas dependen de los autores analizados y la legislación local del país involucrado.

Además se menciona que el trabajo circunscribirá su análisis a la normativa argentina, jurisprudencia y opiniones internacionales pero con el foco y aplicación al país.

Por lo comentado anteriormente el trabajo analizará los temas enunciados estableciendo los siguientes ***objetivos:***

- describir conceptos marcos que involucran a la actividad de planificación fiscal internacional;

- analizar el concepto de beneficiario efectivo dentro de los convenios de doble imposición;
- definir las implicancias e importancia del concepto anterior para el derecho tributario y las administraciones internacionales;
- citar la legislación comparada y jurisprudencia existente en la materia;
- estudiar la relación costo-beneficio que deben soportar las administraciones financieras y los contribuyentes para contar con información relevante que permita inferir al verdadero beneficiario en una operación;
- observar el caso particular de las transacciones sobre el comercio electrónico: su fuente y ubicación del beneficiario efectivo;
- realizar una reflexión crítica del tema en base a los puntos anteriores.

Para lograr dichos objetivos se utilizará y analizará bibliografía especializada al respecto, doctrina, legislación nacional e internacional y jurisprudencia -en caso que corresponda- sobre el tema. Además de estudios e informes de organismos internacionales y administraciones tributarias que se relacionen con la temática.

Se pretende, como ya se ha mencionado, realizar una reflexión crítica del tema tratando de volcar una opinión fundada de su utilidad y nombrar posibles aportes que puedan darse en un tema que es actual y controvertido.

A su vez, se espera como resultado, mediante un estudio técnico y práctico de las definiciones brindadas durante el Informe, **analizar la importancia de generar una definición clara y precisa de la cláusula citada, y poder brindar pautas que permitan contribuir su definición** en el marco de los negocios internacionales y la búsqueda de la mayor rentabilidad en los mismos.

MARCO TEÓRICO

PLANIFICACIÓN FISCAL INTERNACIONAL -PFI-

Definición y Naturaleza

La globalización se podría definir como el proceso de interconexión financiera, económica, social, política y cultural, acelerado por la facilidad de las comunicaciones y especialmente por la incorporación institucional de tecnologías de información y comunicación.

En este contexto, la facultad y libre elección que tienen los contribuyentes respecto del sistema tributario al que someterán sus operaciones, es uno de los pilares sobre los cuales reposa la Planificación Fiscal Internacional.

Entonces es necesario, antes de analizar el tema central del Informe, estudiar ciertos conceptos básicos dentro del Derecho Tributario Internacional.

El derecho tributario internacional es la porción del derecho tributario que actúa en el terreno internacional. Se hace referencia a la norma doméstica que genera efectos extraterritoriales o que regula relaciones con contrapartes residentes en el exterior, y también a los tratados internacionales vigentes en materia tributaria.¹

La planificación fiscal, es la acción deliberada del contribuyente para reducir o diferir la carga tributaria.

De la conjunción de ambos elementos -el derecho tributario internacional y la planificación fiscal- surge la planificación fiscal internacional.

Así como la potestad fiscal se ejercita a través de leyes tributarias y surge en base al poder de imperio que posee un Estado, la planificación fiscal es una actividad lícita y legítima de los sujetos económicos en la medida que no agrada o vulnera la integridad del ordenamiento jurídico tributario.

Desde hace algunos años, se observa una creciente tendencia de la apertura de las economías nacionales, que enfrentan menores obstáculos al movimiento de capitales y tecnología de un país a otro. Dicho fenómeno ha provocado, por una parte, un aumento cada vez mayor de las transacciones comerciales, pero provocó como desventaja una problemática sumamente compleja en la tributación internacional.

Esta arista más complicada se relaciona con la competencia fiscal en la que ingresaron algunos países concediendo privilegios de distinta índole a sujetos y/o empresas residentes en sus territorios. Esto trajo

1 Rajmilovich, Darío, Planificación Fiscal Internacional. Editorial La Ley. Primera Edición. 2013. Prefacio.

como consecuencia que los contribuyentes en general, y las empresas en particular, comenzaran a poner en práctica una auténtica planeación de sus deberes fiscales globales, tendiendo por objetivo la reducción de la carga fiscal total que debían soportar.²

Si de dar una definición se trata, se podría afirmar que: *la PFI no es un instituto jurídico sino que un conjunto coordinado de comportamientos tendientes a crear relaciones y situaciones jurídicas orientadas a la optimización de la carga fiscal.*³

Dicho objetivo se logra a través de una organización más conveniente de negocios, aprovechando las ventajas de las estructuras tributarias existentes, sin burlar ni disimular la realidad económica de las operaciones.⁴

La planificación fiscal es internacional cuando el desarrollo de las acciones desarrolladas por el contribuyente tiene en cuenta la aplicación de dos o más sistemas fiscales nacionales y/o la interface entre tales sistemas.⁵

Antes de continuar avanzando con la PFI es necesario plantear su **naturaleza** para así comprender su importancia y utilidad.

Dentro de una economía internacionalizada como la descrita en los primeros párrafos, es deber de quien administra una empresa, anticipar eventos y hacer uso de las economías fiscales de opción disponible. Y si a dicha reflexión se desea dar un fundamento legal, se encuentra el artículo 59 de la Ley de Sociedades Comerciales donde establece que *los administradores y los representantes de la sociedad deben obrar con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios*. Es una consecuencia directa de dicha responsabilidad u obligación que es deber de todo administrador, minimizar las pérdidas.

Aplicando y ampliando dicha normativa al ámbito tributario, el buen cumplimiento fiscal no implica solo cumplir (eficacia), además, buscar que ese cumplimiento sea eficiente (optimización en el cumplimiento fiscal).

Así, el cumplimiento fiscal eficiente implica maximizar la ecuación fiscal, esto es explotar en la mayor medida posible -dentro de los límites explícitos e implícitos de la ley y en el marco del perfil de riesgo aceptable por parte de la empresa contribuyente-, los beneficios fiscales que dispensan los sistemas

2 García D., Fernando. Convenios para evitar la Doble Imposición Internacional. Aspectos Controvertidos. Buenos Aires. Editorial La Ley. 2010. Página 112.

3 Pietro Adonnino. Asociación de Estudios Fiscales Internacional y los Paraísos Fiscales. Roma 2010. Página 2.

4 García D., Fernando. Convenios para evitar la Doble Imposición Internacional. Aspectos Controvertidos. Buenos Aires. Editorial La Ley. 2010. Página 151.

5 Rajmilovich, Darío, Planificación Fiscal Internacional. Editorial La Ley. Primera Edición. 2013. Página 10.

tributarios o los mecanismos para reducir la exposición del contribuyente a ajustes por parte del fisco.⁶

Siguiendo a un interesante autor, una política comercial desarrollada por los administradores de una sociedad, en la cual deliberadamente no se tuviera economía de opción (y ello supusiera un incremento en la carga fiscal que, mercantilmente es un coste) podría provocar la exigencia de responsabilidad de los socios a tales administradores, ya que podría entenderse que no han actuado con la diligencia debida para maximizar el beneficio.⁷

Continuando con el fundamento legal de tal actividad, el argumento primero se encuentra en el artículo 19 de la Carta Magna del país:

Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están solo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe.

De dicho artículo se desprende, en lo que al trabajo interesa, la libertad que poseen las partes de elegir para sus negocios las formas jurídicas que tiendan a reducir al máximo la carga fiscal de las transacciones. El ahorro fiscal derivado de la economía de opción no resulta contrario al ordenamiento jurídico vigente, siempre que no ofendan al orden y moral pública.

El planeamiento tributario es un instrumento necesario para la gestión de negocios, de no existir, sería difícil -si no imposible- competir en un mercado globalizado y garantizar un buen retorno al capital invertido.

Se cree conveniente nombrar algunas de las causas por las cuales la PFI es tema de debates y preocupaciones actuales:

- proceso de internacionalización de la economía -globalización-;
- incremento de las posibilidades de que se produzca doble imposición;
- importancia de que la inversión en terceros países no se vea obstaculizada por el fenómeno de la doble imposición.

La lógica interpretativa de cada una de las situaciones jurídicas que constituyen a una planificación fiscal, reside precisamente en la evaluación de la capacidad, entendida como legítima utilización instrumental de cada uno de los actos o negocios utilizados, que tienen dichos instrumentos jurídicos para lograr el objetivo

6 Rajmilovich, Darío, Planificación Fiscal Internacional. Editorial La Ley. Primera Edición. 2013. Prefacio.

7 García Novoa, Cesar. Relatoría General. Tema I de las XXIV Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario.

prefijado -minimización lícita de la carga fiscal-.

En consecuencia es una actividad perfectamente legítima, deseable y necesaria, parte de la planificación empresarial.

El planeamiento fiscal es una actividad altamente especializada, aprovechada por personas o empresas a fin de disminuir o diferir su carga tributaria utilizando huecos legislativos, sirviéndose de tratados para evitar la doble imposición u otros procedimientos, frente a los cuales las administraciones fiscales no han desarrollado las correspondientes medidas legales para contrarrestarlos.

Por otro lado, se plantea el interés de las administraciones financieras en intervenir para que se proteja no solo los recursos tributarios de un Estado, sino la integridad de los ordenamientos y se respeten algunos principios fundamentales de la imposición como: la no discriminación, la neutralidad, la necesidad de evitar la doble imposición. Dichos principios deben ser compatibles, además, con las previsiones normativas especiales tendientes a incentivar las inversiones extranjeras.

Los principios mencionados son importantes a fines de obtener una correcta relación entre Estados, el desarrollo equilibrado de las economías y el mantenimiento del orden internacional.

En la PFI, suponiendo que el fin es la optimización de la carga y que dicho fin por sí solo no puede ser considerado en oposición con los intereses de los ordenamientos, la legitimidad solo puede residir en la composición de los intereses protegidos de los Estados y de los intereses protegidos de los contribuyentes. Esta actividad encuentra terreno fértil entre las diferencias de los ordenamientos impositivos las cuales serán tratadas en Títulos posteriores (CDIs: objetivos e interpretación).

Entonces, la utilización de las diferencias entre los ordenamientos permite desplazar la materia imponible, tanto en el tiempo como en el espacio, a fin de optimizar la carga tributaria y el costo de cumplimiento del tributo.

En el ámbito de la PFI, las empresas evalúan no solo el ordenamiento del país en el cual esperan localizar uno de los instrumentos típicos de optimización de la carga fiscal, sino también el sistema de acuerdos celebrados por el país del asentamiento. Cabe como reflexión de lo anterior, que para una adecuada y correcta PFI se requiere conocer las legislaciones de distintos Estados y la estructuración de las transacciones comerciales y de financiamiento con el objetivo de minimizar el costo fiscal de los rendimientos de la inversión.

En este contexto y debido a la erosión de los recursos financieros que se produce en los Estados, las administraciones tributarias muestran su preocupación, adoptando en muchos casos medidas legales para combatir la elusión y la evasión fiscal. Dicha acción debe entenderse como una reacción defensiva de los

gobiernos a la protección de la integridad del sistema fiscal. A título ejemplificativo pueden nombrarse las siguientes medidas: regímenes de información, la doctrina de la sustancia económica, la doctrina de la transacción por etapas, la aplicación de configuraciones objetivas para la figura de elusión.

En principio, como se dijo en párrafos anteriores y se reforzará en páginas siguientes, no es posible que sujetos no residentes en los países que han celebrado el acuerdo, obtengan beneficios de las normas contenidas en un tratado celebrado entre dos países para las relaciones que los residentes de dichos países tuvieran con los residentes del otro país. Ésta es la esencia de la planificación fiscal ilícita, es evitar el hecho imponible para realizar otro por motivos fiscales: consiste en elegir un negocio en lugar de otro y hacerlo por motivos fiscales. A diferencia de la elusión propiamente dicha que busca cambiar el negocio pretendido buscando los fines que son propios del negocio que se abandona.

Entonces, hablar de planificación fiscal implica, necesariamente, introducir la problemática de la *elusión fiscal* (tax avoidance).

La elusión fiscal es el conjunto de acciones individuales o combinadas, desplegadas por el contribuyente, tendientes a encuadrar sus actos, operaciones y actividades por fuera del hecho imponible, o dentro de un régimen fiscal más favorable evidenciado por la carga tributaria más liviana y/o diferimiento de la obligación de pago del tributo.⁸

La elusión fiscal puede ser legal o ilegal. En el contexto tributario, el término elusión fiscal ilícita, puede entenderse como una violación al (supuesto) espíritu o voluntad de la norma, asumiendo que ese pretendido (espíritu) puede ser definido precisamente (cuestión que parece ser difícil de realizar). Dicho instituto se ha dado a llamar “planificación fiscal agresiva o abusiva” (aggressive tax planning o abusive tax planning). En contraposición, cuando la elusión fiscal cristaliza la voluntad de la ley es considerada perfectamente legal y es denominada economía fiscal o elusión fiscal propiamente dicha.

Es necesario, diferenciar la elusión de la *evasión fiscal* (tax evasion). Esta última, representa un ilícito, una ofensa al orden jurídico de la jurisdicción política que aplica el tributo.

La evasión fiscal es el conjunto de acciones individuales o combinadas, desplegadas por el contribuyente, tendientes a contravenir la regla legal del tributo, con el efecto de omitir la declaración del hecho imponible del tributo y/o encuadrar los actos, operaciones y actividades del contribuyente dentro de un régimen fiscal más favorable evidenciado por la carga tributaria más liviana y/o diferimiento de la obligación del pago del tributo.⁹

8 Rajmilovich, Darío, Planificación Fiscal Internacional. Editorial La Ley. Primera Edición. 2013. Página 1.

9 Ídem 7.

En el ordenamiento jurídico argentino, la elusión fiscal ilícita se combate con el *principio de la realidad económica* consagrado en el artículo 2 de la Ley de Procedimiento Tributario:

Para determinar la verdadera naturaleza del hecho imponible se atenderá a los actos, situaciones y relaciones económicas que efectivamente realicen, persigan o establezcan los contribuyentes. Cuando éstos sometan esos actos, situaciones o relaciones a formas o estructuras jurídicas que no sean manifiestamente las que el derecho privado ofrezca o autorice para configurar adecuadamente la cabal intención económica y efectiva de los contribuyentes se prescindirá en la consideración del hecho imponible real, de las formas y estructuras jurídicas inadecuadas, y se considerará la situación económica real como encuadrada en las formas o estructuras que el derecho privado les aplicaría con independencia de las escogidas por los contribuyentes o les permitiría aplicar como las más adecuadas a la intención real de los mismo.

Es necesario realizar una salvedad respecto de la normativa local citada y es que la misma parece insuficiente ante la presencia de fraudes sofisticados, más a nivel internacional; faltando en la norma, elementos que parecen necesarios y básicos al momento de analizar cualquier operación internacional: *el efecto económico relevante y el propósito de negocio.*

En consecuencia, el límite de la PFI es la elusión fiscal prohibida -entendida como evasión fiscal- y este límite dependerá en última instancia del sistema jurídico en general y del sistema fiscal en particular. En cuanto a este último, su operatividad estará dada por el sistema anti-elusivo, la administración y la justicia que deben adecuar y realizar una valoración de las circunstancias de tiempo y lugar.

En relación a estos conceptos planteados, es interesante abrir una pequeña reflexión en cuanto a la cuestión moral o no en el accionar de los contribuyentes.

Prestigiosos autores, sostienen, con fundamento, el carácter amoral de la elusión fiscal.

Concluyo que la elusión fiscal es una cuestión de índole legal y amoral, y el aspecto moral implícito en la planificación fiscal como forma de elusión, solo es la que deriva del cumplimiento de las leyes.¹⁰

Sin contradecir a académicos de tan alto nivel, se pone en duda el carácter amoral de la elusión fiscal y la planificación fiscal, ya que como toda conducta humana, está guiada por un conjunto de valores morales y éticos del hombre que no solo dependen de un sistema legal vigente y sus implicancias, sino que su conducta se ve afectada por un contexto social, cultural y político general -como miembro de una sociedad- y particular -el individuo y sus conocimientos adquiridos a lo largo de su vida-.

10 Rajmilovich, Darfo, Planificación Fiscal Internacional. Editorial La Ley. Primera Edición. 2013. Página 8.

Características

Parece acertado, antes de brindar características o pautas de tal actividad, enunciar los principios que, según estudios sobre la cuestión, legitiman la planificación fiscal:

- libertad de concertación: los contribuyentes son libres de arreglar sus negocios de la forma en que lo deseen, aún a costa del fisco;
- certeza o seguridad jurídica: cuando el contribuyente escoge una determinada figura jurídica que legítimamente le ofrece el derecho privado, tiene derecho a confiar en que dicha elección será respetada por las autoridades fiscales y por la justicia;
- reserva en la gestión económica: vale en dicho punto lo mencionado sobre el artículo 19 de la Constitución Nacional (se remite a sus comentarios por cuestiones de no repetir contenidos).
- límites a la aplicación del principio de la realidad económica: según se desprende de la normativa también citada -artículo 2 de la Ley de Procedimiento Tributario-; el ordenamiento legal queda muchas veces vulnerado ante la realización de maniobras o figuras manifiestamente inadecuadas, forzadas o inapropiadas para la intención económica perseguida por el contribuyente, y es ahí donde surge como herramienta el principio mencionado con los matices que ha brindado la jurisprudencia relacionada.

Siguiendo a autores reconocidos en la materia se pueden mencionar las siguientes situaciones que influyen en la planificación fiscal global:

- países con impuesto cero o sin impuestos sobre las rentas de las sociedades ni sobre los dividendos remitidos al exterior;
- países con imposición inexistente o muy baja sobre los ingresos de las personas físicas;
- jurisdicciones que utilizan en materia de impuesto sobre la renta y el capital únicamente el criterio de la fuente territorial para vincular al contribuyente con el hecho imponible;
- Estados que establecen la no gravabilidad de impuestos a la renta por la realización de actividades exclusivamente en el exterior;
- jurisdicciones territoriales que eximen de impuestos sobre ingresos de fuente extranjera a las empresas residentes;
- países en los cuales el impuesto sobre la renta no grava los beneficios de las empresas "holdings"

residentes;

- países que eximen de retención en la fuente a los dividendos girados al exterior;
- países que cuentan con beneficios preferenciales;

En el ámbito internacional la elusión fiscal es más difícil de combatir. No obstante las situaciones mencionadas, además deberán considerarse otros factores como ser la estabilidad política del país seleccionado, el sistema de justicia y el grado de corrupción existente, la solidez de las instituciones, la libertad de cambio y movimientos de fondos, la seguridad jurídica y la permanencia de las normas legislativas imperantes. Asimismo, una correcta planificación fiscal ha de descansar necesariamente en una adecuada política de Precios de Transferencia.

A esta instancia del trabajo, sería interesante destacar los aspectos a tener en cuenta para realizar una adecuada planificación fiscal, a pesar de que algunos ya han sido mencionados de forma directa o indirectamente:

- elección de la forma jurídica que deberá asumir la inversión;
- composición en la estructura de financiamiento;
- selección del país destino de la inversión, de países intermediarios y el Estado hacia el cual se canalizarán los rendimientos obtenidos;
- análisis de la legislación de los distintos Estados involucrados;
- estructuración del grupo empresarial;
- diseño e implementación de los mecanismos que permitan minimizar el costo fiscal total del grupo;
- controles existentes en materia de precios de transferencia;
- la existencia de tratados para evitar la doble imposición;
- la existencia de restricciones fiscales o cambiarias.¹¹

¹¹ García D., Fernando. Convenios para evitar la Doble Imposición Internacional. Aspectos Controvertidos. Buenos Aires. Editorial La Ley. 2010. Página 126.

