

MAESTRÍA Y ESPECIALIZACIÓN EN TRIBUTARIA

Tesis para la obtención del Título de Magister:

**“LA CLÁUSULA DE LIMITACIÓN DE BENEFICIOS (LOB)
Y LA CLÁUSULA DEL PROPÓSITO PRINCIPAL DE
NEGOCIOS (PPT RULE): SU IMPACTO EN LA RED DE
CONVENIOS DE URUGUAY Y ASPECTOS
PROBLEMÁTICOS DE SU APLICACIÓN PRÁCTICA”**

**Esc. Karina Gasparini
Dr. Guillermo Nieves**

Director de Tesis: Dr. Sebastián Arcia

Diciembre 2023

Página de Aprobación

El tribunal docente integrado por los abajo firmantes aprueba el Trabajo Final:

Título: LA CLÁUSULA DE LIMITACIÓN DE BENEFICIOS (LOB) Y LA CLÁUSULA DEL PROPOSITO PRINCIPAL DE NOGOCIOS (PPT RULE): SU IMPACTO EN LA RED DE CONVENIOS DE URUGUAY Y ASPECTOS PROBLEMÁTICOS DE SU APLICACIÓN PRÁCTICA

Autores: Esc. Karina Gasparini - Dr. Guillermo Nieves

Director de Tesis: Dr. Sebastián Arcia

Posgrado: Maestría en Tributaria

Puntaje:

.....

Tribunal

Profesor.....(nombre y firma).

Profesor.....(nombre y firma).

Profesor.....(nombre y firma).

FECHA.....

Agradecimiento: Queremos expresar nuestro profundo agradecimiento a nuestro tutor el Dr. Sebastián Arcia por su guía constante y apoyo invaluable durante todo el proceso de investigación. Su dedicación y experiencia fueron fundamentales para el logro de este trabajo.

RESUMEN EJECUTIVO:

A raíz del aumento de Estados que celebran Convenios para evitar la Doble Imposición Internacional (en adelante “CDIs”) se generan situaciones donde las personas (sean físicas o jurídicas) utilizan a los mismos para el diseño de planificaciones que reduzcan su carga tributaria. Bajo determinadas circunstancias esta planificación puede constituir un uso abusivo de alguno de estos CDIs. Por esta razón a través del marco inclusivo BEPS (Acción 6), los nuevos Modelos Convenios y en el Instrumento Multilateral desarrollado por la OCDE han propendido a la inclusión de cláusulas que combatan estos abusos. Con la inclusión de éstas (especialmente la LOB y PPT) en los CDIs se genera el problema de cómo van a impactar dichas cláusulas en el ordenamiento jurídico local y si su inclusión genera algún tipo de conflicto con la normativa nacional. Es por esto que a través del presente trabajo queremos primero analizar los abusos a los que pueden dar lugar en la aplicación de los CDIs, qué soluciones se han impulsado en el ámbito de la comunidad internacional para evitar el uso abusivo y cómo se conjugan esas normas con las normas e instituciones nacionales.

Palabras clave: Convenios para evitar la doble imposición – Abuso de convenios – Treaty shopping – Rule shopping - Limitación de Beneficios – Propósito Principal de Negocios – Uruguay.