Utilidad

A modo de cierre en cuanto al concepto analizado se afirma que en los Estados democráticos y republicanos modernos, la PFI es una actividad permitida en la medida que no avasalle el propósito de la economía de opción o mitigación de la norma tributaria. Como ya se ha mencionado, forma parte de la esfera de la libertad privada del individuo o de la empresa.

También ya se ha indicado que la PFI no es solo una acción lícita sino necesaria en la gestión de la empresa moderna. Pretende evitar la incertidumbre o lograr la máxima seguridad jurídica.

En países donde existe amplia complejidad tributaria, la gestión tributaria representa un componente importante de la gestión integral del management. Las empresas en su afán de no resignar beneficios recurren a técnicas de la planificación fiscal internacional, forzando y reforzando la creatividad explotando los sistemas legales domésticos e internacionales.

Dentro de este marco descripto los empresarios deben ejercer su libertad de elección de obtener beneficios de regímenes fiscales más favorables, siempre que dicha elección no entre en conflicto con las normas de un ordenamiento distinto. No se debe olvidar que, desde una correcta interpretación jurídica, la planificación fiscal es totalmente lícita, derivada del principio de economía de opción y opciones fiscales que todo contribuyente posee.

En conclusión, los límites a las actividades de planificación fiscal internacional de las empresas están constituidas por las normas contra la evasión contenidas en los ordenamientos internos y en los tratados celebrados por los Estados. La PFI es la elusión fiscal organizada; se basa en las acciones coordinadas, racionales y dirigidas al objetivo de minimizar la carga tributaria total. Además, la estructura fiscal que se proponga siempre debe estar subordinada y ser congruente con la estructura empresarial, de manera que pueda justificarse a la primera por los beneficios organizativos, estratégicos y económicos que obtiene la segunda.

Quien elude legalmente sus impuestos, en el marco de una planificación fiscal está actuando como un buen hombre de negocios. La falla en la gestión de la planificación fiscal del administrador tributario equivale a la falla en la gestión del administrador societario en general.

Desde otro eje de la discusión -administraciones tributarias-, si bien la normativa anti-elusiva se sustenta en una finalidad plausible que persigue impedir que se burle el derecho, por el otro, ocasiona inseguridad jurídica a los contribuyentes toda vez que las definiciones necesarias no son claras o unánimes.

Entonces, los gobiernos no desean resignar recursos en favor de otros gobiernos (competencia fiscal y CDIs), tampoco los quieren perder en favor de las empresas multinacionales (límites de la competencia

fiscal y medidas contra el abuso de los CDIs).

Si los Estados desean proteger el "estado de bienestar necesitan recursos crecientes. La globalización genera más y más la situación en que la empresa multinacional localiza su inversión en el lugar donde maximiza utilidades, siendo los costos de transporte y logística, de desinversión y reinversión y de comunicaciones decreciente con el paso de los años.¹²

En consecuencia, los Estados ofrecen más beneficios fiscales y menos tasas efectivas, sacrificando los recursos que necesitan. Las empresas agudizan su estudio y creatividad para explotar los sistemas legales e impositivos de los diferentes países para optimizar su ecuación fiscal.

Dentro de este esquema, la reacción de los sistemas modernos contra la elusión fiscal ilegal consiste entonces en técnicas legislativas tendientes a dar mayor certeza al ámbito comprensivo de la planificación fiscal optando por distintas variantes: trazar límites o restricciones a la libre explotación de la ley tributaria por parte de los contribuyentes; crear economías de opción como parte de la política fiscal y/o aclarar los fines perseguidos por la norma impositiva.

La competencia fiscal entre los Estados alimenta la PFI, en este terreno, las medidas anti-elusivas específicas o dirigidas (reglas de capitalización exigua, precios de transferencia, cláusula de beneficiario efectivo, entre otras) son más eficaces que las generales.

A fines académicos y profundizando sobre el tema, se pueden mencionar distintos tipos de cláusulas anti-elusivas:

- **generales:** se encuentran pautas o límites que actúan de marco ante el accionar del sujeto impositivo. Dichas reglas pueden asumir diferentes formas o doctrinas: abuso de forma, abuso de la ley o realidad económica; sustancia sobre la forma; propósito de negocio; principios básicos de interpretación definidos en los convenios para evitar la doble imposición y reglas desarrolladas por la legislación doméstica de un país.
- **específicas con alcance general:** se establecen en las legislaciones domésticas o CDIs y están dirigidas a regular o combatir esquemas artificiales sumamente abusivos; también sirven para llenar vacíos legales o resolver inconsistencias y establecer determinados *test* a determinadas conductas de los contribuyentes.
- **específico con alcance específico:** regla de transparencia fiscal internacional, reglas de la capitalización exigua, reglas contra la creación de deuda, reglas contra la doble residencia fiscal,

12 Rajmilovich, Darío, Planificación Fiscal Internacional. Editorial La Ley. Primera Edición. 2013. Página 111.

reglas contra las entidades híbridas, reglas contra los paraísos fiscales, entre otras.

El éxito de las medidas que se tomen depende fuertemente de la utilización que de ella haga la administración tributaria y cómo interprete la justicia, esto es los valores que los jueces asuman por su forma de entender y aplicar el derecho.¹³

¹³ Rajmilovich, Darfo, Planificación Fiscal Internacional. Editorial La Ley. Primera Edición. 2013. Página 6.

DOBLE IMPOSICIÓN INTERNACIONAL-CONVENIOS DE DOBLE IMPOSICIÓN

En páginas anteriores se ha mencionado que los Convenio para evitar la Doble Imposición (CDIs) pueden contener medidas antielusivas que mayormente han sido desarrolladas por la doctrina y por los distintos organismos internacionales expertos en estos temas.

Pero antes de avanzar sobre dichas medidas y una en particular (beneficiario efectivo), se cree conveniente introducir al lector al fenómeno de doble imposición internacional.

Como se ha mencionado, la PFI lleva de forma explícita el conocimiento de dos o más sistemas fiscales domésticos. De la coexistencia de diferentes sistemas tributarios puede surgir la doble imposición internacional.

La doble imposición se produce por las siguientes circunstancias:

- *Exceso del gravamen derivado de la aplicación de impuestos a la renta en la fuente no susceptible de cómputo pleno o efectivo en el Estado de residencia del beneficiario de la renta:* por exceso del crédito o por restricciones al cómputo del mismo.
- *Definiciones incompatibles en las legislaciones del impuesto a la renta en los Estados de residencia y fuente* sobre: la ubicación o atribución jurisdiccional de la fuente del ingreso, la naturaleza del ítem gravado, el sujeto del impuesto y a quien se le atribuye el ítem de ingreso.

La doctrina es unánime -académicamente útil- subdividiendo a la doble imposición internacional en las siguientes especies:

- *la doble imposición económica*
- *la doble imposición jurídica.*

La primera se verifica cuando, una misma categoría de ingreso, es sujeto a imposición de dos o más Estados o jurisdicciones en cabeza de dos contribuyentes distintos. Como ejemplos se citan: los ajustes referidos a precios de transferencia y cuando las ganancias empresarias son sometidas a imposición primero en cabeza de la sociedad y luego a sus socios al momento de su distribución.

El segundo se produce cuando, una misma categoría de ingreso, es sujeto a imposición en cabeza de un mismo sujeto por más de un Estado u organización política con potestad tributaria y la carga fiscal combinada es mayor a la carga que resultaría de la aplicación del impuesto por un solo de ellos. Son ejemplos de ésta subdivisión: conflicto residencia-residencia, conflicto fuente-fuente, conflicto residencia-fuente.

Como es sabido y generalmente aceptado, a la doble imposición no es obligatoria mitigarla o eliminarla pero sí un objetivo altamente deseable en el marco de la tributación internacional. Es así que por un lado, las legislaciones tributarias domésticas prevén mecanismos para evitarla o atenuarla. No obstante la aplicación generalizada de métodos unilateralmente establecidos, ninguno de ellos puede lograr su objetivo plenamente. Dentro de este contexto surgen los Tratados o Convenios para Evitar la Doble Imposición, como instrumentos bilaterales o multilaterales que traten de asegurar la neutralización o disminución del fenómeno de doble imposición.

La adopción de CDIs se ha difundido rápidamente en los últimos años al considerar más Estados que son el modo apropiado de tratar las cuestiones fiscales internacionales. Surgen como una respuesta a la concurrencia de los sistemas de tributación adoptados por los distintos Estados que constituyen un serio factor de perturbación a la corriente de inversiones de capital extranjero, la cual es indispensable para contribuir al crecimiento económico de los países en vías de desarrollo-como lo es la Argentina-.

Como ya se ha mencionado en la Introducción del trabajo; los tratados, acuerdos y convenios entre dos Estados, celebrados como consecuencia de negociaciones para suscribirlos, configuran métodos bilaterales para evitar o alivianar la doble imposición internacional.

Los convenios asumen mayor relevancia en las relaciones tributarias de estos tiempos. Junto con el fin principal que los inspira, procuran obtener resultados para combatir la evasión impositiva mediante normas que estipulen el intercambio de información entre las administraciones tributarias de los países signatarios. Cada vez más, los nuevos convenios abarcan la mayoría de las formas de rentas o incluso todas y otras temáticas relacionadas con la evasión fiscal.

Este tipo de instrumentos establecen los alcances, sea en cuanto a los sujetos comprendidos, sea respecto de los tributos abarcados, el tratamiento tributario atribuible a cada tipo de materia imponible, con el detalle que requiera contemplar supuestos especiales, cláusulas sobre intercambio de información entre las respectivas administraciones tributarias, como también los recaudos a reunir para que adquieran vigencia las normas así adoptadas y las vías exigidas para denunciarlas y darles término.¹⁴

Entonces con la celebración de estos tratados las partes contratantes, en vista a las características particulares del movimiento de inversiones recíprocas, acuden a convenir las bases para gravar los distintos supuestos, aplicando, indistintamente, el principio de la fuente y en otros los distintos criterios subjetivos.

Se han observado algunas tentativas para pasar de un régimen de convenios bilaterales a otro de convenios multilaterales. La tentativa solo ha tenido éxito limitado. Se han adoptado pocos convenios multilaterales,

¹⁴ Atchabahian, Adolfo y Raimondi Carlos A.; *El Impuesto a las Ganancias*, 5ª edición. Buenos Aires. La Ley. Página 322.

siendo los más importantes los acuerdos nórdicos.¹⁵

Históricamente y en concordancia con lo expuesto, las VII Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario, efectuadas en Caracas en 1975, recomendaron la celebración de tratados internacionales con los países desarrollados que, inspirados en el principio de la fuente, tengan por objeto principal coordinar la gestión tributaria entre ambos Estados; promoviendo el intercambio de bienes y servicios y el movimiento de capitales y personas entre los países contratantes.

En base a lo anterior y según los mismos comentarios del Modelo Organización Cooperación Desarrollo Económico (MOCDE) de CDI, podría afirmarse que los CDIs cumplen los siguientes roles:

- medio para evitar o mitigar la doble imposición internacional;
- actúa como instrumento de certeza de las relaciones jurídicas;
- trata de prevenir la elusión y evasión fiscal;
- constituye una importante herramienta de auditoría.

Esos objetivos exigen definiciones tan precisas y claras como sea posible, que sean objeto de una interpretación tan uniforme como sea factible en los Estados Contratantes interesados.¹⁶

Algunos autores afirman que las cuestiones de doble imposición tienen limitada importancia para un Estado importador de capital porque el impuesto no es un factor decisivo en las decisiones de inversión y porque en general los CDIs y su aplicación no obstaculizan ni dificultan el comercio mundial. Por el contrario, los Estados que hacen un gran uso de las CDIs, reconocen claros intereses en la aplicación efectiva de las reducciones o beneficios procedentes de los mismos.

Cabe recordar que cuando dos Estados celebran un convenio, hacen concesiones recíprocas con el objeto de beneficiar a los residentes de ambos Estados, no previéndose su extensión a residentes de terceros Estados; es decir, que los acuerdos se celebran, en casi su totalidad, a nivel bilateral y prevén que los residentes en ambos países puedan acogerse a sus beneficios.

Es interesante resaltar que las ventajas previstas en los convenios son a menudo indebidamente aprovechadas por sujetos no residentes en los Estados contratantes, con el solo objeto de facilitar la

¹⁵ Williams, David W. Aspectos Prácticos en la aplicación de los convenios de doble imposición. Asociación Fiscal Internacional. Volumen V 83 b. 1998. Página 157.

¹⁶ Vogel, Klaus. Interpretación de los convenios de doble imposición. Congreso de Florencia. 1993. Página 123.

obtención de beneficios del convenio y es la afirmación anterior la que motiva el análisis de este trabajo.

Como se ha citado en páginas anteriores, existen cláusulas específicas cuyo alcance es específico, por circunscribirse a determinados aspectos del hecho o de la base imponible en los textos de los CDI, siguiendo los MOCDE y MONU (Modelo Organización Naciones Unidas):

- regla del beneficiario efectivo;
- cláusula de limitación de los beneficios;
- cláusula antielusiva en el artículo de residencia;
- cláusula antielusiva en el artículo de establecimiento permanente.

En la Argentina, salvo la segunda cláusula, se encuentra presente en todos los CDIs firmados que siguen los modelos de la OCDE y ONU. Como próximo paso, en el trabajo, se analizará la primera regla mencionada.

En cuanto al aspecto jurídico, en Argentina los convenios o acuerdos de derecho jurídico tienen jerarquía constitucional. Es obligatorio para los Estados contratantes, pero no necesariamente su aplicación es obligatoria para los privados, aunque en teoría un tratado no debería poner a un sujeto de forma más desventajosa al que lo pondría la legislación local del país.

Por último, se afirma que los CDIs constituyen uno de los mecanismos más importantes para reducir la tributación en el Estado de la fuente. El treaty shopping y el rule shopping -conceptos que serán abordados en páginas posteriores- constituyen las principales técnicas de planificación fiscal para lograr un resultado más beneficioso: obtener la menor tributación en el Estado de la fuente.

Originalmente, los CDIs fueron bilaterales, actualmente, la doctrina promueve el intercambio de CDIs de tipo multilateral de carácter regional. Los primeros CDIs datan de fines del siglo XIX y fueron suscriptos por Estados con fuertes alianzas políticas.

Existen cuatro modelos básicos de CDIs para evitar la doble imposición sobre la renta:

- Modelo de la OCDE de 1963 con sus modificaciones;
- Modelo de Naciones Unidas;
- Modelo del Pacto Andino;
- Modelo elaborado por el Departamento del Tesoro de USA de 1996.

Es conocida y reconocida la importancia de los dos primeros sobre el resto y del primero sobre el segundo. El Modelo de CDI de OCDE se convirtió en el estándar para la negociación bilateral de los CDIs entre los países desarrollados que con el correr de los años, se extendió a los países en desarrollo. La respuesta de los países en vías de desarrollo no tardó en llegar y es así que aparece el Modelo de Naciones Unidas como CDI alternativo.

El Modelo de CDI más adoptado es el MOCDE que asigna una jurisdicción fiscal –limitada- al país de la fuente a fin de favorecer o lograr un mayor equilibrio en el balance asimétrico en el flujo de inversiones, bienes, servicios y personas que se presentan en las relaciones económicas entre los países desarrollados y los en vías de lograrlo.

Por último cabe mencionar que el aumento de las soluciones bilaterales para los problemas fiscales internacionales ha significado la disminución de las soluciones unilaterales brindadas por las naciones (créditos por impuestos análogos pagados en el exterior).

Interpretación de los CDIs

Los tratados internacionales para evitar la doble imposición deben ser contemplados como cuerpos legales de rango jurídico especial, cuyo objetivo principal es el de repartir el poder tributario de los Estados Contratantes, de acuerdo con principios equitativos y razonables.¹⁷

Los CDIs son tratados de derecho internacional y en consecuencia resultan aplicables los principios para la interpretación de los tratados internacionales. Su creación y efectos son determinados de acuerdo a las reglas contenidas en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (CVDT). Dicho tratado marco fue suscripto el 23 de mayo de 1969, entrando en vigor desde el 1 de mayo de 1980, incorporado al Derecho Argentino por la Ley 19.865.

Tampoco se debe olvidar la interacción de los tratados internacionales con la normativa de derecho interno ya que es uno de los pilares fundamentales de la tributación internacional.

Interpretar una norma legal tributaria implica establecer una relación lógica entre su letra y los elementos

¹⁷ Vicchi, Juan Carlos. Interpretación de los convenios para evitar la doble imposición. Editorial Asociación Mutual de Empleados de la Dirección General Impositiva. Año 9, Volumen número 90. 1994. Página 7.

fácticos verificados en situaciones del mundo económico real.¹⁸

Al interpretar situaciones no definidas y hasta para determinar las consecuencias de la firma de un tratado, cada país posee sus propias reglas al momento de aplicar su normativa interna. Conjuntamente, no debe olvidarse que, muchas veces, los CDIs se negocian en un idioma, son redactados en otro y no necesariamente alguno de los dos prevalece en caso de conflicto de interpretación, pudiendo existir un tercero.

En primer lugar, se debe aclarar el efecto de la ley internacional sobre la ley doméstica y es aquí donde se encuentra la primera discusión que en Argentina fue salvada por la jurisprudencia y luego confirmada mediante reforma constitucional. Es así que se pueden señalar dos posturas:

- *Efecto directo de los tratados internacionales*: son auto-ejecutables y automáticamente forman parte de la ley doméstica cuando sean ratificados o aprobados por el parlamento.
- *Efecto indirecto de los tratados internacionales*: deben ser sancionados en el ordenamiento legal, siguiendo una serie de pasos legislativos.

Como ya se ha mencionado, en la República Argentina la cuestión fue solucionada en el Caso *Ekmekdjian vs Sofovich* (CSJN 1992). En el mismo se le otorga mayor jerarquía al derecho internacional convencional sobre el derecho interno en virtud de lo dispuesto en la CVDT.

Luego, tal doctrina fue ratificada en la reforma constitucional de 1994 mediante la consagración del artículo 74 inciso 22 el cual establece que los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes.

De lo mencionado en párrafos anteriores, se pueden extraer varias conclusiones:

- una ley doméstica no puede derogar un tratado, la única forma para que éstos pierdan su vigencia en el orden interno es su denuncia mediante un procedimiento establecido;
- las decisiones, acuerdos y demás instrumentos internacionales amparados por tratados internacionales incorporados al ordenamiento legal interno mediante ley del Congreso de la Nación gozan del tributo de supra-legalidad;
- el Estado se encuentra inhabilitado para invocar las disposiciones del derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado;
- los CDIs tienen carácter operativo y no programático, no puede el Estado Argentino invocar la

¹⁸ Vicchi, Juan Carlos. Interpretación de los convenios para evitar la doble imposición. Editorial Asociación Mutual de Empleados de la Dirección General Impositiva. Año 9, Volumen número 90. 1994. Página 8.

falta de reglamentación de una determinada cláusula para no aplicarla;

- si bien los CDIs tienen preeminencia respecto de la legislación local, solo opera en favor de los contribuyentes amparados en el convenio, no así cuando éste cree obligaciones tributarias inexistentes en la legislación local o agraven las existentes.

Cabe aclarar que algunos autores afirman que la distinción entre la teorías monista y dualista no es pertinente para interpretación de dichos convenios.