TABLA DE CONTENIDOS

RESUMEN DE ACRÓNIMOS

1. INTRODUCCIÓN
2. EL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN
 - 2.1. LOS OBJETIVOS DE INVESTIGACIÓN
 - 2.1.1. Objetivo General de Investigación
 - 2.1.2. Objetivos Específicos de Investigación
 - 2.2. LAS PREGUNTAS DE INVESTIGACIÓN
 - 2.2.1. Pregunta Principal de Investigación
 - 2.2.2. Preguntas Específicas de Investigación
 - 2.3. JUSTIFICACIÓN
 - 2.4. VIABILIDAD
 - 2.5. ANTECEDENTES HALLADOS
3. MARCO METODOLÓGICO
4. MARCO TEÓRICO
 - 4.1. Globalización y Competencia fiscal internacional
 - 4.2. Planificación fiscal internacional
 - 4.3. Breve referencia a las figuras de elusión y evasión en un contexto de planificación tributaria
 - 4.4. Planificación fiscal internacional abusiva a través de CDIs
 - 4.5. Treaty – shopping como una forma de abuso de CDIs
 - 4.6. Rule – shopping como una de las formas de abusos de CDIs
 - 4.7. Formas de evitar el abuso sin existir una regla específica en el CDI
 - 4.7.1. El objeto y fin como mecanismo contra el abuso de CDIs
 - 4.7.2. Aplicación de cláusulas anti-abuso internas y su compatibilidad con los CDIs
 - 4.8. Acción 6 de BEPS: la nueva reacción de la OCDE para la prevención del abuso de CDIs
 - 4.8.1. El desarrollo de cláusula para el MOCDE y recomendaciones sobre el diseño de normas internas para prevenir la concesión de beneficios de los CDIs en circunstancias inapropiadas
 - 4.9. Las Cláusulas LoB y PPT incorporadas en los CDIs como medidas para evitar el uso abusivo de los mismos.
5. ¿CUÁL ES EL ALCANCE Y LOS EFECTOS DE LA APLICACIÓN DE LAS CLÁUSULAS LOB Y PPT?
 - 5.1. Cláusula general de limitación de beneficios (limitation of benefits – LOB).-
 - 5.1.1. Apartado 1° del artículo 29 de los MODELOS
 - 5.1.2. Apartado 2° del artículo 29 de los Modelos: “residentes calificados”
 - 5.1.3. Apartado 3° del art 29 de los Modelos: Desempeño de una actividad económica o “activity clause”
 - 5.1.4. Apartado 4° del art 29 de los Modelos: Beneficios derivados
 - 5.1.5. Apartado 5° del art 29 de los Modelos: Concesión discrecional de los beneficios
 - 5.2. Cláusula PPT (principal purpose test, o regla del “test de propósito principal”)

- 5.2.1 Consideraciones generales
- 5.2.2 Análisis de los elementos
- 5.2.3 Algunos ejemplos de aplicación de la PPT
- 5.2.4 La carga de la prueba en la PPT
- 5.2.5 Otros aspectos a considerar.
- 5.2.6 Cláusula de salvaguarda PPT rule (párrafo 184 de los Comentarios al MOCDE 2017 y apartado 4 del artículo 7 del MLI)
- 6. ¿CUÁLES SON LOS EFECTOS DE LA APLICACIÓN DE ESTAS CLÁUSULAS?
- 7. ¿SON COMPATIBLES Y EFECTIVAS LAS CLÁUSULAS LOB Y PPT CON EL ORDENAMIENTO JURÍDICO NACIONAL?
- 8. ¿CUÁLES SON LOS DESAFÍOS DE LA IMPLEMENTACIÓN PRÁCTICA DE ESTE TIPO DE CLÁUSULA EN URUGUAY Y LOS DESAFÍOS QUE ENFRENTAN LOS CONTRIBUYENTES, ADMINISTRACIÓN TRIBUTARIA Y ÓRGANOS JURISDICCIONALES?
- 8.1 Administración Tributaria
- 8.2 Contribuyentes
- 8.3 Órganos Jurisdiccionales
- 9. COROLARIOS AL TRABAJO DE INVESTIGACIÓN REALIZADO
- 10. BIBLIOGRAFÍA

Resumen de Acrónimos

CDI/CDIs: Convenio/s para evitar la doble imposición en materia de impuestos sobre la renta y sobre el patrimonio y para la prevención de elusión y evasión fiscales.

LOB: Cláusula de Limitación de Beneficios

MLI: Convención multilateral para aplicar las medidas relacionadas con los tratados fiscales para prevenir la erosión de las bases imponibles y el traslado de beneficios.