El derecho internacional distingue entre la interpretación auténtica, individual y judicial de los tratados de derecho internacional.¹⁹

Esos mismos autores son los que definen a la interpretación auténtica en la basada en acuerdos complementarios de los Estados Contratantes de igual rango y establecidos conforme al mismo procedimiento que el tratado inicial. La interpretación judicial corresponde a una jurisdicción internacional que si bien no existe en la actualidad se ha declarado deseable y la individual la realizan las autoridades fiscales o tribunales nacionales.

Luego de esta breve introducción, se procede a analizar las diferentes reglas, generales y particulares, de las cuales se sirven los contribuyentes y sus asesores al momento de dirimir cuestiones confusas o no regladas.

Como *primera regla general y marco* y bajo los principios de interpretación que brinda la CVDT, se cita el principio de “Pacta sunt Servanda”previsto en el *artículo 26* del Convenio:

Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe.

Tal pauta se complementa con el *artículo siguiente (27)* el cual establece que: *una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado.*

Y si de reglas de interpretación se trata, se continúa transcribiendo el *artículo 31*:

1. Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin.

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

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

¹⁹ Vogel, Klaus. Interpretación de los convenios de doble imposición. Congreso de Florencia. 1993. Página 130.

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

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

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

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

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

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

Los articulados citados pueden considerarse las normas medulares al momento de dilucidar un problema o aplicar un CDI.

Continuando con el análisis, se cita *el artículo 32* que establece los siguientes medios complementarios de interpretación a saber:

Medios de interpretación complementarios. Se podrán acudir a medios de interpretación complementarios, en particular a los trabajos preparatorios del tratado y a las circunstancias de su celebración, para confirmar el sentido resultante de la aplicación del artículo 31, o para determinar el sentido cuando la interpretación dada de conformidad con el artículo 31: a) deje ambiguo u oscuro el sentido; o b) conduzca a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable.

Por último y en cuanto a la interpretación del idioma, se menciona el *artículo 33*:

Interpretación de tratados autenticados en dos o más idiomas.

1. Cuando un tratado haya sido autenticado en dos o más idiomas, el texto hará igualmente fe en cada idioma, a menos que el tratado disponga o las partes convengan que en caso de discrepancia prevalecerá uno de los textos.

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

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

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

objeto y fin del tratado.

Tanto el Modelo de Convenio de la OCDE (MOCDE) y de Naciones Unidas (MONU) también establecen reglas de interpretación que se complementan a las ya comentadas. Dichas se encuentran en *el segundo párrafo de su artículo 3: Para la aplicación del Convenio por un Estado contratante en un momento determinado, cualquier término o expresión no definida en el mismo tendrá, a menos que de su contexto se infiera una interpretación diferente, el significado que en ese momento le atribuya la legislación de ese Estado relativa a los impuestos que son objeto del Convenio, prevaleciendo el significado atribuido por esa legislación fiscal sobre el que resultaría de otras Leyes de ese Estado.*

Es interesante destacar algunos aspectos que figuran en los Comentarios del artículo citado. Se establece un criterio general de interpretación de los términos utilizados en el Convenio y no definidos en el mismo. Se plantea la cuestión, sin embargo, de determinar cuál es la legislación aplicable para interpretar los términos no definidos en el Convenio pudiendo ser la legislación vigente en el momento de la firma del Convenio -interpretación estática- o la legislación vigente en el momento de su aplicación- es decir, cuándo se exige el impuesto -interpretación dinámica-. El Comité de Asuntos Fiscales ha concluido que ha de prevalecer esta última y en 1995 modificó el Modelo para precisar dicho punto explícitamente. Es decir que la posición dominante corresponde a la interpretación ambulatoria.

No obstante, el apartado 2 especifica que la legislación del Estado contratante es aplicable solamente si el contexto no requiere una interpretación diferente. El contexto está constituido, en particular, por la intención de los Estados contratantes en el momento de la firma del Convenio, así como por el significado que la legislación del otro Estado contratante atribuye al término de que se trate. Por consiguiente, los términos del Artículo permiten cierta flexibilidad a las autoridades competentes. Es interesante mencionar que los CDIs tienen por finalidad distribuir equitativamente el producto de los impuestos entre los Estados Contratantes.

Según surgen de los mismos comentarios, las pautas señaladas, establecen un equilibrio satisfactorio entre, por una parte, la necesidad de asegurar la permanencia de los compromisos contraídos por los Estados al firmar el Convenio (ya que no puede permitirse que un Estado haga parcialmente inoperante un Convenio modificando con posterioridad, en su legislación interna, el sentido de los términos no definidos en el mismo) y, por otra parte, las exigencias de una aplicación adecuada y práctica del Convenio a lo largo del tiempo (debe evitarse la necesidad de referirse a conceptos anticuados).

Además, el significado de los términos o expresiones no definidos en el Convenio podrá determinarse por referencia a las disposiciones aplicables del Derecho interno de un Estado contratante, se trate o no de legislación tributaria. Sin embargo, cuando un término o expresión se defina de forma diferente por las distintas ramas jurídicas de un Estado contratante, el sentido que le atribuye la legislación relativa a los impuestos comprendidos en el ámbito del Convenio prevalecerá sobre cualesquiera otros, incluyendo los

que resulten de otras leyes fiscales.

Por último, los Estados, que pueden firmar acuerdos amistosos (conforme a las disposiciones del Artículo 25) para establecer el significado de los términos y expresiones no definidos en el Convenio, deberán tener en cuenta tales acuerdos al interpretar dichos términos y expresiones.

No hay que perder de vista que la interpretación depende siempre, en definitiva, de la personalidad de su autor y constituye por ellos un acto creador. Por ello no existe interpretación absolutamente exacta en el sentido de que sea definitiva y válida para siempre. De hecho, una interpretación solo puede ser “exacta” si es arbitraria.²⁰

Una solución a los problemas de interpretación podría consistir en crear aspectos jurídicos “supranacionales” estableciendo por ejemplo la situación comparativa de las órdenes jurídicas de todos los Estados. La formación de esa terminología internacional debe buscarse en la creación de modelos de convenios por parte de la Sociedad de Naciones, la OCDE y la Organización de Naciones Unidas.²¹

Para concluir el tema se enunciarán importantes recomendaciones que deben observarse con especial cuidado:

- Los CDIs deben fomentar la equidad fiscal y solo pueden alcanzar el objetivo si promulgan una interpretación concordante por parte de las autoridades administrativas y tribunales de los Estados Contratantes.
- Como regla general, los métodos y criterios aplicados para interpretar los CDIs, no pueden ser los mismos que los utilizados para interpretar el derecho nacional. Se debe combinar rigor con flexibilidad
- Se deben observar las reglas de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.
- Sería recomendable que los CDIs remitieran a los Comentarios sobre los artículos del Modelo OCDE como directiva obligatoria.
- Debería establecerse una jurisdicción internacional de arbitraje para regular las cuestiones relativas a los convenios.
- Convendría recurrir a una interpretación concordante y recíproca entre las decisiones judiciales y administrativas de los Estados Contratantes.
- Deberían limitarse expresamente cuando el CDI remitiera al derecho nacional de los Estados Contratantes.
- Se debiera definir expresamente y con mayor amplitud los conceptos utilizados, contribuyendo a la

²⁰ Vogel, Klaus. Interpretación de los convenios de doble imposición. Congreso de Florencia. 1993. Página 124.

²¹ Vogel, Klaus. Interpretación de los convenios de doble imposición. Congreso de Florencia. 1993. Página 121.

elaboración de una “terminología fiscal internacional”.

Todas estas pautas serán y son en la práctica de gran utilidad cuando en el desarrollo del título siguiente se intente definir o entender el término de beneficiario efectivo.

CLAÚSULA DE BENEFICIARIO EFECTIVO

Naturaleza, Definición, Utilidad y Objetivos.

Como ya se ha mencionado, el uso frecuente de la herramienta de la planificación fiscal y cuando ella transcurre en el ámbito internacional, hace inevitable la utilización de CDIs y en consecuencia el uso del término beneficiario efectivo plasmado en sus textos.

Ya hace más de tres décadas que el concepto fue incluido en los artículos 11, 12 y 13 del Modelo OCDE - posteriormente adoptada por las Naciones Unidas- y en los tiempos que corren cada vez se acude con mayor frecuencia a su uso. Aún así, la definición en los CDIs es problemática.

El empleo más asiduo del término guarda estrecha vinculación con los esfuerzos que se vienen realizando a nivel mundial para combatir el lavado de dinero y el financiamiento del terrorismo, pero su origen o motivación muchas veces no está claro y por eso las complicaciones al momento de delinear su alcance.

El término se origina en el derecho anglosajón donde resulta posible distinguir entre el propietario formal (legal owner) y el propietario económico o material (beneficial owner). Dicho origen conlleva una acepción técnica legal específica en el sistema del common law, la ley del trust, designando la condición jurídica de beneficiario, o sea el derecho en equidad que dicha legislación atribuye a los beneficiarios. Es un término ajeno a los países que adoptan el derecho continental europeo no admitiendo, como regla general, un desmembramiento de la propiedad -excepciones a dicha regla son la figura del usufructo y fideicomiso-.

Hay consenso entre los doctrinarios que el alcance de dicho término en el contexto de los CDIs escapa a la noción técnica de la law of trust.

No es fácil encontrar una definición categórica que permita claramente establecer el alcance del vocablo y mucho menos en lo que respecta al ámbito de la tributación internacional.

Se podrían seguir señalando algunas definiciones que no refieren directa o exclusivamente al plano impositivo. En éste sentido, la primera definición fue realizada por el Grupo de Acción Financiera (GAFI), grupo intergubernamental que establece estándares, desarrolla y promueve políticas para combatir el lavado de activos y el financiamiento del terrorismo.

Según este organismo en el Informe “Las 40 Recomendaciones” del 20 de junio del 2003 reafirmadas en febrero del 2013; *beneficiario efectivo o final hace referencia a las personas físicas que son los propietarios finales o tienen el control final de un cliente y/o de la persona en cuyo nombre se realiza una operación. También comprende a aquellas personas que ejercen el control efectivo final sobre una persona jurídica o acuerdo legal.*

Otra definición fue esbozada por la Comunidad Europea que ha efectuado algunas precisiones al respecto en el marco de la fiscalidad en los rendimientos del ahorro. Según la Directiva 48/2003 del Consejo de la Comunidad Europea del 3 de junio del 2003 en su artículo 2, se establece lo siguiente:

1. A efectos de la presente Directiva, por beneficiario efectivo se entenderá *cualquier persona física que reciba un pago de intereses o cualquier persona física en cuyo beneficio se atribuya un pago de intereses, salvo en caso de que aporte pruebas de que dicho pago no se ha efectuado en beneficio suyo*, es decir:

1. a) actúa en calidad de agente pagador en el sentido del apartado 1 del artículo 4, o
 - b) actúa por cuenta de una persona jurídica, una entidad sujeta a imposición sobre sus beneficios de acuerdo con las normas generales de la tributación de las empresas, un OICVM -Organismo de Inversión Colectiva de Valores Mobiliarios- autorizado de conformidad con la Directiva 85/611/CEE o una entidad de las mencionadas en el apartado 2 del artículo 4 de la presente Directiva y que, en este último caso, comunica el nombre y la dirección de esa entidad al operador económico que efectúe el pago de los intereses, el cual, a su vez, transmite dichas informaciones a la autoridad competente del Estado miembro en que esté establecido, o
 - c) actúa por cuenta de otra persona física que sea el beneficiario efectivo y comunica al agente pagador la identidad de ese beneficiario efectivo de conformidad con el apartado 2 del artículo 3.
2. Cuando un agente pagador tenga datos que sugieran que la persona física que recibe el pago de intereses, o a la que se atribuye un pago de intereses, puede no ser el beneficiario efectivo, y cuando las letras a) y b) del apartado 1 no se apliquen a dicha persona, deberá adoptar medidas razonables para establecer la identidad del beneficiario efectivo con arreglo a lo dispuesto en el apartado 2 del artículo.
3. En caso de que el agente pagador no pueda identificar al beneficiario efectivo, considerará como beneficiario efectivo a la persona física en cuestión.

Se aclara en este punto que el artículo 3 de la directiva analizada trata sobre la identidad y residencia del beneficiario efectivo y su artículo 4 brinda una definición de agente pagador.

Avanzando en la cuestión, en el campo de la tributación internacional, la cuestión radica en desentrañar si el perceptor de un determinado concepto de renta, residente de un país con el cual el país donde reside el sujeto pagador ha suscripto un CDI, es su real beneficiario y por ende, resulta de aplicación el tratamiento preferencial que otorga dicho acuerdo bilateral.

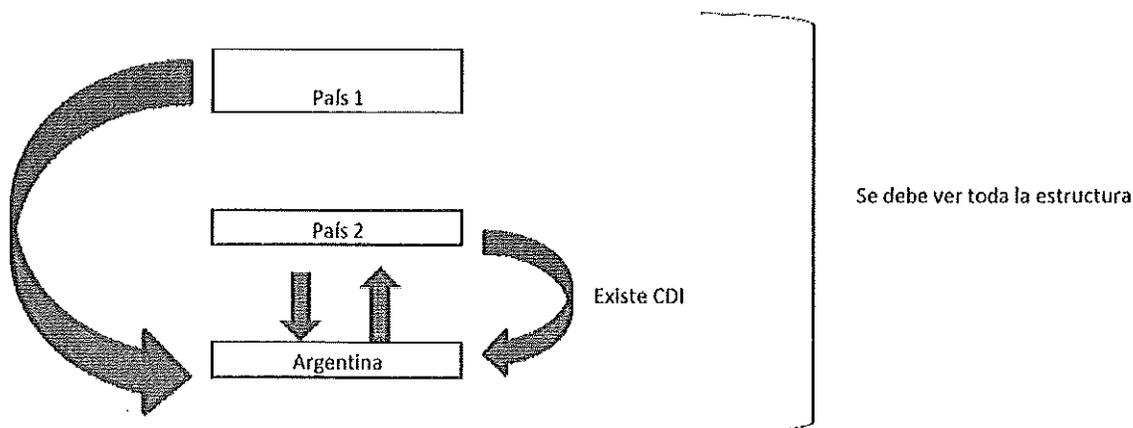
El concepto es de suma importancia para la correcta aplicación de los CDI, el objetivo que persigue es evitar que se haga uso indebido de los beneficios que otorgan estos, principalmente los que consisten en la reducción de las tasas de retención sobre rentas cubiertas por los artículos 10 -dividendos-, 11-intereses- y

12-regalías-

El solo hecho de que un residente de un Estado contratante reciba rentas cubiertas por un CDI en los artículos mencionados, provenientes de otro Estado contratante, no le da derecho a obtener los beneficios del mismo, ya que el contribuyente debe cumplir con el requisito de ser el beneficiario efectivo del concepto en cuestión.²²

A más de treinta años de su aparición, la definición del término dista de ser ajena a discusiones y diferencias doctrinarias y es por ello que a continuación se tratará de reflejar, de la mejor manera posible, las diferentes posturas y problemáticas sobre la materia.

Marco del Beneficiario Efectivo



Este simple esquema trata de explicar lo siguiente: entre el País 1 y Argentina existe no existe CDI, lo contrario ocurre con el País 2. Bajo éstos supuestos los agentes económicos en busca de una estructura fiscal y de negocios cada vez más eficiente son libres de ordenarse y combinar distintas opciones económicas y legales. Lo que es criticado y se pretende evitar es un burdo *back to back*; en donde el sujeto del País 2 sea vacío de negocio y estructura. Se debe probar que existe una razón de negocio y sustancia suficiente para aplicar los beneficios de un tratado –la reducción de la tasa como beneficio buscado-

Concepto de Beneficiario Efectivo en el contexto internacional y en los CDIs

En 1963, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) estableció en su Modelo de Convención para Impuestos sobre Capital e Ingreso diversos beneficios para quienes fueran receptores de dividendos, intereses o regalías, pero no se incluyó en el mismo el significado de beneficiario efectivo.

Fue recién en el año 1977 cuando se introdujo el concepto en los artículos 10, 11 y 12 relativos a los pagos de dividendos, intereses y regalías respectivamente. El concepto también fue aceptado por la Convención

²² Edelstein, Andrés. Consideraciones sobre el concepto de Beneficiario Efectivo. Consultor Tributario 37. Errepar. Marzo 2010.

Modelo de la ONU. Finalmente en la edición del 2003 del MOCDE se modificaron los Comentarios expresando que dicho término no es utilizado en sentido técnico, sino acotado, debiendo entenderlo o aplicarlo en su contexto y a la luz del objetivo y propósito del Convenio, incluyendo evitar la doble imposición y la prevención de la evasión y elusión fiscal.

Como se ha mencionado, la cláusula de beneficiario efectivo es de carácter específico -destinada a proteger determinados aspectos del hecho o de la base imponible en los textos de los CDIs-. Su definición es problemática y su motivación y alcance difíciles de fijar.

Si de antecedentes históricos se trata, el más remoto se encuentra en el Protocolo Adicional del CDI entre Reino Unido y Estados Unidos de 1945, en el cual se sustituyó la condición de que *el receptor de los pagos de dividendos, intereses y regalías esté sujeto a impuesto en el otro Estado, por la condición de beneficiario owner*, pero sin definirlo.

El tratamiento que el MOCDE utiliza frente a este tipo de rentas es el de ejercer potestad tributaria compartida, pues se hallan alcanzadas en el país de residencia, pero si cumplen con determinadas condiciones, también estarán sujetas a tributación en la fuente con alícuotas limitadas. Se decide limitar el poder de imposición del país de la fuente en cuanto a la magnitud del impuesto que se le exige al no residente.

El límite solamente se aplica cuando el beneficiario efectivo de las rentas generadas en el país de la fuente tenga la condición de residente en el otro Estado signatario del Convenio. En caso contrario, tales disposiciones no son aplicables y el Estado de la fuente no verá limitado su potestad impositiva. Entonces, como condición necesaria pero no suficiente, se entiende que para poder ser beneficiario efectivo de la renta se debe ser residente del otro Estado firmante del CDI.

A continuación se transcriben los artículos mencionados -10, 11 y 12-, resaltando las frases relevantes del tema para su posterior análisis.

Artículo 10: DIVIDENDOS

1. 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.
2. Sin embargo, dichos dividendos pueden someterse también a imposición en el Estado contratante en que resida la sociedad que paga los dividendos y según la legislación de ese Estado; *pero, si el beneficiario efectivo de los dividendos es un residente del otro Estado contratante, el impuesto así exigido no podrá*

exceder del:

1. a) 5 por 100 del importe bruto de los dividendos si el beneficiario efectivo es una sociedad (excluidas las sociedades de personas –*partnerships*–) que posea directamente al menos el 25 por 100 del capital de la sociedad que paga los dividendos;
2. b) 15 por 100 del importe bruto de los dividendos en los demás casos.

Las autoridades competentes de los Estados contratantes establecerán de mutuo acuerdo las modalidades de aplicación de estos límites.

Este apartado no afecta a la imposición de la sociedad respecto de las utilidades con cargo a las cuales se pagan los dividendos.

3. El término “dividendos”, en el sentido de este Artículo, significa las rentas de las acciones, de las acciones o bonos de disfrute, de las participaciones mineras, de las partes de fundador u otros derechos, excepto los de crédito, que permitan participar en las utilidades, así como las rentas de otras participaciones sociales sujetas al mismo régimen fiscal que las rentas de las acciones por la legislación del Estado de residencia de la sociedad que hace la distribución.

4. Las disposiciones de los apartados 1 y 2 no son aplicables si el beneficiario efectivo de los dividendos, residente de un Estado contratante, realiza en el otro Estado contratante, del que es residente la sociedad que paga los dividendos, una actividad empresarial a través de un establecimiento permanente situado allí y la participación que genera los dividendos está vinculada efectivamente a dicho establecimiento permanente. En tal caso son aplicables las disposiciones del Artículo 7.

5. Cuando una sociedad residente de un Estado contratante obtenga utilidades o rentas procedentes del otro Estado contratante, ese otro Estado no podrá exigir impuesto alguno sobre los dividendos pagados por la sociedad, salvo en la medida en que esos dividendos se paguen a un residente de ese otro Estado o la participación que genera los dividendos esté vinculada efectivamente a un establecimiento permanente situado en ese otro Estado, ni tampoco someter las utilidades no distribuidas de la sociedad a un impuesto sobre las mismas, aunque los dividendos pagados o las utilidades no distribuidas consistan, total o parcialmente, en utilidades o rentas procedentes de ese otro Estado.

Artículo 11: INTERESES

1. Los intereses procedentes de un Estado contratante y pagados a un residente del otro Estado contratante pueden someterse a imposición en ese otro Estado.
2. Sin embargo, dichos intereses pueden someterse también a imposición en el Estado contratante del

que procedan y según la legislación de ese Estado, *pero si el beneficiario efectivo de los intereses es un residente del otro Estado contratante, el impuesto así exigido no podrá exceder del 10 por 100 del importe bruto de los intereses*. Las autoridades competentes de los Estados contratantes establecerán de mutuo acuerdo las modalidades de aplicación de ese límite.

3. El término “intereses”, en el sentido de este Artículo, significa las rentas de créditos de cualquier naturaleza, con o sin garantía hipotecaria o cláusula de participación en las utilidades del deudor, y en particular las rentas de valores públicos y las rentas de bonos y obligaciones, incluidas las primas y premios unidos a esos títulos. Las penalizaciones por mora en el pago no se consideran intereses a efectos del presente Artículo.
4. Las disposiciones de los apartados 1 y 2 no son aplicables si el beneficiario efectivo de los intereses, residente de un Estado contratante, realiza en el otro Estado contratante, del que proceden los intereses, una actividad empresarial por medio de un establecimiento permanente situado allí, y si el crédito que genera los intereses está vinculado efectivamente a dicho establecimiento permanente. En tal caso son aplicables las disposiciones del Artículo 7.
5. Los intereses se consideran procedentes de un Estado contratante cuando el deudor sea un residente de ese Estado. Sin embargo, cuando el deudor de los intereses, sea o no residente de un Estado contratante, tenga en un Estado contratante un establecimiento permanente en relación con el cual se haya contraído la deuda por la que se pagan los intereses, y estos últimos son soportados por el citado establecimiento permanente, dichos intereses se considerarán procedentes del Estado contratante en que esté situado el susodicho establecimiento permanente.
6. Cuando en razón de las relaciones especiales existentes entre el deudor y el beneficiario efectivo, o de las que uno y otro mantengan con terceros, el importe de los intereses, habida cuenta del crédito por el que se paguen, exceda del que hubieran convenido el deudor y el acreedor en ausencia de tales relaciones, las disposiciones de este Artículo no se aplicarán más que a este último importe. En tal caso la cuantía en exceso podrá someterse a imposición de acuerdo con la legislación de cada Estado contratante, teniendo en cuenta las demás disposiciones del presente Convenio.

Artículo 12: REGALÍAS

1. Las regalías procedentes de un Estado contratante y cuyo beneficiario efectivo es un residente del otro Estado contratante solo pueden someterse a imposición en ese otro Estado.

2. El término “regalías”, en el sentido de este Artículo, significa las cantidades de cualquier clase pagadas por el uso, o la concesión de uso, de derechos de autor sobre obras literarias, artísticas o científicas, incluidas las películas cinematográficas, de patentes, marcas, diseños o modelos, planos,

fórmulas o procedimientos secretos, o por informaciones relativas a experiencias industriales, comerciales o científicas.

3. Las disposiciones del apartado 1 no son aplicables si el beneficiario efectivo de las regalías, residente de un Estado contratante, realiza en el Estado contratante del que proceden las regalías una actividad empresarial por medio de un establecimiento permanente situado allí, y si el bien o el derecho por el que se pagan las regalías está vinculado efectivamente a dicho establecimiento permanente. En tal caso son aplicables las disposiciones del Artículo 7.

4. Cuando, por las relaciones especiales existentes entre el deudor y el beneficiario efectivo o por las que uno y otro mantengan con terceros, el importe de las regalías, habida cuenta del uso, derecho o información por los que se pagan, exceda del que habrían convenido el deudor y el beneficiario efectivo en ausencia de tales relaciones, las disposiciones de este Artículo no se aplicarán más que a este último importe. En tal caso la cuantía en exceso podrá someterse a imposición de acuerdo con la legislación de cada Estado contratante, teniendo en cuenta las demás disposiciones del presente Convenio.

Como se ha mencionado a lo largo del trabajo, la introducción de este requisito ha tenido como propósito establecer una condición adicional para que se apliquen las limitaciones a la tributación sobre los dividendos, intereses y regalías. En caso de cumplir tal requisito, el Estado de la fuente debe resignar su potestad tributaria, total o parcialmente. La cláusula implica que el residente del otro Estado que percibe el rendimiento en cuestión tiene que ser el beneficiario efectivo del mismo, de lo contrario, no resultarán aplicables las disposiciones del Convenio citadas.

Se afirma que la expresión bajo análisis es uno de los mecanismos existentes para evitar o mitigar el denominado *treaty shopping* o abuso de los tratados internacionales para reducir el pago de impuestos. Por el contrario, no se podría afirmar con el mismo énfasis la efectividad de la misma en cuanto al objetivo propuesto. La inclusión del término beneficiario efectivo en las cláusulas de los CDIs es tal vez una medida mínima de protección ya que los países más avanzados en la materia incluyen una serie de disposiciones que complementan y/o restringen fuertemente la posibilidad de aplicar indebidamente los beneficios establecidos en los acuerdos bilaterales, por ejemplo, la cláusula de limitación de beneficios.

El tratamiento preferencial que otorgan los acuerdos, imponiendo alícuotas máximas de imposición en el país de la fuente, redundará en un importante alivio cuando el sujeto pagador es un residente argentino, considerando las alícuotas vigentes en la legislación local. Si de brindar ejemplos se trata; la alícuota de retención aplicable con las regalías, que de alcanzar una tasa máxima del 31,5% en la legislación local, se puede limitar sustancialmente hasta un 10%, según lo establecido en un CDI.

Continuando con la historia y evolución del término estudiado, en 1986, el Comité Fiscal de la OCDE,

consideró necesario darle a la expresión de beneficiario efectivo un significado distinto al que le asignaba el derecho común, heredado del derecho anglosajón. Dicha preocupación fue receptada e incorporada en los comentarios del artículo 10 en los párrafos 12 y 12.1. Cabe aclarar que tal modificación fue reflejada en el año 2003.

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

Si un elemento de renta es percibido por un residente de un Estado contratante que actúa en su calidad de agente o de mandatario, sería contradictorio con los objetivos e intenciones del Convenio que el Estado de la fuente concediera una desgravación o una exención fiscal basándose exclusivamente en el estatus de residente de otro Estado contratante del receptor inmediato de la renta. En estas circunstancias el receptor inmediato de la renta merece la consideración de residente, sin que por ello se plantee ningún problema de doble imposición como resultado de su estatus puesto que a efectos fiscales en el Estado de residencia no se considera al receptor como el propietario de la renta. También sería contradictorio con los objetivos e intenciones del Convenio que el Estado de la fuente concediera una desgravación o una exención de impuesto a un residente de un Estado contratante que, sin tener calidad de agente o de mandatario, actúa simplemente como intermediario de otra persona que de hecho es el beneficiario de la renta implicada. Por los motivos expuestos, el informe del Comité de Asuntos Fiscales titulado “Convenios de doble imposición y utilización de sociedades instrumentales” –Double Taxation Conventions and the Use of Conduit Companies / Les Conventions préventives de la double imposition et l’utilisation des sociétés relais–/ llega a la conclusión de 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.

Con los comentarios citados queda claro que sería inconsistente con el objeto del Modelo que el Estado fuente eximiera al receptor inmediato, residente del otro Estado, por un ingreso que éste perciba en calidad de agente o *asignado*; esta situación no se traduciría en una doble imposición por cuanto el receptor de la renta no es considerado como beneficiario del ingreso para efectos impositivos en el Estado donde reside.

Asimismo, resultaría inconsistente que el Estado fuente eximiera al residente del otro Estado que actúa como “conducto” o “vehículo” de un tercer Estado que es el que recibe efectivamente el beneficio del ingreso respectivo; concluyéndose que las compañías conducto o vehículo no puede considerarse como beneficiario efectivo ya que, aún cuando sea el propietario formal, tiene poderes limitados para actuar sobre los ingresos que obtiene. La razón de ser de tal exclusión es que las sociedades conducto que se interponen entre el pagador de la renta y su beneficiario efectivo, celebran contratos o asumen obligaciones y cumplen funciones similares a un agente o mandatario que nada tienen que ver con la condición del beneficial owner.

Un supuesto particular se plantea cuando tanto el perceptor de la renta como el beneficiario efectivo, siendo personas distintas, residen en un mismo Estado suscriptor del CDI. Una interpretación literal del CDI llevaría a interpretar que no sería aplicable, conclusión que sería contraria al espíritu del tratado toda vez que no se producen en tal caso las circunstancias que la norma pretende evitar, esto es que residentes de terceros estados accedan a los beneficios del CDI suscripto ente dos estados.

Otro supuesto que plantea mayor dificultad se presenta cuando el beneficiario efectivo del rendimiento reside en el otro Estado contratante y el perceptor es residente de un tercer Estado. Una interpretación literal implicaría denegar la aplicación de los límites de imposición en el país fuente; pero habida cuenta de la intención y propósito de los CDI parece razonable sostener que, también en este caso, corresponde la aplicación de los mismos.

Esta última postura, es sustentada por importante doctrina según la cual la frase...”pagados...a un residente en el otro Estado contratante” debe ser interpretada en un sentido amplio. Debe entenderse que un pago realizado a la persona que recibe el rendimiento es un pago realizado directamente al beneficiario efectivo, por ser ésta la persona que en última instancia va a tener derecho a disponer de este.

Lo relevante es donde reside el beneficiario efectivo y no el lugar donde reside el perceptor del rendimiento.

Retomando los comentarios del artículo II se citan los siguientes párrafos:

Conviene llamar la atención sobre el caso de que el beneficiario efectivo de los intereses procedentes de un Estado contratante sea una sociedad residente del otro Estado contratante con las siguientes características: su capital pertenece, en todo o en parte, a accionistas no residentes de este último Estado; habitualmente no distribuye sus utilidades en forma de dividendos y goza de un régimen fiscal preferencial (sociedad privada de inversión, sociedad controlada). Puede plantearse la cuestión de si está justificado conceder a esta sociedad, en el Estado de la fuente de los intereses, la limitación del impuesto prevista en el apartado 2. En las negociaciones bilaterales pueden estipularse, en su caso, derogaciones especiales a la regla de imposición contenida en las disposiciones de este Artículo para definir el régimen aplicable a estas sociedades.

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. El término establece que el Estado de la fuente no está obligado a renunciar a su derecho a percibir un impuesto sobre unos ingresos por intereses por el mero hecho de que dichos ingresos pasaron inmediatamente a manos de un residente de un país con el que el Estado de la fuente tiene suscrito un convenio. El concepto “beneficiario efectivo” no se utiliza en su sentido técnico más estricto, sino que debe más bien interpretarse en su contexto y a la luz de los objetivos e intenciones del Convenio, incluyendo la voluntad de evitar la doble imposición y de prevenir la evasión y la elusión fiscales.

Cabe aclarar que en materia de dividendos, intereses y regalías, el concepto de beneficiario efectivo se refiere exclusivamente al rendimiento del tipo de ingreso y no a la participación, préstamo o derecho de propiedad intelectual, industrial o comercial. Es decir que, es necesaria tener la condición de beneficiario efectivo del rendimiento del tipo de renta no siendo necesario ser titular del activo que los origina.

No existen documentos ni otros materiales preparatorios disponibles que esclarezcan cuál fue la intención de la inserción de tales párrafos, con excepción del informe titulado: Double Taxation Conventions and the Use of Conduit Companies publicado por la OCDE en el 2010, en el que se afirma: los artículos 10 a 12 del Modelo OECD deniegan la limitación del impuesto en el Estado de fuente sobre los dividendos, intereses y regalías si la sociedad conducto no es su “beneficiaria efectiva”. Entonces la limitación no está disponible cuando, económicamente, beneficiaría a una persona sin derecho al convenio quien interpuso la sociedad conducto como un intermediario entre él y el pagador de la renta.²³ Son válidas las consideraciones mencionadas en los párrafos anteriores respecto de la diferente ubicación del perceptor y/o beneficiario efectivo de la renta.

Diferentes posturas sobre su sentido y alcance

Se ha mencionado anteriormente que la principal problemática se plantea en el alcance de la expresión y vinculada con una cuestión dogmática, es su falta de definición expresa en el Modelo de la OCDE y también la ONU, planteándose la inquietud acerca de cómo debe establecerse su significado.

Para dar respuesta a la pregunta se presentan varias alternativas, las cuales ya han sido analizadas dentro del título de CONVENIOS DE DOBLE IMPOSICIÓN-INTERPRETACIÓN DE TRATADOS -se remite al lector a dichas páginas-:

- propiciar una definición autónoma, lo cual garantizaría una aplicación uniforme de los convenios

23 Rajmilovich, Darío, Planificación Fiscal Internacional. Editorial La Ley. Primera Edición. 2013. Página 94.

por parte de los países contratantes;

- hacer remisión a las disposiciones del derecho interno del país involucrado. En tal sentido, la definición debería ser proporcionada por el Estado de la fuente ya que es éste último el que debe aplicar el concepto a los fines de validar la limitación del impuesto en la fuente sobre los pagos de intereses, dividendos y regalías.

Siguiendo con las pautas de interpretación, se comienza el análisis por el artículo 3° del mismo MOCDE, el cual señala que a falta de definición en el CDI se deberá acudir a lo establecido en la ley doméstica.

*Para la aplicación del Convenio por un Estado contratante en un momento determinado, cualquier término o expresión no definida en el mismo tendrá, a menos que de su contexto se infiera una interpretación diferente, el significado que en ese momento le atribuya la legislación de ese Estado relativa a los impuestos que son objeto del Convenio, prevaleciendo el significado atribuido por esa legislación fiscal sobre el que resultaría de otras Leyes de ese Estado.*²⁴

Pero como también se ha comentado, la ley local tampoco brinda una solución adecuada al problema. Si bien se puede encontrar jurisprudencia y opiniones fiscales respecto del alcance y significado del término en algunos países y cada vez son más, actualmente, no existe país que contenga una definición precisa en su legislación doméstica.

Descartada la aplicación del artículo 3° y según las pautas brindadas por la ley y la doctrina, se debe recurrir a la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados en sus artículos 31 -reglas de interpretación- y 32 -medios de interpretación complementarios-. Cabe recordar al lector que los mismos han sido citados y analizados en el título *Interpretación de CDIs*.

Una vez analizadas todas las alternativas posibles en cuanto a la interpretación del término, solo queda por resaltar la importancia de los criterios esgrimidos por la OCDE en los Comentarios del Modelo y sus reportes sobre esta temática ya que adquieren gran relevancia para esclarecer o fijar pautas que permitan inferir el significado del término beneficiario efectivo. Tal alternativa demuestra que se trata de una terminología propia del derecho tributario internacional que se fue y sigue perfilando con la evolución de la misma disciplina.

Entonces, se opta por la alternativa de proporcionar una definición autónoma internacional porque tal, como lo promulgan los artículos 31 y 32 de la CVDT, respeta en mayor medida el espíritu de los CDIs, sus objetivos y propósitos. Además, en la gran mayoría de los países no existe una definición precisa del término que permita inferir que los Estados miembros de la OCDE hayan tenido la intención de someter la

24 Modelo OCDE Artículo 3 párrafo 2.

definición de este concepto a la legislación fiscal de cada Estado.

Por el otro lado, como crítica a estos comentarios, la forma enunciativa de los mismos deja una incógnita sobre su alcance y extensión, en especial del elemento o denominador común que define la exclusión de los beneficios del CDI por ausencia de beneficial ownership.

La importancia de atribuir una interpretación unívoca al término radica en dos cuestiones fundamentales. El primero, porque determina si una persona goza de los beneficios de un CDI con respecto a los dividendos, intereses y regalías y en segundo lugar, se convierte en una pauta para la atribución de bases en cuanto a las potestades tributarias en el marco de un CDI.

Otra cuestión, de primordial trascendencia, es determinar si el término debe interpretarse desde una óptica estrictamente legal o por el contrario implica un análisis de sustancia económica. Se dice que es de primordial importancia ya que es donde la doctrina se divide fuertemente y es la cuestión de fondo fundamental que permitirá esbozar una definición en un futuro, positivamente, no muy lejano.

Desde la óptica de la sustancia económica de la operación; la condición de beneficiario efectivo requiere de la libertad en la disponibilidad del ingreso en manos del receptor como condición a cumplir desde un punto de vista sustancial -no el restringido legal-, lo que implica indagar en el ejercicio efectivo del derecho de decidir la disposición del ingreso o del ejercicio efectivo del derecho de disponer del ingreso de una determinada forma. La asignación final de la base imponible que conlleva el ingreso en cuestión, si bien su fundamento es racional, su sustento es legal, no teniendo cabida en la legislación argentina o en los CDIs firmados.

En los CDIs firmados por Argentina, se impone la condición de beneficiario efectivo en los artículos 10, 11 y 12 sin una definición del término. Por otro lado, no existen definiciones en la legislación doméstica del impuesto a las ganancias ni antecedentes de jurisprudencia, por lo que la resolución frente a un hipotético conflicto alrededor de esta cuestión resulta incierta.²⁵

Cabe realizar una comparación especial con el principio de realidad económica -artículo 2 Ley 11.683- a partir de cual el Fisco puede rastrear el último beneficiario económico del ingreso. Es interesante resaltar que tal principio no es suficiente al momento de cumplir con las cláusulas antielusión dentro del planeamiento fiscal, pero sí sería factible -no del todo correcto-, analizar tal principio dentro del alcance o noción del concepto de beneficiario efectivo como término propio dentro del derecho tributario internacional o la regla antielusión substance over-form.

Bajo una postura estrictamente técnico legal, sus defensores, sostienen que dicho término debiera

25 Rajmilovich, Darío, Planificación Fiscal Internacional. Editorial La Ley. Primera Edición. 2013. Página 99.

interpretarse de acuerdo a los derechos y facultades que detenta el perceptor de la renta. La clave es determinar si el receptor de la renta es titular del ingreso para su propio beneficio y no para el beneficio de un tercero en función de normas de derecho privado.²⁶

Como fundamento adicional, los defensores de la postura legal, entienden que el alcance de su definición no puede estar separado de sus orígenes -derecho anglosajón- y este ronda en torno a los atributos de la propiedad y el derecho al uso y goce.

Entonces a nivel doctrinario y siguiendo a un destacado autor sobre el tema ²⁷ se pueden distinguir dos enfoques: el restringido y amplio o sustancial.