MOCDE: Modelo de Convenio/s para evitar la doble imposición en materia de impuestos sobre la renta y sobre el patrimonio y para la prevención de elusión y evasión fiscales de la OCDE (2017).

MONU: Modelo de Convenio/s para evitar la doble imposición en materia de impuestos sobre la renta y sobre el patrimonio y para la prevención de elusión y evasión fiscales de la ONU (2021).

MODELOS: MOCDE y MONU

PPT: Cláusula de Propósito Principal de Negocios.

1. INTRODUCCIÓN

La obtención y canalización de rentas transnacionales coexiste con la diversidad de sistemas tributarios nacionales. Ello ha contribuido a la implementación de novedosos esquemas de planificación fiscal internacional por parte de los contribuyentes, que buscan diseñar la arquitectura fiscal más conveniente a sus intereses. Tal planificación - deseable desde el punto de vista de la optimización de recursos - es legítima siempre que se realice cumpliendo con la normativa vigente en todos los países donde se opere.

Un hecho que ha tenido su eclosión en la última década, ha sido el aumento exponencial del número de convenios internacionales en materia tributaria, entre los que se encuentran los CDIs. Estos CDIs crean un marco jurídico inicialmente presidido por dos objetivos básicos: por un lado, establecer los criterios de reparto de la potestad tributaria entre los Estados firmantes, precisando, en el caso de doble imposición, el alcance del gravamen en el Estado de la fuente y por otro lado, prever los mecanismos de corrección de la doble imposición en el Estado de residencia.

Este marco resulta muchas veces propicio para crear situaciones favorables al contribuyente (en principio, en ambos Estados, pero sobre todo a través de la no sujeción o limitación del gravamen en el Estado de la fuente), con lo cual puede utilizarse el CDI como norma de cobertura, produciéndose un uso impropio del mismo. Si bien, la planificación tributaria por definición no implica, necesariamente, evasión fiscal, la misma facilita, cuando existe un tratado, reducir o postergar ciertas obligaciones fiscales (estas estrategias entran, en muchos casos, en la figura del treaty – shopping o del rule - shopping, aspectos que suelen desnaturalizar la esencia misma de los fines de un tratado de este tipo).

En Uruguay los convenios para evitar la doble imposición han tenido un intenso desarrollo en las últimas dos décadas. Ahora bien, el reciente desarrollo de las denominadas GAARs (General Antiavoidance Rules) tanto en la iniciativa BEPS (Acción 6) como en los Modelos y en el MLI, han dado lugar al desarrollo de las

denominadas cláusulas LOB y PPT, que se han visto reflejadas en un número importante de CDIs vigentes para Uruguay.¹

2. EL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

2.1. LOS OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN

2.1.1 Objetivo general de la investigación

Elaborar un marco teórico que aborde la incorporación de las cláusulas LOB y PPT en la red de CDIs de Uruguay y los aspectos problemáticos de su aplicación práctica.²

2.1.2 Objetivo específicos de la investigación

En este marco, la presente investigación se orientará a la elaboración de un Marco teórico sobre:

(i) la identificación de los principales mecanismos internacionales de que se valen las empresas para reducir la carga impositiva utilizando los CDIs, así como su vinculación con las causas que llevaron a los organismos internacionales al diseño de la cláusula LOB y PPT;

(ii) la recepción de las cláusulas LOB y PPT en la red de CDIs de Uruguay. Como hemos señalado anteriormente la extensión que en los últimos años ha tenido la red de CDIs de Uruguay constituye un desafío para indagar cuál es el alcance

¹ Hemos realizado un relevamiento de cómo estas cláusulas se han visto reflejados en los CDIs de Uruguay, en el ANEXO I de esta Tesis presentamos una tabla con los resultados del mismo.