➤ **Enfoque restringido o legal:**

- La libertad en la disponibilidad del ingreso en manos del receptor como condición a cumplir, debe existir desde un punto de vista legal. Implica analizar si el receptor del ingreso está legalmente obligado a destinar los fondos a un tercero.
- El test a realizar en el receptor del ingreso para comprobar si es un mero intermediario o beneficiario efectivo es determinar si el receptor se declara en quiebra o entra en liquidación, cualquier derecho a dividendo u otros ingresos podría ser reclamado directamente por el real beneficiario y no estaría disponible para los restantes acreedores en la liquidación del proceso concursal.
- El test a realizar en el tercero, intermediario que se invoca como beneficiario efectivo del ingreso y no lo es, implica saber si este tercero se declara en quiebra o entra en liquidación, los acreedores de dicho tercero pueden dirigir su reclamo en forma directa sobre el receptor formal de los ingresos.

➤ **Enfoque amplio o sustancial:**

- La libertad en la disponibilidad del ingreso en manos del receptor como condición a cumplir, debe existir desde un punto de vista sustancial, lo que implica indagar sobre los siguientes aspectos:
 - ✓ ejercicio efectivo del derecho a *decidir la disposición del ingreso* o;
 - ✓ ejercicio efectivo del derecho a *disponer del ingreso* de una determinada

²⁶ Li, Jinyan. Beneficial Ownership in tax treaties: and judicial interpretation and the case for clarity. April 2012.

²⁷ Rajmilovich, Darío, Planificación Fiscal Internacional. Editorial La Ley. Primera Edición. 2013. Página 97.

forma.

- La condición de beneficial ownership a la luz de la finalidad de los CDIs requiere indagar en cada caso el sujeto a quien se le atribuye el ingreso desde el punto de vista fiscal -ley sustantiva- y si está sujeto a pago del impuesto con relación a tal ingreso en su Estado de residencia. Cada operación se debe someter a un test que se podría denominar “*evaluación de sustancia sobre la forma*”.
- No solo se debe tener en cuenta cual es el titular formal del rendimiento, sino que se debe examinar cuál es la persona que desde el punto de vista económico dispone efectivamente de tal rendimiento. Implica analizar la forma y la sustancia de la operación - requiere analizar las circunstancias de cada caso en particular-.

Es interesante señalar la posición de la OCDE y su evolución al respecto en cuanto a este dilema. La versión de 1977 del MOCDE solo mencionó que las tasas reducidas no estarán disponibles cuando se esté frente a un mero intermediario, agentes o prestanombres. En 1987 (Informe sobre Sociedades Conductos), se amplía el alcance a supuestos similares, la cláusula se extiende a los casos en que el receptor actúa como mero fiduciario, administrador de los fondos con poderes muy limitados sobre dichos ingresos. En la versión del 2003 y a través de la modificación en sus comentarios, el MOCDE sufre un cambio importante. Se hace referencia a un *sujeto principal que recibe en los hechos el beneficio del ingreso en cuestión* y a los fines de asimilar -en virtud de determinados poderes- otros sujetos a agentes y prestanombres establece que la determinación *se hará en los hechos* -as a matter of practice-.

Estos agregados son importantes y se dirigen al corazón de la cuestión discutida relativa a si el test del beneficiario efectivo es un test legal o un test práctico o de sustancia económica.²⁸

Para los doctrinarios que defienden la tesis legal, el uso de la palabra “poderes denotó que se continúa adoptando por un test legal. Agregando que el amplio alcance que tendría una interpretación económica sería dudosa e implicaría un cambio rotundo que necesitaría de una justificación y fundamentación más amplia y técnica.

En el 2011, la OCDE emitió un borrador de discusión titulado “Clarificación del significado de beneficiario efectivo en el Modelo de Tratado de la OCDE”, con su correspondiente versión modificatoria en octubre del 2012. Si bien no brinda solución a todas las discusiones que ocurren actualmente, se citan como puntos importantes:

²⁸ Asorey, Rubén O. García, Fernando D. Tratado de Derecho Internacional Tributario. Tomo I-II-III. La Ley. 2013. Página 467.

- el reconocimiento, por primera vez y de forma explícita, la necesidad de una definición autónoma en función de la imposibilidad de encontrar un significado en el derecho doméstico. Su definición no debe tener un significado más restrictivo sino que debe hacerse en función de los objetivos y propósitos del convenio. El mismo organismo internacional, reconoce la influencia del derecho doméstico y dicha influencia no se encuentra en las normas domésticas de antielusión sino en temáticas vinculadas al derecho de propiedad. Entonces, las definiciones existentes en el derecho doméstico pueden ser útiles en la búsqueda de una definición internacional, pero nunca una definición doméstica puede contrariar el alcance del término en el marco del convenio.
- clarifica que la cláusula del beneficiario efectivo no es una regla general anti treaty-shopping que pueda ser utilizada para apaliar todas las estructuras elusivas. Visto de otra manera, la existencia de un beneficiario efectivo no significa per se que el receptor esté habilitado a gozar de los beneficios del tratado. Existen muchas maneras para atacar a las sociedades conducto y el uso impropio o abuso de tratados.
- en cuanto a su análisis legal o económico, la OCDE continúa con su definición en forma negativa y en tal sentido expresa: *los ejemplos utilizados como agentes, prestanombres, sociedades conductos, no pueden ser beneficiarios efectivos porque el derecho del receptor a usar y disfrutar el dividendo, interés o regalía es constreñido por una obligación contractual o legal de transferir el pago recibido a otra persona. Esta obligación normalmente deriva de documentos legales relevantes pero también puede determinarse sobre la base de los hechos y circunstancias que demuestren que, en sustancia, el receptor no tiene claramente el derecho a usar y disfrutar el dividendo, interés o regalía no constreñido por una obligación contractual o legal de transferir el pago recibido a otra persona. Por otra parte se aclara que la obligación de transferir el pago debe estar vinculada con el pago recibido en sí mismo; cuando el receptor no tiene el derecho mencionado no es el beneficiario efectivo.*

Es evidente que la definición genera un avance sobre el derecho internacional y en un sólo párrafo introduce una disyuntiva que va al corazón del problema.

En efecto, preliminarmente parecería adoptar una aproximación legal que sigue casi textualmente lo definido por la Corte Suprema Canadiense con referencia al derecho de usar y disfrutar el dividendo (interés y regalías) sin estar constreñido por una obligación contractual o legal de transferir el pago recibido a otra persona. Pero seguidamente introduce la referencia a un test de hechos y circunstancias y la sustancia que podría ser entendido como dando cabida a la interpretación económica o basada en la sustancia.²⁹

29 Watason, Gwendolyn; Baum, Steven. Beneficial ownership as a Treaty Anti-Avoidance Tool. *Canadian Tax Journal*. 2012.

Existen autores que, en base a los comentarios 2003 del MOCDE, señalaban que el desarrollo del concepto por el MOCDE y MCNU y sus Comentarios, no encuadra claramente en ninguna de los enfoques. Pero dado que el común denominador de los Comentarios está representado en la modalidad de actuación de los agentes o mandatarios, inclusive a través de sociedades conductos interpuestas que repliquen el “modus operandi” del agente, el citado MOCDE parecería inclinarse por el enfoque sustancial.³⁰

Por el contrario y teniendo en cuenta los Borradores citados, otros autores, interpretan que una correcta determinación del beneficiario efectivo no es una cuestión que se defina en función de los hechos y circunstancias -sustancia económica-, sino que debe adoptarse un enfoque legal, acudiendo a los hechos y circunstancias cuando pueda resultar necesario, en ausencia de documentos, para determinar si el receptor tiene el uso y disposición de la renta sin que exista otra obligación legal o contractual de transferirla a otra persona. Además relacionan el origen del término, vinculado con un análisis de la sustancia legal de la propiedad más que con identificar al dueño económico de los dividendos, intereses y regalías. La referencia a poderes y facultades demuestra una tendencia a un análisis legal y direccionado a los atributos de la propiedad. Las intenciones subjetivas de los contribuyentes deberían ser irrelevantes en el análisis, debe poseer un carácter legal y estrictamente objetivo.

Legislación Comparada.

Se ha mencionado anteriormente el problema en cuanto a la significación y alcance del término, entre otras cosas, por no poder acudir a legislaciones domésticas. Hay una ausencia casi absoluta de definiciones en este tipo de legislaciones. Pero también cabe reconocer que tanto los funcionarios de los organismos fiscales y la jurisprudencia ha emitido opinión valiosa al respecto. Asimismo, ninguno de los países miembro de la OCDE tenía una definición en sus propias normas tributarias al momento en que el término fue incorporado al Modelo OCDE. Es así, que se fueron vislumbrando definiciones aisladas para casos aislados y, en algunos casos, sin ninguna consistencia entre las mismas.

Es momento de citarla y compararla siendo interesante conocer los diferentes puestos de vista ya que servirán para dirimir conflictos entre los fiscos y contribuyentes.

Como una consecuencia deseada y esperable, algunas administraciones fiscales han considerado conveniente el dictado de normas específicas a través de las cuales se establecen mayores precisiones sobre el alcance del término y se deja en claro la posición fiscal sobre este singular aspecto.

Se advierte que no se citarán todas las disposiciones al respecto, ya que no es el objetivo del informe, pero si

30 Rajmilovich, Darfo, Planificación Fiscal Internacional. Editorial La Ley. Primera Edición. 2013. Página 99.

se tratará de brindar posiciones variadas y de países donde su cultura e idioma varíe sustancialmente respecto a la República Argentina (China, EE.UU) y naciones que se asemejen tanto en cultura e idioma e impliquen un fuerte lazo comercial en cuanto a negocios involucrados (Uruguay, Chile, España).

- *China. Circular 601 de la Administración Tributaria.*

El 27 de octubre del 2009, el organismo fiscal chino, emitió dicha circular para brindar un marco bajo el cual deberá analizarse si un residente de un determinado Estado Contratante cumple con el requisito de beneficiario efectivo a efectos de reclamar la aplicación de los beneficios de un convenio.

Dicha Circular establece que el término no debe ser interpretado solamente desde una perspectiva técnica, sino que debe ser analizado y determinado sobre la base de todos los hechos y circunstancias relevantes de cada caso y de acuerdo al principio de sustancia sobre la forma. Cabe señalar que la aplicación de los beneficios de un CDI respecto a dividendos, intereses y regalías queda sujeta a la aprobación pertinente por parte de las autoridades fiscales chinas.

Las pautas brindadas por la circular citada son las siguientes:

- beneficiario efectivo es la persona que posee la propiedad y el control sobre la renta o los derechos o activos que generan esa renta;
- puede ser una persona física, corporación u otra organización;
- debe generalmente desarrollar actividades de negocios sustanciales, las que luego se definen como las de manufacturas, comerciales o gerenciales.

También se incluyen una lista de factores cuya existencia generalmente es considerada negativa a los fines de sostener la condición de beneficiario efectivo en el marco de un CDI:

1. La persona está obligada a pagar o distribuir una porción de la renta dentro de un determinado período de tiempo.
2. No posee, o prácticamente no desarrolla, otras actividades comerciales además de la posesión de los activos o derechos que generan la renta.
3. Si se trata de una corporación, sus activos, volumen de operaciones y empleados son relativamente escasos y no guardan relación con el monto de la renta.
4. La persona no tiene, o prácticamente no posee, derechos para controlar o disponer de la renta, los activos o derechos que la generan y no asume prácticamente ningún riesgo.

5. El país donde reside la persona no somete a tributación o exime a la renta en cuestión, o bien la grava a una tasa efectiva muy baja.
6. Además del contrato de préstamos de cual surge el interés, el sujeto prestador tiene otro préstamo o contrato de depósito con una tercera persona por un monto, tasa de interés y vencimiento muy similares a los fondos de la primera operación.
7. Además del contrato por el cual cobra regalías la persona tiene otro contrato de licencia o de transferencia con una tercera persona sobre los mismos derechos.

Finalmente, se deja claramente establecido que el agente o compañías conducto o vehículo no serán considerados beneficiarios efectivos.

Una compañía conducto es definida como aquella creada con el propósito de evadir/reducir impuestos o derivar/acumular utilidades, habiendo sido constituida en un país con la mera intención de tener la estructura legal necesaria sin desarrollar actividades sustanciales.³¹

- *Chile. Circular 57 del Servicio de Impuestos Internos*

Con el mismo propósito que la Circular anterior, el 16 de octubre de 2009, la administración fiscal chilena dictó la mencionada norma.

Reconociendo los antecedentes mundiales en la materia y reconociendo el vacío legal que la legislación tributaria chilena posee sobre dicho término, la norma intenta ilustrar el concepto de beneficiario efectivo a través de ciertas pautas y ejemplos.

Menciona para que un residente de un Estado contratante sea calificado como beneficiario efectivo de una renta, se requiere que la persona que invoca los beneficios de un CDI, ya sea natural o jurídica, no cumpla con los criterios que se enuncian para ser calificado como “instrumental”, concepto que se determinará no tan solo analizando si la persona actúa como agente o mandatario, sino también pudiendo considerar al simple hecho que tal persona realiza un acuerdo instrumental. Cuando el receptor de la renta es residente de un Estado con el cual Chile tiene un CDI vigente o de un tercer Estado sin CDI y tal persona se encuentra actuando solo como un mero agente o intermediario del beneficiario efectivo de la renta, el cual tienen residencia en un Estado con el cual Chile tiene un CDI, el CDI aplicable será aquél vigente entre Chile y el

31 Edelstein, Andrés. Consideraciones sobre el concepto de Beneficiario Efectivo. Consultor Tributario 37. Errepar. Marzo 2010.

Estado de residencia del beneficiario efectivo de la renta.³²

En cuanto a efectos prácticos y la confección de la declaración jurada anual que deben presentar los contribuyentes obligados a efectuar las retenciones impositivas por pagos de rentas de fuente nacional a personas sin domicilio o sin residencia en Chile, se establece que el contribuyente deberá declarar que el receptor de la renta beneficiada por el CDI es el beneficiario de la misma de conformidad con lo criterios emitidos por tal Circular.

Este último requisito parece ser evidente y prácticamente imposible de cumplir, ya que no existe un procedimiento o forma de conocer si el sujeto receptor del pago cumple con todas las exigencias requeridas para comprobar que sea realmente el beneficiario efectivo de la renta.

- *Otros países*

En Reino Unido, la jurisprudencia ha definido el concepto de legal ownership como aquella que implica el derecho a disfrutar de los frutos para su propio beneficio, al igual que Estados Unidos de América.

La Argentina no ha definido el término en sus impuestos a la renta o patrimoniales ni ha sido brindado como aclaración por la autoridad administrativa o por la jurisprudencia. Por lo tanto, sólo podrá utilizar como fuente de interpretación los propios convenios supletoriamente al denominado lenguaje fiscal, conformado en mayor medida por los modelos de convenio (OCDE y Naciones Unidas), sus comentarios, la jurisprudencia comparada y la doctrina internacional; buscando siempre una interpretación armónica con el objeto y finalidad de los CDIs, atendiendo a los intereses de los Estados contratantes.

Para los países europeos son válidas las consideraciones que surgen de los comentarios del MOCDE y la jurisprudencia de dichos países.

Como podrá observarse, la cláusula de beneficiario efectivo, como la exclusión de beneficios para rentas pasivas, es una regla que fija criterios para determinar la procedencia del otorgamiento de los beneficios previstos en los CDI, constituyendo una fuerte protección contra su abuso o uso indebido, debiendo aplicarse la metodología de acuerdo a las circunstancias particulares de cada caso que se analice.

Además, se observa, que no existen signos evidentes de una definición internacional que cuente con consenso internacional. La jurisprudencia -paso siguiente a analizar- no es muy copiosa y coherente al respecto.

No obstante ello, es en virtud del contexto que hay consenso que su utilización responde a la necesidad de

32 Edelstein, Andrés. Consideraciones sobre el concepto de Beneficiario Efectivo. Consultor Tributario 37. Errepar. Marzo 2010.

evitar la elusión fiscal y el uso inapropiado de los convenios y en ellos radica su importancia.³³

Jurisprudencia Internacional

A continuación se mencionan los casos más trascendentes sobre la cláusula estudiada dentro del periodo 2003-2011. Evidentemente que hay más casos que la jurisprudencia citada, pero se intentará mostrar los más importantes y que demuestren los razonamientos tendientes a lograr una definición de la cláusula.

a) Real Madrid (2007)

Se trata de un conjunto de decisiones en la cual se investiga una estructura en virtud de la cual el club Real Madrid pagaba a diversas entidades húngaras regalías por el uso de los derechos de imagen de ciertos jugadores de fútbol con los cuales se mantenía una relación de empleo o los jugadores había registrado su nombre como una marca.

A través de la constitución de sociedades húngaras se lograba que la retención en la fuente, por la regalías abonadas, fuera el 0% en base al CDI firmado entre España y Hungría. A su vez, las entidades húngaras destinaban gran parte de del producido a entidades residentes en los Países Bajos o Chipre.

En tal contexto, se arriban a diferentes conclusiones. La primera de ellas es que el término requiere una definición de derecho internacional autónomo ya que es uno de esos casos en donde el contexto requiere una solución distinta. En segundo lugar, la Audiencia Nacional, organismo judicial, asume que el propósito del término beneficiario efectivo es el de funcionar como una regla antielusión amplia; su significado e impacto es asimilado al de la cláusula antielusión prevista en la legislación doméstica, basada en el propósito de negocios.

Asimismo, es criticable el hecho que por un lado proclama la necesidad de una definición internacional pero concluye asimilando su sentido y alcance al de normas domésticas antielusión.³⁴

b) Indofood (2006)

Los hechos mostraron que Indofood, una sociedad de Indonesia, a los fines de financiarse constituyó una

³³ Asorey, Rubén O. García, Fernando D. Tratado de Derecho Internacional Tributario. Tomo I-II-III. La Ley. 2013. Página 463.

³⁴ Asorey, Rubén O. García, Fernando D. Tratado de Derecho Internacional Tributario. Tomo I-II-III. La Ley. 2013. Página 469.

sociedad en las Islas de Mauricio para que dicha entidad emitiera títulos de deuda. Los fondos recaudados llegaban posteriormente a Indofood.

Dichos títulos de deuda tenían una cláusula de grossing up y la posibilidad de rescate ante cambios impositivos o de tratados. Frente a la eliminación del CDI Indonesia y Mauricio se analizó como alternativa, la constitución de una Nueva Sociedad Holandesa. Siendo el foco de la discusión si dicha sociedad holandesa podría considerarse beneficiario efectivo en los términos del CDI entre Indonesia y los Países Bajos.

La Corte inglesa, encargada de dirimir la cuestión, concluyó, al igual que el fallo anterior, que el término requiere una definición internacional alejada de las definiciones domésticas. Consideró que el significado dado a la frase beneficiario efectivo no debe limitarse a una visión técnica y legal, debe darse importancia a la sustancia de la operación.

El problema fundamental de dicha decisión radica en el test de sustancia económica para definir el alcance del término.

c) Bank of Scotland (2006)

El Royal Bank of Scotland, residente en el Reino Unido, efectivizó un acuerdo con Merrell Dow Pharmaceuticals Inc., residente en los Estados Unidos, según el cual el banco adquiriría el derecho de recibir dividendos de acciones preferidas de Marion Merrell Dow S.A., la subsidiaria francesa de Merrell Inc., por un periodo de 3 años.

Posteriormente, Marion Merrell Dow S.A. distribuye dividendos y aplica una alícuota de retención del 25%. El Bank of Scotland solicita el reintegro del diferencial en cuanto a la alícuota aplicada (-10%) basado sobre las normas del convenio entre Francia y Reino Unido. Las autoridades fiscales francesas denegaron tal solicitud sobre la base de que el banco no era el beneficiario efectivo de los dividendos pagados por la sociedad francesa, solo se trataba de un préstamo encubierto otorgado a la compañía residente en los Estados Unidos. La Corte Suprema de Justicia de Francia, confirmó las conclusiones a las que había arribado la administración tributaria.