² Quisiéramos llamar la atención al lector que esta investigación como surge de su título se enfocará exclusivamente en estas dos GAARs (General Antiavoidance Rule), sin desconocer la existencia y relevancia de las denominadas SAARs (Single Antiavoidance Rules) que se encuentra recogidas en diversas disposiciones de los Modelos; i.e. Beneficiario efectivo Arts.10, 11 and 12 MOCDE 2017; uso abusivo de EP (artículo 5, ap. 4.1, ap. 5 y ap. 6 del MOCDE 2017; ganancias de capital (artículo 13 ap. 4 del MOCDE (2017) y Artículo 13 apartados 5, 6 y 7 MONU I (2021), sociedades interpuestas en actividades de artistas y deportistas (art. 17.2 MOCDE).

que tienen estas disposiciones y su interacción con las restantes partes de un CDI;

(iii) el desarrollo de un análisis de esta temática desde la perspectiva nacional para evaluar las implicancias y los obstáculos que puedan surgir cuando se pretenda aplicar estas cláusulas a casos concretos, dado que por lo novel de este statu quo, no existen aún pronunciamientos administrativos y jurisprudenciales que den indicios de los problemas que se generen en la aplicación práctica.

2.2 PREGUNTAS DE LA INVESTIGACIÓN

2.2.1 Pregunta Principal de Investigación

¿Cuál es el alcance y los efectos de la aplicación de las cláusulas LOB y PPT?

2.2.2 Preguntas Específicas de Investigación

2.2.2.1 ¿Qué acciones han tomado los principales organismos internacionales frente a la identificación del fenómeno del uso abusivo de CDIs?

2.2.2.2 ¿Cuál es el ámbito de aplicación de las cláusulas LOB y PPT?

2.2.2.3 ¿Cuál ha sido la práctica de Uruguay al momento de firmar sus CDIs respecto a la incorporación de este tipo de cláusulas en su red de convenios?
¿El MLI ha impactado en la red de convenios de Uruguay?

2.2.2.4 ¿Son compatibles y efectivas las cláusulas LOB y PPT con el ordenamiento jurídico nacional?

2.2.2.5. ¿Cuáles son los desafíos de la implementación práctica de este tipo de cláusula en Uruguay y los desafíos que enfrentan los contribuyentes, administración tributaria y órganos jurisdiccionales?

2.3 JUSTIFICACIÓN

Si bien en Uruguay los convenios para evitar la doble imposición son ampliamente utilizados, las cláusulas LOB y PPT han tenido un muy reciente impacto, ya sea por su incorporación a través del MLI o por la negociación de recientes CDIs con base al MOCDE 2017 o MONU 2021.

2.4. VIABILIDAD

La investigación es viable ya que la información técnica referente a los CDIs ha sido ampliamente desarrollada a nivel internacional tanto por OCDE como por ONU. Además, la doctrina internacional a la que hemos accedido ha analizado en los últimos años de manera intensa el alcance de estas cláusulas y en menor medida también le ha dedicado su tiempo la doctrina vernácula. Debido a esto, contamos con información suficiente como para realizar un análisis teórico del caso.

2.5 ANTECEDENTES HALLADOS

Si bien hay tesis anteriores en las que se investigó la aplicación de los convenios para evitar la doble imposición y su vinculación con la legislación nacional, en ninguna se profundizó en la aplicación de las cláusulas LOB y PPT.

3. MARCO METODOLÓGICO

Forma de investigación: Investigación aplicada Socio jurídico

Tipo de investigación: Exploratoria y descriptiva

Diseño de la investigación: no experimental

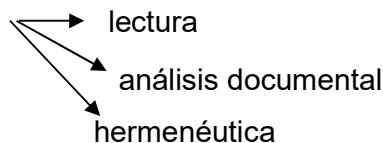
Enfoque: Cualitativo

Fuentes: primarias: documentos, doctrina, jurisprudencia, normativa

Técnicas: i) De recolección de la información:

- ✓ Bibliográficas
- ✓ Hemerográficas
- ✓ Legislativas

ii) De análisis de información:



4. MARCO TEÓRICO

4.1. Globalización y Competencia fiscal internacional

Los moldes de la territorialidad evidentemente resultan insuficientes para las operaciones económicas transnacionales que se han desarrollado. El proceso de internacionalización de la vida económica se ha materializado en el fenómeno comúnmente denominado como la globalización, donde las empresas tienen localizadas las distintas cadenas de su ciclo de producción o servicios en más de un Estado. Este proceso multiplica los flujos de rentas internacionales y, paralelamente, la posibilidad de que se produzca doble imposición internacional.

En este contexto globalizado, los Estados – como los particulares – “compiten” para la atracción de inversión extranjera. Señala Adonnino (2003, p. 58) que la competencia fiscal no es solo la consecuencia de normas específicas previstas para atraer inversiones extranjeras, también es consecuencia de desequilibrios de orden general entre los diversos ordenamientos, algunos de los cuales se

manifiestan mayormente incisivos en su valoración global para la localización de inversiones y de actividades productivas.

Al analizar el proceso de competencia fiscal, podemos distinguir dos clases: competencia fiscal sana y competencia fiscal perjudicial o nociva³⁴. Por competencia fiscal “sana” se ha entendido

“...el proceso de eliminación de ineficiencias y aumento de neutralidad en los sistemas fiscales, efectuados con el fin de evitar que la fiscalidad sea un obstáculo en el desarrollo de actividades económicas. Este proceso se ha visto potenciado por el <<acercamiento>> de los contribuyentes al panorama fiscal internacional: la internacionalización económica ha permitido a los contribuyentes conocer y acceder a otros sistemas fiscales, lo que ha generalizado la búsqueda de economías de opción entre ellos, al tiempo que ha puesto de manifiesto aquellas diferencias que más claramente interferían en las operaciones económicas más frecuentes. Como reacción, los gobiernos se han visto obligados a mirar al exterior y a adaptar su tributación a estándares internacionales, evitando de esa forma quedar fuera de las <<rutas de negocios>>.”
(Vallejo Chamorro, 2007, p. 210)

³ Este tipo de competencia ha sido objeto de constante preocupación en las últimas décadas por Organismos internacionales como la OCDE (muestra de ellos son las iniciativas en materia de transparencia e intercambio de información, así como el proyecto BEPS). Este tipo de competencia preocupa porque: (i) degrada los sistemas fiscales erosionando la base imponible (transferencia de base entre países), (ii) transfiere base imponible a economías sumergidas (transferencia de base al mercado negro), (iii) los impuestos son transferidos a bases menos móviles (trabajo) en beneficio de aquellas móviles (capital), lo que ha desatado una fuerte competencia por estas bases móviles; (iv) se requiere una batería de medidas contra dos categorías de jurisdicciones: paraísos fiscales y regímenes fiscales preferenciales (en Ferreri (2011) se analiza en detalle y con mayor profundidad las implicancias de este fenómeno)

⁴ Traemos a colación en este punto, por resultar ilustrativo de cómo estos conceptos se traducen a la realidad de los Estados, lo señalado por el Reporte OCDE “Addressing Base Erosion and Profit Shifting” donde de las estadísticas sobre inversión extranjera recopiladas a nivel nacional por el FMI surgían que en el 2010 las Islas Vírgenes Británicas eran el segundo mayor inversor en China (14%), después de Hong Kong (45%) y antes que los Estados Unidos (4%). Para el mismo año, Bermudas aparecía como el tercer mayor inversor en Chile (10%). Existen datos similares en relación a otros países, por ejemplo, Mauricio como el primer país inversor en India (24%), mientras que Chipre (28%), las Islas Vírgenes Británicas (12%), Bermudas (7%) y Bahamas (6%) se encontraban entre los cinco principales inversores en Rusia.