En función a lo expuesto, este caso se resuelve sobre la base de una correcta caracterización -o recategorización- de un acuerdo de usufructo y sin recurrir al término beneficiario efectivo.

d) Prevost (2008)

La cuestión discutida en Prevost Car Inc. fue si una sociedad holding (Prevost Holding) residente de una jurisdicción diferente a la de sus accionistas era la beneficiaria efectiva de dividendos originados en Canadá

y en definitiva estaba habilitada a los beneficios del tratado firmado con el país de su residencia.

La justicia de primera instancia de Canadá decidió a favor del contribuyente, al considerar que la sociedad holding holandesa es el beneficiario efectivo del dividendo con el siguiente fundamento: el beneficiario efectivo de los dividendos es el sujeto que recibe los dividendos para su uso y goce y asume el riesgo y el control del dividendo que percibe. La persona que es el beneficiario efectivo del dividendo es quien disfruta y asume todos los atributos de la propiedad.

Además el Tribunal consideró que no corresponde el levantamiento del velo societario a no ser que la entidad sea instrumental para otra persona y que no tenga ningún poder de decisión sobre el uso o aplicación de los fondos o que haya aceptado actuar en nombre de otra persona de acuerdo a sus instrucciones. La Corte confirmó el fallo de primera instancia.

No caben dudas, en base a lo expuesto, que los organismos judiciales han aplicado un análisis legalista y no económico práctico de la cuestión, advirtiendo sobre los riesgos que este tipo de análisis podría derivar.

e) Velcro (2012)

En el caso se analiza un supuesto pago de regalías. Velcro -compañía residente en Canadá- acordó con la compañía Industries BV la licencia del derecho a fabricar y vender ciertos productos a cambio de una regalía. Después de un proceso de reestructuración en el grupo, Industries BV mudó su residencia a las Antillas Holandesas y cedió a Holdings BV -sociedad holandesa- el derecho de licenciar su propiedad intelectual y el derecho a las regalías en función del acuerdo de licencia con Velcro. Bajo la cesión, Holdings BV estaba obligada a pagar regalías a Industries BV en una cantidad equivalente a la que pagaba a Velcro menos un porcentaje de mercado acorde con lo aceptado por las autoridades holandesas.

La Corte sostuvo que el análisis realizado en Prevost era correcto y que el término de beneficiario efectivo tenía cuatro características básicas y que cada una de ellas debía definirse legalmente: posesión, uso, riesgo y control.

A los rasgos mencionados se los define de la siguiente forma:

- *posesión*: el ejercicio del dominio sobre una cosa;
- *uso*: la aplicación o el empleo de algo; una larga y continuada posesión sobre el empleo de una cosa para lo cual fue adaptada;
- *riesgo*: la posibilidad de sufrir un daño o pérdida en el sentido económico;
- *control*: el ejercicio de poder o influencia.

La importancia del fallo radica en que se realiza un desarrollo exhaustivo de los factores que acreditan los atributos de propiedad en cabeza de Holdings. Se adopta una aproximación lega, más allá de que los extremos legales se corroboraron en los hechos.

Si de buscar un antecedente jurisprudencial nacional se trata, la tarea es complicada o casi imposible. Igualmente resulta interesante citar un fallo de la Corte Suprema de Justicia del año 1973 que ya en esos tiempos evidencia la búsqueda del verdadero beneficiario de la renta en un caso de regalías. Si bien no se menciona el término de beneficiario efectivo expresamente y a pesar de los años transcurridos la temática y el razonamiento son aplicables al objeto de estudio: Parke Davis de Argentina S.A.I.C.

En cuanto a los hechos del fallo, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Federal había confirmado la sentencia del Tribunal Fiscal de la Nación que, por mayoría, había confirmado las resoluciones de la DGI, de fecha 28 de mayo de 1968, la cual había determinado de oficio que Parke Davis de Argentina S.A.I.C. le debía al Fisco los siguientes gravámenes: \$39.484.811, en concepto de impuesto a los réditos por los años 1963 a 1967; \$6.820.472 por impuesto de emergencia 1962/64 y 1967, por los años 1963, 1964 y 1967; y \$6.575.434 por impuesto sustitutivo del gravamen a la transmisión gratuita de bienes, por los años 1963 a 1967.

El caso llega a la Corte. En esta instancia, se examinan las siguientes objeciones:

- Que la DGI no le reconozca a Parke Davis y Cía. de Argentina S.A.I.C (sociedad anónima industrial y comercial) como gastos las regalías pactadas con Parke Davis and Co. de Detroit (Estados Unidos) por servicios y usos de fórmulas acreditadas a nombre de ésta.
- Que la existencia de un cointerés entre el titular del derecho y el concesionario de éste, no puede privar de efectos propios a los contratos de regalía previstos en la legislación impositiva.
- Que la sentencia recurrida había violado la garantía de legalidad prevista en los arts. 4º, 17 y 19 de la Constitución Nacional y la de igualdad del art. 16, al desconocerse normas que admiten la distinta personalidad impositiva entre sociedades de capital y accionistas.

Al momento de fallar, la Corte tiene en cuenta los arts. 1 y 2 (en ese momento eran los 11 y 12) de la Ley de Procedimiento Tributario y que refieren al principio de la Realidad Económica que subyace detrás de la persona jurídica. El más alto tribunal, en lo que aquí interesa, establece lo siguiente:

- En el caso hay un socio mayoritario que posee casi totalidad del capital, que es al mismo tiempo el que ha proporcionado las patentes o marcas o inventos o procedimientos registrados y que, además, se beneficiará en la misma medida con el pago de las regalías consiguientes. Por lo tanto, en cuanto a la diferenciación de sociedades, la Corte dice no desconocer la existencia de dos sociedades, pero que atendiendo al principio de la Realidad Económica de los artículos 1 y 2 de la ley 11.683, no se puede soslayar el hecho de

que entre ambas empresas existen unidad económica y comunidad de intereses. Tanto es así que la sociedad extranjera posee el 99.95% de las acciones de la sociedad argentina, por lo cual la primera resulta beneficiada de las regalías que la sociedad argentina pretende pagarle, evadiendo el tributo. Y esto se deja claro en un pasaje que dice “Esa relación de subordinación no suprime la personalidad jurídica de la sociedad dependiente, pero tampoco anula su capacidad jurídica tributaria”.

- En cuanto a la distinción de personalidades, la Corte dice, volviendo a conceptos ya esgrimidos, que al no haber una independencia real, y al ser una sociedad dueña de casi todo el capital social de la otra, no se puede hablar en términos de realidad, de dos personas jurídicas separadas.

Conclusión: La empresa Parke Davis Argentina quería deducir de sus impuestos gastos hechos a favor de la misma pero con sede en EUA, en concepto de regalías por patentes y fórmulas. Si bien, la actora plantea la independencia de personerías, resulta que la realidad demuestra una Sociedad Norteamericana dueña del 99.95% de las acciones de su par Argentina. Es decir que, si en los sucesivos eslabones del aparato judicial, se hubiera admitido esa deducción, evidentemente se hubieran evadido impuestos ya que si la sociedad argentina hubiera deducido de los impuestos que realmente debía al fisco el pago de regalías a la sociedad norteamericana, hubiera destinado el pago de los impuestos a enriquecerse ella misma.

Por lo tanto, considero acertadas las decisiones del Tribunal Fiscal, la Cámara y por último la Corte Suprema, utilizando las teorías de la Realidad Económica y de la penetración, atravesando la personería jurídica desentrañar el negocio real que hubiera derivado en una gran evasión impositiva.

IMPLICANCIAS EN LAS ADMINISTRACIONES FISCALES Y OTROS AGENTES ECONÓMICOS

Un tema que ha ocupado a distintos congresos y publicaciones es la creciente atención concedida a la aplicación de los convenios fiscales a los residentes y no residentes.

Ya se han mencionado a lo largo del informe los sobrados motivos que explican la preocupación y el estudio de dichos temas; pero vale la pena mencionarlos nuevamente: la creciente red de convenios de doble imposición, la apertura económica de los Estados hacia nuevos mercados, la intención de las naciones de favorecer las inversiones locales y extranjeras, la mundialización del mercado del dinero, uso creciente de intermediarios y necesidad de controlar las posibilidades de evasión y evitación en las operaciones internacionales. Tampoco se puede dejar de mencionar que, los Estados que anteriormente actuaban como exportadores de capital, observan ahora que también son importadores del mismo.

La presencia y profundización de la economía abierta ha trastornado las bases de sustentación del sistema tributario internacional y la suficiencia recaudatoria del sistema, mediante el efecto combinado de dos fenómenos: la competencia fiscal entre las jurisdicciones nacionales, tendientes a atraer bases tributarias y/o inversiones reales; y los CDIs que generan espacio y potencian las acciones de planificación fiscal internacional mediante diferentes estructuras de negocios.

Como resultado directo de las presiones mencionadas se demandan nuevas medidas para lograr el mejor funcionamiento de los CDIs en el plano nacional. Los gobiernos deben brindar nuevas respuestas ante el panorama de pérdida creciente de recursos fiscales necesarios para solventar las finanzas públicas.

Por otro lado, así como el gobierno no está dispuesto a resignar sus recursos -la recaudación- las empresas tampoco quieren resignar los suyos -beneficios de operar en forma internacional-, beneficios que surgen a través de los incentivos creados por los gobiernos.

También se ha mencionado la ausencia de publicaciones o debates sobre estas temáticas y mientras que los contribuyentes, en la práctica, solo piden la reducción de impuestos y los derechos conforme a los CDIs y las administraciones fiscales proporcionan, en muchos casos, asistencia práctica a los sujetos sobre una base de caso por caso para resolver los problemas; la impresión general es que el sector de temáticas impositivas internacionales está muy mal atendido y poco desarrollado. La información no es tan fácil de obtener como podría desearse y no existe un enfoque nacional coordinado respecto de estas cuestiones.

Nadie discute que, en la actualidad, los CDIs son el modo establecido por los Estados para ponerse de acuerdo en el ámbito internacional sobre la resolución de problemas de doble imposición que surgen al aplicar impuestos sobre la renta personal y de sociedades en las actividades transfronterizas de sus

nacionales o residentes.

Cada convenio implica un compromiso entre las legislaciones fiscales nacionales de los dos Estados que son parte del mismo y los modelos de CDIs existentes solo se ocupan del compromiso de las legislaciones en aspectos sustanciales entre ambos. Nada dicen sobre el modo por el que cada uno de los países pone en vigor las obligaciones de dicho texto; en la práctica, la mayoría de los convenios guardan silencio acerca de cómo aplicar las cláusulas del mismo, quedando tal aspecto a merced de la legislación nacional. Es así que los Estados tienen amplia libertad para organizar la aplicación de un CDI.

Desde un punto de vista práctico y de cualquier contribuyente, se supone que los objetivos concretos de un CDI son:

- que la autoridad fiscal del Estado de la fuente pueda permitir la exenciones de pago de impuestos o su reducción;
- que la autoridad fiscal del Estado de residencia pueda permitir la exención fiscal o un crédito por los impuestos pagado en el extranjero.

Para obtener cualquier de estos objetivos, es común que las autoridades fiscales de cualquiera de los dos Estados puedan imponer requisitos sustanciales o de procedimiento que han de cumplir los contribuyentes. El fallo en el cumplimiento de estos requisitos puede hacer caer en parte o totalmente los beneficios que surgen de las disposiciones de un convenio.

Lo anterior tiene sustento en suponer, que si bien, el objetivo primordial de las partes de un CDI es facilitar las operaciones internacionales de los contribuyentes, siempre bajo el marco de las debidas condiciones y salvaguardias para proteger los ingresos nacionales de una nación.

En otro extremo, se puede argumentar que, en varias ocasiones, la irrazonabilidad en el cumplimiento de las formalidades puede privar o anular el contenido sustancial de un CDI con todas sus consecuencias indeseables en el marco del comercio internacional.

Como ya se ha tratado en el título respectivo, la categoría de un CDI en la legislación nacional de los Estados partes, varía ampliamente debido a la diferencia en los métodos nacionales de adopción de las obligaciones de los tratados internacionales.

La cuestión fundamental es si un Estado que opina que la legislación nacional y legislación internacional forman parte de un mismo sistema de derecho (mencionada a menudo como la teoría monista) o son sistemas separados (teoría dualista). En un sistema monista, las leyes y los acuerdos internacionales prevalecen sobre la legislación nacional. En los sistemas duales, las obligaciones legales internacionales

sólo forman parte del sistema jurídico nacional por su incorporación o transformación específica.³⁵

La consecuencia directa de lo anterior es que, un Estado monista puede establecer requisitos de procedimiento entre las obligaciones aceptadas por el Estado y las personas beneficiarias siempre que esos requisitos disminuyan el efecto de la obligación. Por el contrario, en un Estado dualista, la legislación nacional por la que se incorporan las obligaciones puede imponer requisitos de procedimiento para aplicar las obligaciones y beneficios.

En los Estados monistas, las autoridades fiscales no tienen otra opción que conseguir que sus procedimientos faciliten el funcionamiento de todos los aspectos de un CDI. Entonces debe existir la tentación de incluir los procedimientos en el CDI, con el objeto de asegurar su efectividad. Sin embargo, este sistema da lugar a inflexibilidad y a un cierto grado de inmutabilidad, que no siempre es ventajoso.³⁶

Por el contrario, los Estados que adoptan un enfoque dualista deben proporcionar una base jurídica nacional para el funcionamiento de los CDIs, en consecuencia dichos acuerdos se vuelven condicionales a las reglas y procedimientos de aplicación nacionales que no aparezcan en el CDI.

En algunos Estados, cómo la Argentina, existen disposiciones constitucionales que aseguran la adopción de la teoría monista y la prevalencia de las disposiciones de los CDIs sobre la legislación nacional que no sea coherente. En otros, tal supremacía se establece mediante decisiones del Tribunal Supremo de Justicia y por último pueden existir Estados donde dicho planteo aún genere incertidumbre.

Todo lo mencionado en los últimos tres párrafos, resalta aún más la cuestión del empleo de procedimientos generales nacionales para aplicar un CDI.

Avanzando con el análisis del tema, también se afirma que, el Convenio MOCDE está redactado basándose en el principio de que la aplicación de las disposiciones es una cuestión de derecho nacional de los Estados que son parte en el convenio. Por consiguiente, el convenio y sus comentarios guardan silencio sobre las cuestiones de aplicación.

Las excepciones al silencio mencionado se encuentran en el artículo 10 y 11-dividendos e intereses respectivamente- donde expresamente se cita que: “las autoridades competentes de los Estados Contratantes establecerán por mutuo acuerdo el modo de aplicación de estas limitaciones”.

En cuanto al uso y costumbre, en la mayoría de los países se observa que no adoptan como práctica la inclusión de las disposiciones de aplicación en los CDIs o intercambios de notas que puedan acompañar la

35 Williams, David W. Aspectos Prácticos en la aplicación de los convenios de doble imposición. Asociación Fiscal Internacional. Volumen V 83 b. 1998. Página 162.

36 Williams, David W. Aspectos Prácticos en la aplicación de los convenios de doble imposición. Asociación Fiscal Internacional. Volumen V 83 b. 1998. Página 196.

ratificación de los mismos.

Resulta interesante mencionar en este apartado, el primer y segundo párrafo el artículo 24 del MOCDE el cual contiene una disposición que incorpora el *principio de no discriminación*:

1. Los nacionales de un Estado contratante no serán sometidos en el otro Estado contratante a ningún impuesto u obligación relativa al mismo que no se exijan o que sean más gravosos que aquellos a los que estén o puedan estar sometidos los nacionales de ese otro Estado que se encuentren en las mismas condiciones, en particular con respecto a la residencia. No obstante las disposiciones del Artículo 1, la presente disposición es también aplicable a las personas que no sean residentes de uno o de ninguno de los Estados contratantes.

2. Los apátridas residentes de un Estado contratante no serán sometidos en ninguno de los Estados contratantes a ningún impuesto u obligación relativa al mismo que no se exijan o que sean más gravosos que aquellos a los que estén o puedan estar sometidos los nacionales del Estado en cuestión que se encuentren en las mismas condiciones, en particular, con respecto a la residencia.

Como se observa, mediante dicha cláusula, se establece la obligación de que los nacionales de uno de los Estados no estarán sujetos a ninguna imposición o ningún requisito vinculado con la misma que sea distinto o más oneroso que la imposición y los requisitos a los que estén sometidos sus propios nacionales.

Y según se desprende del comentario de dicho artículo, la expresión “...no serán sometidos ... a ningún impuesto u obligación relativa al mismo que no se exijan o que sean más gravosos...” significa que la imposición aplicada a nacionales y extranjeros que se encuentren en la misma situación debe ser la misma, que las modalidades de determinar su base y su liquidación deben ser las mismas, su tasa igual y, por último, que las formalidades de su exacción (declaración, pago, plazos, etcétera) no pueden ser más gravosas para los extranjeros que para los nacionales.

Como corolario de los distintos enfoques nacionales en la aplicación de los CDIs también puede afirmarse que existen amplias diferencias nacionales en las reglas y procedimientos de funcionamiento en los mismos.

Otra cuestión importante es que la amplitud con la que las disposiciones varían de una forma de renta a otra.³⁷

Una discusión que se han planteado los estudios en la materia es determinar si la aplicación de un CDI es una cuestión de derecho fiscal o derecho administrativo general del Estado. Evidentemente que la respuesta correcta sería ambos.

³⁷ Williams, David W. Aspectos Prácticos en la aplicación de los convenios de doble imposición. Asociación Fiscal Internacional. Volumen V 83 b. 1998. Página 168.

A continuación se mencionan y desarrollan algunas cuestiones fundamentales al momento de fijar reglas en la aplicación de los CDIs:

- medios de determinación de la obligación tributaria;
- organización de la autoridad fiscal para tratar asunto de doble imposición;
- el peso de la prueba;
- límites de tiempo;
- situación de los agentes, intermediarios y contribuyentes atípicos;
- acceso a la autoridad fiscal;
- dictámenes anticipados;
- utilización de formularios;
- poderes de la autoridad fiscal;
- números de identificación fiscal;
- uso de procedimientos no fiscales.

Se desarrolla el primer factor mencionado (*medios de determinación*) manifestando dos variantes: la autodeterminación y la determinación por la autoridad fiscal. Un sistema que exige la determinación oficial del contribuyente por parte de la autoridad fiscal puede dejar cuestiones pendientes que deberá resolver la propia administración fiscal (está implícito el nivel de conocimiento que debe poseer la administración vinculados a cuestiones de doble imposición). Por el contrario, un sistema que deja directamente a los contribuyentes la obligación de la autodeterminación, debe también transferir al contribuyente la obligación de aplicar el CDI.

En cuanto a la *organización de la autoridad fiscal*, se observan varios problemas prácticos de aplicación de los CDIs, que surgen por los procedimientos que las autoridades fiscales aplican al tratamiento de cuestiones de fiscalidad internacional. En primer lugar, se señala la falta de conocimientos especializados de las administraciones locales para las cuestiones de fiscalidad internacional. Entonces ello plantea una elección organizativa que no siempre son las adecuadas cuyos extremos son: funcionarios informados pero distantes, o personal más adorable pero menos instruido. La alternativa elegida es una decisión política y sin una respuesta absoluta. Una solución óptima no puede dejar de considerar la formación y orientación del

personal local hacia cuestiones específicas logrando un servicio de asesoramiento eficiente. Existe una percepción, cada vez más consciente, de que forma parte de las tareas de la autoridad fiscal no solo que conozcan bien los reglamentos fiscales sino que los procedimientos sean transparentes y eficaces.