Los Estados al recurrir a la competencia fiscal en el fondo están utilizando las normas vigentes con el fin de conseguir, simple y sencillamente, una posición que les resulte más beneficiosa, no siendo posible exigirles que prioricen otros intereses en detrimento de los suyos propios y particulares. Señala Vallejo Chamorro (2007, págs. 211-212) que la adopción de estas medidas podrá tener por objeto la atracción de las bases imponibles (orientándose a un incremento de la recaudación directa a partir de la localización de la base imponible en el territorio), la radicación de factores de producción (procurando un incremento en la producción o desarrollo de un sector económico determinado – financiero o profesional) o la instalación de actividades que generen empleo y actividad económica (pasando a un segundo plano el objetivo recaudatorio).

Es en el seno de esta competencia fiscal “sana” entre los ordenamientos impositivos donde la planificación fiscal internacional encuentra espacio para el desarrollo.

4.2 Planificación fiscal internacional

Para evitar que el fenómeno de la doble imposición suponga un obstáculo o merme la posición competitiva para los contribuyentes cuya actividad tienen factores internacionales es imprescindible una mínima planificación fiscal. Es claro que la empresa que consiga reducir su carga fiscal mediante la adecuada planificación fiscal se encontrará en una mejor situación competitiva que otra que, pudiéndolo evitar, soporte una carga fiscal superior.

La planificación fiscal internacional ha sido definida como el estudio técnico consistente en el análisis de las legislaciones de distintos Estados y la estructuración de las transacciones comerciales de tal modo que se arribe a la elección de aquella alternativa que minimice el costo fiscal de los rendimientos de la inversión, objetivo que puede ser alcanzado a través del no pago efectivo de todo o parte del tributo o su traslado a períodos futuros (PARRONDO, 1999, p. 1611).

Tal planificación –deseable desde el punto de vista de la optimización de recursos- es legítima siempre que se realice cumpliendo con la normativa vigente en todos los países donde se opere.

4.3. Breve referencia a las figuras de elusión y evasión en un contexto de planificación tributaria.

Mediante el fenómeno conocido como Elusión o “tax avoidance”, el contribuyente busca evitar el nacimiento de las obligaciones tributarias sea, al manipular lícitamente la configuración fáctica de los hechos generadores o, sea reduciendo el impacto de los mismos una vez verificados. Se trata de un esquivar directo a la configuración del hecho generador, al adoptar la posición más favorable según la legislación fiscal vigente. Desde una perspectiva internacional, supone optar por ubicar una determinada operación en aquella o aquellas jurisdicciones de menor impacto fiscal.

Fraschini y Baliño (FRASCHINI Y BALIÑO, 2010) consideran que dentro de la elusión se encuentra la planificación fiscal, ya que en estos casos el interesado tiene diferentes caminos para llegar a un mismo objetivo y elige el camino que le implique un menor gasto tributario. En un terreno intermedio entre la elusión y la evasión incluyen al fraude a la ley, ya que en este caso se evita la generación de un tributo o se disminuye su cuantía a través de mecanismos legales, pero violando el espíritu de la norma configurándose así una conducta abusiva. Vale decir que para Hessdörfer (HESSDÖRFER, 2014) para que exista fraude a la ley deben darse las siguientes circunstancias “i) *una intención objetiva de las partes;* ii) *una norma jurídica a priori “adecuada” a dicha intención;* y iii) *una norma jurídica “de cobertura” a la que acuden las partes en sustitución de la norma “adecuada”*. Es decir que en estos casos una parte se ampara en una norma de cobertura cuando en realidad existe otra norma que es la más adecuada para ese negocio pero que genera una mayor carga fiscal.

En otro extremo la evasión fiscal internacional, a la cual se ha definido como:

“la utilización por parte del sujeto pasivo de medios fraudulentos con la intención de evitar la realización del hecho generador de la obligación

tributaria en un territorio de alta tributación, trasladando su localización a territorios de baja o nula carga impositiva, tales como los paraísos fiscales” (Serrano Antón, F, 2001, p. 1760)

En palabras de JARACH:

“El problema que se examina es el tomar posición entre dos principios antagónicos: por un lado, se afirma el pleno derecho de los particulares de elegir para sus negocios los medios y los caminos que resulten menos onerosos desde el punto de vista de las cargas fiscales. Por el otro, se presenta el principio de que los particulares no pueden adoptar caminos indirectos o instrumentos inadecuados para lograr resultados por ellos deseados y pretender que el intérprete de la ley tributaria acepte y se someta a la elección de los caminos referidos por los sujetos privados.” (Jarach, 1980, p.235).

Cuando nos enfrentamos a un fenómeno de Evasión, nos encontramos ante el incumplimiento franco de la norma tributaria con la finalidad de evitar el pago del tributo. Dentro de la evasión encontramos el fenómeno de fraude a la ley donde adquiere relevancia el móvil fraudulento, el cual debe emerger de signos, señales e indicios claros que lo evidencien. El móvil fraudulento, que determinará la evasión aparecerá en escena en aquellos casos en los cuales existen senderos oblicuos o marchas y contramarchas en el camino de los cambios realizados con el propósito del abatimiento de la carga fiscal, haciendo perder a éste su carácter lineal y unidireccional.

Otros autores como veremos no consideran el fraude a la ley como una evasión propiamente dicha, pero si como una conducta que lleva a un uso abusivo de los Convenios. Al decir de Fraschini tenemos formas abusivas subjetivas como el treaty shopping o la manipulación de la residencia y otras formas de abuso objetivo como el rule shopping.

Andrés Hessdörfer citando al Profesor Brasileiro Heleno Torres expresa que: *“los actos contra legem serán aquellos que realiza un sujeto con el objetivo deliberado de violar directamente un precepto de una ley imperativa (impositiva*

o prohibitiva); mientras que en el fraud legis también existe un acto jurídico dirigido a violar la ley, pero con la intención de impedir su aplicación de modo indirecto, ya que se sirve de una norma de cobertura, con el fin de quedar sujeto a ésta y no a aquélla que está evitando, porque de algún modo le resulta más beneficiosa, todo ello, en detrimento de terceros o acreedores”

Según Faget en el fraude a la ley la persona cumple con la ley pero obteniendo un resultado no querido por la ley, es decir que lo que se viola es el fin o espíritu de la norma. Para Hessdörfer hay que tomar otro elemento para considerar que exista fraude a la ley y es la causa. Si la causa típica del negocio está en total disociación con la causa por la cual elegí el negocio la cual es meramente fiscal, es estos casos estoy ante un fraude a la ley.

4.4. Planificación fiscal internacional abusiva a través de los CDIs.-

Tradicionalmente, los CDIs constituyen el instrumento normativo que pretende garantizar la eliminación o corrección de la doble imposición internacional mediante la formulación de reglas distributivas o limitativas de la competencia tributaria de los Estados contratantes. De este modo, se corrigen algunas de las distorsiones generadas como consecuencia del ejercicio simultáneo de la jurisdicción tributaria sobre las rentas con componente transnacional.

El fenómeno de doble imposición ha sido calificado como doble imposición “jurídica” o “económica”. La primera, que es la que busca evitar, o al menos atenuar la doble imposición, se verifica cuando se cumple la regla de las cuatro identidades: (i) identidad de objeto, (ii) identidad de sujeto, (iii) identidad de impuesto e (iv) identidad del período. Esta hipótesis se diferencia de la doble imposición económica, que se da cuando dos Estados gravan la misma manifestación de riqueza o capacidad contributiva aún cuando no exista coincidencia entre los contribuyentes (ej. un Estado grava un ingreso y el otro Estado no permite deducir el gasto; un Estado grava la renta corporativa y el otro a los dividendos que reciben los accionistas).

El fenómeno de la doble imposición jurídica puede tener diversas causas, sea porque un Estado aplica el criterio de la fuente y otro el de la residencia, porque dos Estados consideran a un contribuyente como su residente, sea porque ambos Estados consideran que la fuente de la renta está en su territorio o sea que hay instrumentos híbridos que ambos Estados le dan un tratamiento diferente.