El *peso de la prueba* es un importante aspecto de la administración local. Es habitual que el peso de la prueba ante cierta demanda recaiga sobre el contribuyente. Si, en cambio, dicha obligación corresponde a la autoridad fiscal, supone la aceptación implícita de que la autoridad fiscal tenga poderes más amplios para recoger información. Nuevamente, se trata de buscar un equilibrio entre el contribuyente (posee la mayor parte de información) y su deber de cooperación y el deber de la autoridad fiscal para determinar si a un contribuyente le corresponde determinado beneficio derivado de la aplicación de un CDI. Cabe señalar en este punto, la preocupación por el volumen y la naturaleza de la documentación requerida por la administración para aprobar ciertas demandas vinculadas a la aplicación de los tratados.

Entre los aspectos del funcionamiento de los *límites de tiempo* que se indican como causantes de problemas figuran los siguientes:

- los límites de tiempo impuestos para presentar una demanda en un Estado provocan dificultades para los contribuyentes por el tiempo insuficiente para proporcionar información sobre los cálculos fiscales procedente de otro Estado;
- los límites de tiempo, o la ausencia de ellos, para la autoridad fiscal cuando abre una cuestión o la trata;
- las disposiciones para las fechas de pago y los pagos ulteriores por los contribuyentes y las autoridades fiscales (devoluciones);
- el carácter obligatorio de un límite de tiempo que requiere la adopción de medidas antes de poder reunir todos los datos pertinentes.³⁸

La Argentina, como ningún otro país hace uso de las *figuras de agentes o intermediarios*, con amplias complicaciones. Se sugiere que las medidas encaminadas a reducir la importancia de los representantes locales para contribuyentes extranjeros han de recibirse con agrado como medida para la aplicación más fácil de los CDIs. De existir éstos, es necesario que los procedimientos sean claros y efectivos.

Actualmente, un medio disponible para generar un mayor *acceso a la autoridad* fiscal es Internet, pero la facilidad en el acceso no siempre significa facilidad para obtener el asesoramiento deseado o necesario. Un punto altamente mejorable se observa en que, a veces, el acceso parece estar disponible de modo diferencial

38 Williams, David W. Aspectos Prácticos en la aplicación de los convenios de doble imposición. Asociación Fiscal Internacional. Volumen V 83 b. 1998. Página 179.

para ciertos asesores especiales o los que tienen ciertos vínculos establecidos con la administración fiscal. Entonces se plantea una especial preocupación si la autoridad fiscal no da plena publicidad a sus procedimientos o si tiene cierto grado de discreción en el modo de funcionamiento.

Algunos autores sostienen como ventaja que el acceso a las autoridades fiscales es normalmente gratuito. Sin desmerecer tal postura, no es compartida. El servicio que ofrecen las administraciones fiscales forma parte de una gama de servicios públicos que brinda el Estado como consecuencia de una recaudación obtenida de todos los ciudadanos sujetos a distintos regímenes impositivos.

Los *dictámenes anticipados* revisten de evidente importancia en la práctica ya que mediante éstos se puede conocer la opinión de la administración respecto de cuestiones relacionadas a la aplicación de los CDIs.

Nadie discute que la *utilización de formularios* es el modo más práctico por el que una autoridad fiscal puede asegurar la aplicación eficaz de las disposiciones de un CDI. El objetivo de los mismos es facilitar el resultado de la petición realizada, pero también pueden utilizarse para imponer requisitos de procedimientos que, en muchas ocasiones, aumentan la dificultad de obtener beneficios conforme a un CDI. Existe una opinión generalizada en que los formularios son la medida más útil y fácil, sin embargo, como alternativa, sería útil que las administraciones fiscales aceptaran cartas en lugar de formularios específicos, siempre que éstas comprendan la información pertinente y cumplan con requisitos de validez apropiados.

En cuanto a los *poderes de la autoridad fiscal*, varían ampliamente. Existen administraciones que tienen los poderes habituales y no los utiliza y por el contrario, algunas poseen poderes muchos más amplios que los que correspondería.

Dentro de éste ítems se debe mencionar el *artículo 26 del MOCDE* en cuanto al intercambio de información entre los fiscos:

Las autoridades competentes de los Estados contratantes intercambiarán la información previsiblemente pertinente para aplicar lo dispuesto en el presente Convenio o para administrar y exigir lo dispuesto en la legislación nacional de los Estados contratantes relativa a los impuestos de toda clase y naturaleza percibidos por los Estados contratantes, sus subdivisiones o entidades locales en la medida en que la imposición prevista en el mismo no sea contraria al Convenio. El intercambio de información no vendrá limitado por los Artículos 1 y 2.

2. La información recibida por un Estado contratante en virtud del apartado 1 será mantenida secreta de la misma forma que la información obtenida en virtud del Derecho interno de ese Estado y sólo se desvelará a las personas o autoridades (incluidos los tribunales y órganos administrativos) encargadas de la liquidación o recaudación de los impuestos a los que hace referencia el apartado 1, de su aplicación

efectiva o de la persecución del incumplimiento relativo a los mismos, de la resolución de los recursos en relación con los mismos o de la supervisión de las funciones anteriores. Dichas personas o autoridades sólo utilizarán esta información para estos fines. Podrán desvelar la información en las audiencias públicas de los tribunales o en las sentencias judiciales.

3. En ningún caso las disposiciones de los apartados 1 y 2 podrán interpretarse en el sentido de obligar a un Estado contratante a:

a) adoptar medidas administrativas contrarias a su legislación o práctica administrativa, o a las del otro Estado contratante;

b) suministrar información que no se pueda obtener sobre la base de su propia legislación o en el ejercicio de su práctica administrativa normal, o de las del otro Estado contratante;

c) suministrar información que revele secretos comerciales, gerenciales, industriales o profesionales, procedimientos comerciales o informaciones cuya comunicación sea contraria al orden público.

4. Si un Estado contratante solicita información conforme al presente Artículo, el otro Estado contratante utilizará las medidas para recabar información de que disponga con el fin de obtener la información solicitada, aun cuando ese otro Estado pueda no necesitar dicha información para sus propios fines tributarios. La obligación precedente está limitada por lo dispuesto en el apartado 3 siempre y cuando este apartado no sea interpretado para impedir a un Estado contratante proporcionar información exclusivamente por la ausencia de interés doméstico en la misma.

5. En ningún caso las disposiciones del apartado 3 se interpretarán en el sentido de permitir a un Estado contratante negarse a proporcionar información únicamente porque esta obre en poder de bancos, otras instituciones financieras, o de cualquier persona que actúe en calidad representativa o fiduciaria o porque esa información haga referencia a la participación en la titularidad de una persona.

La referencia cruzada entre las autoridades fiscales ha pasado a ser una característica clara de la administración de los CDI. La referencia cruzada ofrece ventajas evidentes. Proporciona información pertinente a ambas autoridades. Garantiza que los contribuyentes informen efectivamente a las dos partes y que puedan detenerse canales evidentes de evitación de impuestos.³⁹

Por otro lado, surgen algunos problemas que se deben tener en cuenta: caso de un contribuyente que esté en litigio con su propia autoridad fiscal, si tiene deuda de impuestos por motivos ajenos a la petición, y se pueden producir retrasos con mayor facilidad.

Continuando con el desarrollo de los puntos mencionados, se observa una clara tendencia a la adopción nacional de los *números de identificación fiscal* (NIF) y al uso de los mismos por las administraciones

³⁹ Williams, David W. Aspectos Prácticos en la aplicación de los convenios de doble imposición. Asociación Fiscal Internacional. Volumen V 83 b. 1998. Página 186 y 187.

fiscales.

Por último, se apela al uso de *procedimientos no fiscales* por la vinculación existente entre éstos y las autoridades fiscales (responsables del control de divisas, organismos que conceden la residencia).

En cuanto al contenido de las peticiones o solicitudes de certificados es necesario que las mismas posean cierto contenido homogéneo y útil. Algunas de las cuestiones que se deben tener en cuenta son: cómo se hace la solicitud o petición, si el mayor peso de la prueba corresponde al contribuyente o a la autoridad fiscal, qué procedimientos y evidencias se requieren como parte del proceso, con qué facilidad o dificultad se aclaran los aspectos dudosos, a quién corresponde la decisión.

Específicamente, cuando se trata de obtener una reducción o exención de impuestos derivados de un CDI; en el extremo más eficiente se encuentra la aplicación de una reducción o exención según criterio del agente pagador, sujeto a un procedimiento de notificación regular a la autoridad fiscal nacional. En el extremo menos eficaz, el contribuyente puede solicitar una petición o devolución de impuestos que a veces tardaría varios años. El punto de equilibrio se encuentra cuando los contribuyentes consideren que las exenciones, reducciones y devoluciones obtenidas conforme a un CDI son dignas del tiempo y el esfuerzo de los sujetos participantes del proceso.

Los problemas planteados por cuestiones prácticas del concepto de beneficiario efectivo encuentran su respuesta en las reglas anti-evasión de las disposiciones de los CDIs. Quedaría pendiente como un interrogante interesante a resolver, determinar hasta qué punto es una cuestión de procedimiento más que la sustancia o la interpretación de un CDI.

Por todo lo comentado anteriormente es que se hace difícil la formulación de principios de aplicación que sean transparentes, eficaces y no discriminatorios.

En cuanto a la práctica habitual y la normativa vigente en Argentina, es necesario resaltar que no basta contar con un certificado de residencia fiscal expedido por autoridad competente pues ello no garantiza que sea el beneficiario efectivo de la renta.

Consideraciones finales

La cláusula de beneficiario efectivo se inserta en los artículos 11, 12 y 13 del MOCDE como requisito adicional que obliga al Estado de la fuente para aplicar los límites que el mismo modelo establece en cuanto a la tributación en ese país.

La cláusula se introdujo con la finalidad de evitar el uso abusivo de los beneficios derivados de un convenio para evitar la doble imposición.

Actualmente, tanto el texto principal del MOCDE, como sus comentarios hacen referencia al concepto de beneficiario efectivo pero lo definen en forma concreta, lo cual genera dudas en su aplicación.

El concepto de beneficiario efectivo excluye la aplicación del convenio para un caso concreto y siempre en relación con tres tipos de rendimientos: dividendos, intereses y regalías.

Los dividendos, los intereses y las regalías escapan de la definición general del artículo 7 MOCDE - beneficios empresariales-. Poseen un tratamiento separado ya que son de vital importancia al decidir una inversión en un país, para estructurar estrategias fiscales tendientes a reducir el componente impositivo de un proyecto.

El Estado de la fuente solamente tendrá la obligación de aplicar los límites contemplados por el convenio si el beneficiario efectivo de las rentas mencionadas anteriormente es una persona residente en el otro Estado parte del Convenio.

En cuanto a las implicancias de dicho concepto, son fundamentales ya que su cumplimiento es necesario para poder eliminar o limitar la tributación en el Estado de la fuente. Pero, además, el Estado de residencia tiene la obligación de eliminar la doble imposición internacional que se pueda producir. Este último Estado solo tiene la obligación de permitir una deducción por el importe del impuesto autorizado en el país de la fuente por el convenio.

Se desprende de lo anterior que es sumamente importante que ambos países firmantes de un tratado mantengan una posición uniforme respecto a la aplicación de este concepto. Extrapolando sus efectos a las redes de tratados suscriptas por todos los países del mundo, es importante encontrar una definición autónoma que sea aplicable a todas las legislaciones tributarias signatarias de este tipo de convenios.

Antes que nada, resulta interesante destacar que casi todas las decisiones jurisprudenciales y la doctrina relevante sobre el tema proclaman la necesidad de un significado internacional y autónomo del término con base en diferentes fundamentos. El argumento que parece tener la mayor aceptación es que de los Comentarios del MOCDE no parece surgir que deba darse una definición doméstica a dicho término y todos advierten la necesidad de una interpretación simétrica entre los Estados contratantes.

Por el contrario, el Borrador de los Comentarios 2011-2012, manifiesta claramente la necesidad de una definición autónoma asumiendo una postura clara al respecto. La definición y explicación del concepto parece estar influenciada por el derecho anglosajón haciendo referencia al derecho de uso y disfrute como atributos de propiedad.

Relacionando la anterior reflexión con los antecedentes jurisprudenciales citados, en Prevost, se adopta una definición muy semejante a la brindada en los Borradores anteriores, tratando de conciliar el derecho

anglosajón con el francés.

En relación a la discusión en torno a aproximación legal o económica, si bien con la excepción de Prevost, se podría concluir que la jurisprudencia internacional adopta una aproximación económica o de sustancia económica para definir la cuestión de beneficiario efectivo en todos los supuestos -excepto en Bank of Scotland-, los tribunales llevan a cabo un análisis legal de las circunstancias fácticas y de los acuerdos legales realizados entre las partes.

En consecuencia, los casos analizados demuestran la ausencia de un justificativo para recurrir a la sustancia económica o términos similares para interpretar el término beneficiario efectivo.⁴⁰

Si se afirma que la definición conlleva un análisis legal, el punto de partida debería ser estudiar los atributos de la propiedad, cuestión netamente legal que involucra los derechos de cada una de las personas en una operación. En base a lo estudiado, el derecho anglosajón parece llevar ventaja respecto de los países que adoptan el sistema del código civil francés, ya que es más común diferenciar entre la propiedad legal y la económica.

Los atributos que representan el derecho de la propiedad son variados y dependen de cada derecho en particular, pero como pauta o guía general podría sostenerse que involucra: el derecho a poseer (control físico exclusivo), derecho a usar (uso personal y disfrute) y derecho a administrar (derecho a decidir por quién y cómo el objetivo va a ser usado).

Cualquiera sea la postura adoptada, existe coincidencia en que el objeto del que se debe ser propietario o tener el beneficio es el pago por sí mismo -la renta- y no el activo subyacente que lo origina.

40 Asorey, Rubén O. García, Fernando D. Tratado de Derecho Internacional Tributario. Tomo II. La Ley. 2013. Página 480.

TRANSACCIONES DENTRO DEL COMERCIO ELECTRONICO

La velocidad y el avance que han tenido las comunicaciones a nivel mundial han originado nuevas formas de comercialización y distribución de productos y servicios. El fenómeno conocido como globalización económica mundial produce un acercamiento de los países y una conectividad impensada décadas atrás.

Dichos avances originan infinidad de desafíos y el campo de la tributación no se encuentra eximido. Implica que determinados conceptos que, fueron oportunamente consensuados en forma internacional en épocas pasadas, deban ser reevaluados.

El comercio electrónico ha producido una amplia variedad de negocios: venta de bienes, provisión de servicios de diversa índole, venta o licenciamiento de software, el downloading de películas, libros, música, etc.; la provisión de información on-line, publicidad, videos conferencias, juegos y trading de distintos instrumentos financieros.

Todas estas operaciones comparten una característica en común: la presencia física del vendedor, prestador, locador o licenciante ya no resulta necesaria a los fines de llevar a cabo el negocio en el país de radicación del cliente. Lo comentado es posible debido a que Internet hace viable la conexión de millones de computadoras donde los límites geográficos se ven desdibujados afectando, de ésta forma, los criterios tradicionales de potestad tributaria de un Estado (jurisdicción tributaria).

El comercio electrónico abarca la venta de productos (virtuales o físicos) o la prestación de servicios realizada por medio de establecimiento virtual, que es aquel no accesible físicamente al consumidor.⁴¹

Por medio de Internet se ha creado un fenomenal canal de comercialización; permite a todo tipo de empresas a llegar a mercados y potenciales consumidores casi imposible de acceder sin este canal. Se han acortado las distancias y ha hecho desaparecer fronteras.

Otro factor desencadenante de esta nueva forma de concretan negocios, son los servidores que pueden ser colocados fácilmente en cualquier lugar del mundo y su localización puede transformarse en un elemento irrelevante en las transacciones de comercio electrónico. Entonces puede entenderse al comercio electrónico como una especie de transacción comercial realizada necesariamente a través de un equipo electrónico (computadora, teléfono móvil o televisor).

Estas nuevas formas de comercio resultan sumamente atractivas para empresarios y consumidores, generando en las autoridades fiscales gran preocupación al momento de identificarlas y rastrear el lugar donde las mismas han tenido lugar.

⁴¹ Cubides, Benjamín y Marín, Mauricio. La Tributación de los servicios en Latinoamérica. Legis Editores 2011. Colombia. Página 303.

Como si la complejidad descrita en las páginas anteriores no fuese suficiente, estas nuevas formas de intercambio generan nuevos desafíos en cuanto al objeto de estudio. Entre los interrogantes más importantes que se plantean respecto de las transacciones electrónicas se mencionan los siguientes:

- falta de determinación del hecho económico gravado, atendiendo a la dificultad o atipicidad que suponen ciertas operaciones de comercio electrónico, como en lo relativo al tratamiento fiscal del derecho de uso, a la cesión de los derechos patrimoniales de los activos intangibles o a la prestación de servicios informáticos o electrónicos a través de Internet;
- determinación de la territorialidad del ingreso, entendida como el lugar de la generación de las utilidades.
- Identificación del domicilio, residencia, nacionalidad y lugar de la prestación del servicio para los contribuyentes involucrados en operaciones de comercio electrónico.

La única seguridad y donde existe consenso absoluto frente a estos nuevos desafíos, son las alternativas con las que cuentan los Estados para enfrentarlos:

1. aplicar las reglas tributarias existentes para el comercio físico,
2. crear nuevos tributos que graven el comercio electrónico y
3. desgravar el comercio electrónico.

La segunda alternativa podría quedar descartada por los grandes costos administrativos y de fiscalización que implicaría. La solución que se observa en la mayoría de las legislaciones oscila entre la primera y la tercera según sea el caso.

Para que tenga lugar el comercio electrónico es imprescindible la utilización de internet (*interconnected networks*), término empleado para definir la conexión entre las redes de computadoras de todo el mundo. Por Internet “*se entiende el conjunto de redes, los medios de transmisión y conmutación, ruteadores, equipos y protocolos necesarios, aunque no suficientes, para la comunicación entre computadoras, y que se utilizan de un medio (físico) preexistente, así como el software y los datos que existen en dichas computadoras*”.⁴²

Los efectos que acarrea el comercio electrónico a nivel mundial repercuten indudablemente en el campo de la tributación tanto nacional como internacional, surgiendo serios cuestionamientos en la forma de

⁴² Cubides, Benjamín y Marín, Mauricio. La Tributación de los servicios en Latinoamérica. Legis Editores 2011. Colombia. Página 302.

imposición no solo sobre los impuestos que basan su gravabilidad en la renta sino también sobre los impuestos al consumo.⁴³

Es indudable que el tema no ha sido ajeno a los diferentes organismos internacionales y en ese camino la OCDE se ha expedido al respecto.

The same principles that governments apply to taxation of conventional commerce should equally apply to e-commerce, namely:

- **Neutrality** – taxation should seek to be neutral and equitable between forms of e-commerce and between conventional and e-commerce, so avoiding double taxation or unintentional non-taxation.
- **Efficiency** – compliance costs to business and administration costs for governments should be minimised as far as possible.
- **Certainty and simplicity** – tax rules should be clear and simple to understand, so that taxpayers know where they stand.
- **Effectiveness and fairness** – taxation should produce the right amount of tax at the right time, and the potential for evasion and avoidance should be minimised.
- **Flexibility** – taxation systems should be flexible and dynamic to ensure they keep pace with technological and commercial developments.⁴⁴

No se olvida, que ante todo, se está en presencia de prestaciones de servicios internacionales. Al analizar la regla general en la normativa local respecto de este tipo de servicios se afirma lo siguiente: a fin de determinar la fuente de la ganancia es preciso analizar si el servicio se prestó en Argentina o desde el exterior. Si el servicio se prestó desde el exterior, la ganancia que obtiene el prestador es de fuente extranjera. Si el beneficiario del exterior presta el servicio en Argentina, entonces la ganancia que obtenga será de fuente argentina. La prestación del servicio por un residente del exterior en Argentina puede, en algunos casos, configurar un establecimiento permanente.

Es necesario mencionar que los servicios prestados desde el exterior reciben un tratamiento disímil según sean calificados como “servicio” o como “asesoramiento técnico”.

Dado que la Ley del Impuesto a las Ganancias no define el término *asesoramiento técnico*, este concepto se fue construyendo a través de la doctrina, los dictámenes del Fisco y la jurisprudencia. Definir cuándo un

43 Asociación Argentina de Estudios Fiscales. Revista de Tributación nro. 24 Edición Errepar. 2012. Página 47.

44 Taxation and electronic commerce. Implementing the Ottawa taxation framework conditions. OCDE 2001.

servicio prestado desde el exterior califica como asesoramiento técnico es una cuestión bastante casuística.⁴⁵

No se analizará el tema particular del asesoramiento técnico ya que sería objeto de un trabajo adicional y particular, lo que sí puede comentarse es que existe importante y útil doctrina y jurisprudencia brindando pautas para definir el concepto.

A modo de ejemplo, se citará la correcta definición brindada por un reconocido autor en cuanto define a la asesoramiento técnico como ... *el asesoramiento que debe ser el fruto de un esfuerzo creativo, el que se va a plasmar en consejos, advertencias, transmisión de know-how, con prescindencia que tal esfuerzo creativo se haya generado por la demanda exclusiva del que solicita el asesoramiento en el país o que el mismo surja de la acumulación de conocimientos o experiencias de quienes lo prestan, los cuales pueden resultar de utilidad indistintamente a demandantes del país o del extranjero.*⁴⁶

En particular, en los casos en que se aplica un convenio para evitar la doble imposición, la discusión se centra en la calificación de la renta que obtiene el beneficiario del exterior como beneficio empresario o como regalía.⁴⁷

Entonces, en cuanto a la imposición directa, que es analizada en éste informe, y trasladando los conceptos legales del impuesto a las ganancias del país, podría, en principio, sostenerse que las transacciones efectuadas a través de Internet por personas físicas, sociedades y establecimientos permanentes deberán tributar en la Argentina por los beneficios que obtengan en relación con las transacciones que efectúen a través del comercio electrónico.

Ante operaciones de comercio electrónico cuyos beneficiarios sean sujetos residentes en el exterior que obtengan rentas de fuente argentina (independientemente de su presencia física en el país y no posean un establecimiento permanente) dichos beneficios netos se encontrarán sujetos al pago del impuesto a las ganancias a través de la retención que, en carácter de pago único y definitivo, deberá practicar el sujeto local pagador.

Las dos situaciones mencionadas en los párrafos anteriores se pueden definir como normales o estándares; sin embargo, al agregar supuestos o variantes a simples situaciones se presentan las situaciones conflictivas. Ejemplo de ello sería definir en qué casos la actividad de los sujetos del exterior, realizada a través de Internet, constituye un establecimiento permanente. Es sabido que la legislación argentina no se ha

⁴⁵ Cubides, Benjamín y Marín, Mauricio. La Tributación de los servicios en Latinoamérica. Legis Editores 2011. Colombia. Página 35.

⁴⁶ Vicchi, Juan C.: "El asesoramiento técnico prestado desde el exterior" - LI - T. LVIII - pág. 1067.

⁴⁷ Cubides, Benjamín y Marín, Mauricio. La Tributación de los servicios en Latinoamérica. Legis Editores 2011. Colombia. Página 31.

encargado de establecer una clara definición de tal concepto, si bien se debe mencionar los caracteres brindados por la Ley del Impuesto a las Ganancias y Ganancia Mínima Presunta.

En base a esa normativa y atendiendo al caso particular de las transacciones electrónicas, se debe prestar especial consideración a la conformación técnica de la página web. Para ciertos autores, se deben reunir tres funciones conjuntamente para que el web-site constituya un establecimiento estable:

- concertar ventas;
- receptor pagos y
- programar el envío de mercadería a través de la página.

El fundamento de tal clasificación se encuentra en que aún sin la intervención humana directa, realizaría todas las funciones propias de una organización empresarial.

Se puede complicar aún más el análisis agregando el supuesto de que el server donde se encuentren colocadas las páginas no fuera de propiedad del sujeto que posee el dominio del sitio, se generaría una falta de presencia física del sujeto en el territorio. En consecuencia, las transacciones efectuadas por páginas colocadas en servidores ubicados en la República Argentina que no cumplieren con las tres funciones descriptas precedentemente no conformarían las características necesarias para configurar un establecimiento permanente y su forma de tributar.

No obstante ello, en razón de las infinidades de productos y servicios que pueden ser ofrecidos a través de la red, correspondería verificar en cada caso concreto los condicionamientos técnicos que conforman el site para precisar su encuadramiento bajo los términos de establecimiento estable dispuestos por la normativa argentina.⁴⁸

En principio, sería correcto mencionar que en el supuesto de que las páginas web de propiedad de un residente extranjero, correspondientes a un servidor ubicado en Argentina, sean consideradas establecimiento estable, deberán tributar por los beneficios obtenidos por operaciones realizadas en el país y en el exterior.

En el supuesto de que el dominio del sitio web se encuentre en manos de un beneficiario del exterior, es menester analizar el eventual y disímil tratamiento impositivo que tendrán las transacciones, así como su tratamiento en lo que hace al impuesto a las ganancias, en función del objeto que persigan las mismas. El problema que hoy se observa con las transacciones realizadas a través de la web es que una gran cantidad de “importadores” van a ser consumidores; es decir, el comercio electrónico eliminará las etapas de

48 Asociación Argentina de Estudios Fiscales. Revista de Tributación nro. 24 Edición Errepar. 2012. Página 49.

intermediación de productos, pasando los bienes a ser vendidos en forma directa por los propios productores a consumidores radicados en cualquier parte del mundo. Por ello es de advertir que la legislación argentina no prevé la gravabilidad de este tipo de transacciones, por el contrario, la propia ley del impuesto las excluye de su objeto.⁴⁹

Tal razonamiento encuentra su lógica en que la Ley del Impuesto a las Ganancias considera como renta de fuente extranjera a los ingresos obtenidos por productos introducidos al territorio nacional por exportadores extranjeros.

A su vez, no se puede olvidar que las operaciones comerciales efectuadas a través de Internet son, por lo general, de carácter internacional por lo tanto operar normas de esa índole y en su caso los Convenios de Doble Imposición firmados por las jurisdicciones involucradas. Es importante mencionar que los Convenios no contiene normativa específica respecto de las transacciones electrónicas debiendo decidirse por la aplicación del artículo 12 -regalías- o 7 -beneficios empresariales-, según el caso concreto.

Entonces si se trata de determinar el beneficiario efectivo en este tipo de transacciones es condición necesaria hablar de rentas comprendidas en el artículo de regalías. Por el contrario, si se opta por situar al servicio electrónico dentro del artículo 7 carece de importancia y significado la regla antielusión mencionada.

Se recuerda el carácter específico de dicho concepto al regir solo para los artículos 10, 11 y 12 de los CDI.

Es evidente que para decidir si los servicios electrónicos se ajustan a la definición de regalías, se debe realizar un análisis particular de cada caso, pero es claro también que de la lectura del artículo 12, los comentarios y protocolos adicionales a los diferentes conceptos, no cabría duda que a servicios que brinden el acceso a uso sobre derechos de autor, obras literarias, programas de software o asistencia técnica; les es aplicable lo mencionado en éste trabajo sobre la cláusula de beneficiario efectivo. Y si es una tarea compleja definir el beneficiario efectivo en transacciones con sujetos presentes o identificables parecería tener muchos más obstáculos definir quien dispone de la renta real que generar las transacciones económicas con la volatilidad o a veces inexistencia de un sujeto residente.

Como es de suponer, ante los servicios prestados por vía electrónica, existirá en cabeza del consumidor una obligación de desembolsar una suma determinada y una imposibilidad material de retención –en virtud de la composición de las páginas web– sobre los pagos que éste efectúe al exterior. Los ingresos al fisco se encontrarán gravemente perjudicados no solo por la imposibilidad de retener del sujeto pagar sino por las dificultades que acarrea la fiscalización de tales operaciones por la autoridad fiscal.

⁴⁹ Cubides, Benjamín y Marín, Mauricio. La Tributación de los servicios en Latinoamérica. Legis Editores 2011. Colombia. Página 283.

No obstante, existe una inevitable diferencia entre la comercialización de bienes “tangibles” e “intangibles o servicios”. Al tratarse de un bien tangible, el envío seguirá los canales normales de ingreso al territorio argentino, e indudablemente se estará frente a una importación. En cambio, cuando se trate de bienes o servicios que puedan ser enviados por un canal virtual (vía electrónica), el concepto de importación parece debilitarse y la definición de la línea de demarcación entre fuente argentina y extranjera tiende a diluirse.⁵⁰

Y es el segundo de ellos el que presenta mayores complicaciones y fue eje de nuestro análisis (servicios e intangibles).

⁵⁰ Cubides, Benjamín y Marín, Mauricio. La Tributación de los servicios en Latinoamérica. Legis Editores 2011. Colombia. Página 284.

CONCLUSIÓN

Para finalizar con el Informe, se tratará en los párrafos siguientes, de volcar las ideas y reflexiones principales que han surgido luego de estos meses de estudio.

Aunque parezca reiterativo decirlo, es innegable la importancia de la variable impositiva en el marco de cualquier negocio, sean personas físicas, jurídicas, residentes o no.

La complejidad aumenta cuando los sujetos económicos desplazan sus factores de producción al ámbito internacional. Es en éste momento donde la planificación fiscal internacional y los CDIs surgen como herramientas –por lo menos hasta el momento- de insuperable valoración.

No parece errado afirmar que la cláusula de beneficiario efectivo es útil para combatir los abusos de tratados en cuanto a rentas de regalías, intereses y dividendos pero no debe ser la única medida a tomar ya que sería utópico pensar que una sola regla permite combatir la evasión fiscal en el ámbito internacional.

En cuanto a la definición de dicho concepto, se está totalmente seguro que no puede originarse y guiarse por legislaciones locales – si bien las mismas implican un aporte considerable- ya que se trata de operaciones que superan los límites geográficos de determinada Nación y por lo tanto su potestad tributaria. Como ya se ha mencionado y así lo afirman los prestigiosos doctrinarios, organizaciones mundiales y la jurisprudencia; debe propiciarse una *definición autónoma* en cuanto a la materia (tributación internacional) y *unánime* (aplicable a todos los Estados). Esto no implica desconocer los obstáculos y problemas que deberán superarse para lograrla, pero desde luego que no es una tarea imposible.

El punto central de la discusión se centra en tomar una postura legal o económica al momento de caracterizarlo. Al respecto se cree que si bien la postura legal brinda fundamentos fuertes para seguirla (fuente del derecho anglosajón, definición de los atributos de la propiedad, documentación de respaldo en operaciones realizadas) olvida analizar el eje central y la naturaleza real de donde se desprende cualquier tributo: *el hecho imponible y sus sujetos*. Más allá de cualquier formalidad que rodee a cualquier transacción; *el hecho imponible es un acto económico generador de la obligación tributaria* y debe analizarse como tal. *Analizar el propósito económico* de la operación y los sujetos permite en última instancia conocer donde se encuentra el usuario final de la renta con facultades plenas para disponerla.

Por otro lado, no se puede desconocer lo dificultoso del análisis propuesto y si bien, el aspecto legal puede ser de mucha ayuda no debe ser la única y cada caso deberá ser analizado particularmente.

En cuanto a las transacciones de comercio electrónico, es innegable que el uso de Internet ha conducido al desdibujamiento de las fronteras y barreras geográficas, así como al incremento en el intercambio transfronterizo de productos y servicios; esto ha hecho posible desde la adquisición de bienes tangibles

situados en cualquier lugar del planeta hasta la realización de transacciones financieras sin límite de tiempo y distancia, facilitando todo tipo de operaciones comerciales.

Como es natural, la aplicación de nuevas tecnologías de comunicaciones para el desarrollo de actividades económicas implica el choque con las disposiciones regulatorias que, en el ámbito fiscal, generan las más encontradas aproximaciones; en efecto, en este plano de la fiscalidad lograr consensos se torna particularmente arduo, debido a la tensión obvia y natural entre los intereses de los fiscos, por un lado, y de los contribuyentes y empresarios, por el otro.

El comercio electrónico cambió la forma de hacer negocios en el mundo. El Derecho Fiscal tendrá que comprender y regular estos cambios para evitar la disminución de la recaudación de los países y la doble tributación de los contribuyentes.

En cuanto a este tipo de transacciones y la determinación de un beneficiario efectivo, como se ha adelantando en páginas anteriores, es condición necesaria que primero se traten de rentas conocidas como regalías y no meros servicios. Una vez hecha tal aclaración, no cabe más que aplicar lo mencionado en párrafos anteriores, analizar el propósito económico del hecho imponible y donde se encuentra el sujeto o usuario final de la renta gravada. Se recuerda que dichas operaciones requieren de especial análisis, se deberá disponer de suficiente información para determinar la forma, el objeto y los sujetos involucrados.

Otro punto a tener en cuenta, una vez superada la cuestión de gravabilidad o no, es la atribución de la base imponible y fijar métodos para por lo menos identificarla. Se sugiere como alternativa *la creación de un Registro Universal de empresas del rubro donde se permita conocer los servicios prestados o dominios involucrados y canales utilizados*. Desde ya que se está en presencia de una gran complicación por lo mencionado a lo largo del trabajo y la dificultad adicional que implican las transacciones electrónicas y que lo mencionado sería un punto de partida quedando mucho camino por recorrer.

Para concluir y como reflexión final, solo se hablará de *desafíos*. Tal como se refleja en la frase que inicia el Informe, los hechos comentados a lo largo de estas páginas abren un abanico de desafíos para los profesionales, los sujetos económicos involucrados, las administraciones y por sobre todo los que conducen a un país en sus diferentes esferas (Poder Ejecutivo, Poder Legislativo y Poder Judicial). Sin la fijación de políticas coordinadas y coherentes de largo plazo es imposible llegar a buen puerto en cualquier cuestión, no solo en las tributarias.

En lo que a éste ámbito de estudio se limita, se reclaman reglas de juego claras y acompañamiento acorde para respetar un principio tan nombrando pero a veces poco comprendido por los funcionarios: la seguridad jurídica.

BIBLIOGRAFÍA

- Aquino, Miguel. Convenios de Doble Imposición. Editorial UNNE. Barcelona. 1999.
- Asorey, Rubén O. García, Fernando D. Tratado de Derecho Internacional Tributario. Tomo I-II-III. La Ley. 2013.
- Atchabahian, Adolfo. El Impuesto a las Ganancias. 5° Edición. La Ley. 2010.
- Calderón Carrero, José Manuel. Convenios Fiscales Internacionales y Fiscalidad de la Unión Europea. Grupo Wolters Kluwer. 2008. Bilbao. España.
- Constitución de la Nación Argentina. Texto oficial 1853 y sus reformas ordenadas por la ley 24.430. Editorial Astrea. Ciudad de Buenos Aires. 2004.
- Cubides, Benjamín y Marín, Mauricio. La Tributación de los servicios en Latinoamérica. Legis Editores 2011.
- Fonrouge Giuliani, Carlos María. Derecho Financiero Tomo I y II. 9° Edición. La Ley. 2005.
- Jarach, Dino. Curso de Derecho Tributario. Tercera Edición. Liceo Profesional Cima. 1980.
- García Belsunce, Horacio A. Tratado de Tributación. Tomo I. Editorial Astrea. 2003.
- García, Fernando D. Convenios para evitar la doble imposición internacional: aspectos controvertidos. Editorial La Ley. 2010.
- Gotlib, Gabriel-Vaquero, Fernando M. Aspectos Internacionales de la Tributación Argentina. 2° Edición Actualizada y Ampliada. La Ley. 2009.
- Modelo de Convenio Tributario Sobre la Renta y el Patrimonio. Comité de Asuntos Fiscales de la OCDE. Julio del 2010.
- Modelo de Convenio Fiscal de la ONU. 2010.
- Nazareno, Hector W. Lecciones de Finanzas Públicas. Tomo I y II. 1° Edición. Universidad Nacional de Córdoba. Facultad de Ciencias Económicas. 2005.
- Rajmilovich, Darío. Convenios para evitar la Doble Imposición. Editorial Errepar 2011.
- Rajmilovich, Darío. Planificación Fiscal Internacional. Editorial La Ley. 2012.

- Villegas, Hector B. Curso de finanzas, derecho financiero y tributario. Editorial Astrea 2003.

Revistas y Publicaciones

- Asociación Fiscal Internacional. Imposición sobre las rentas originadas en el comercio electrónico. Cahiers de Droit Fiscal International. Volumen V 86 A. 2010.
- Asociación Fiscal Internacional. Aspectos prácticos de la aplicación de los convenios de doble imposición. Cahiers de Droit Fiscal International. Volumen V. 83 B. 1998.
- Edelstein, Andrés Mariano. Consideraciones sobre el concepto de beneficiario efectivo. Edición Errepar. Consultor Tributario. 2010.
- Lemme, Alejandro. La cláusula del beneficiario efectivo: su concepto e implicancias, medidas para combatir el uso abusivo de los convenios para evitar la doble imposición. Periódico Económico Tributario.
- Rodríguez Losada, Soraya. La cláusula de beneficiario efectivo en el derecho tributario internacional como instrumento antielusorio. Editorial AVDT. Caracas. 2008.
- Vicchi, Juan Carlos. Interpretación de los convenios para evitar la doble imposición. Editorial Asociación Mutual de Empleados de la Dirección General Impositiva. Año 9, Volumen número 90. 1994.
- Vicchi, Juan C.: "El asesoramiento técnico prestado desde el exterior" - LI - T. LVIII.
- Vogel, Klaus. Interpretación de los convenios de doble imposición. Congreso de Florencia. 1993.

Leyes y Tratados

- Convención de Viena sobre Derecho de Tratados. 1969.
- Ley de Sociedades Comerciales -19.550-
- Ley de Procedimiento Tributario -11.683-

Jurisprudencia

- Aiken Industries Inc. V. Commissioner. 1971.
- Bank of Scotland. Francia. 2006.
- Indofood International Finance Ltd. Royal Court of Justice. London 2006.
- Parke Davis y Cía. De Argentina SAIC. Corte Suprema de Justicia de la Nación. 31/07/1973.

- Prevost Car Inc. Tax Court of Canada. 2008.
- Real Madrid. Sentencia Audiencia Nacional, de 26 de marzo de 2007, Recurso 280/2006.
- Velcro Canadá Inc., versus el Her Majesty the Queen. 2012

Páginas de internet

- www.aaef.org.ar
- www.ciat.org
- www.consejo.org.ar
- www.errepar.com
- www.ief.es
- www.ifa.nl
- www.oecd.org
- www.un.org