Los CDIs contribuyen de manera esencial en dicha planificación fiscal internacional. Entre los objetivos habituales de toda planificación fiscal se pretende evitar la incertidumbre, o lo que es lo mismo, lograr la máxima seguridad jurídica. Cuando la misma se desarrolla a escala internacional, el nivel de incertidumbre aumenta, ya que a la volatilidad usual de las normas fiscales debe añadirse la necesidad de tener en cuenta los cambios que pueden producirse en todos los Estados en que se actúa. Los CDIs ofrecen un marco muy especial que facilita el desarrollo de planificaciones tributarias, en algunos casos, de un importante grado de sofisticación para reducir la imposición en uno o en ambos estados contratantes. Como señaláramos con anterioridad, la planificación tributaria por definición no implica, necesariamente, evasión fiscal, sin embargo la misma facilita, cuando existe un tratado, reducir o postergar ciertas obligaciones fiscales.

Por su parte, la expresión “abuso de tratados” se asocia con aquellas conductas que, aprovechando las disposiciones que surgen de un CDI, logran aliviar o eliminar la carga impositiva por medio de la creación de circunstancias que entren en colisión con el espíritu y los objetivos perseguidos por los Estados al firmar el referido CDI (AVI-YONAH Y PANAYI, 2010, p.32)⁵. Se trata de

⁵ Aunque excede el objeto de la presente investigación, quisiéramos señalar que la doctrina internacional también ha abordado el uso impropio de los CDIs por parte de los propios estados contratante o “Treaty Dodgin” (en terminología de Vogel). La mayoría de los países han desarrollado una amplia legislación y jurisprudencia con el fin de combatir este tipo de comportamientos. En cambio, no se ha hablado mucho de cómo los Estados contratantes pueden actuar de forma similar. Si, por un lado, los contribuyentes pueden recurrir a prácticas abusivas, los Estados contratantes también pueden intentar aumentar sus ingresos tributarios ampliando unilateralmente el alcance de las circunstancias en las que están autorizados a gravar en virtud de los CDIs. Se puede ver un análisis más profundo sobre esta temática en Galdino, G. (2017).

conductas que son consecuencia de una planificación tributaria que rebasa los límites legales atribuidos a la economía de opción, llevando así a un uso impropio de tratados que implica, o bien el amparo a un CDI por una persona que no tendría derecho a ello, o bien la calificación inadecuada en el marco de un CDI de las circunstancias fácticas involucradas. Para Lang (2014) existe abuso cuando el mecanismo o la transacción han sido artificiales o inusuales y se han llevado únicamente con la intención de obtener un beneficio fiscal. Por su parte PISTONE define el abuso de CDIs como *“aquel fenómeno en el cual un sujeto, para obtener un ahorro del impuesto, requiere los beneficios del régimen convencional al cual no tendría derecho en razón de su situación sustancial.”* (PISTONE, 2003, p. 115).⁶

Fraschini entiende que existe un uso impropio o abusivo de los tratados cuando el resultado es contrario a su objeto, espíritu o propósito, para lo cual hay que tener claro cuáles serían el objeto, espíritu y propósito de los CDIs. Para este autor de acuerdo a los comentarios del Modelo de la OCDE uno de los propósitos de los CDIs. es evitar la elusión, por lo que si por la utilización de estos Convenios se elude una obligación tributaria estaríamos ante un fraude a la ley. También dentro de los propósitos podemos encontrar el favorecer el comercio, el intercambio de información, entre otros, y a la luz de todos estos objetivos y propósitos tenemos que considerar la conducta de los contribuyentes para no considerarlas abusivas.

En nuestro caso consideramos que esta es una afirmación demasiado radical, dado que dentro de la elusión se encuentra la economía de opción, y no podemos considerar que un contribuyente por optar por un escenario más beneficioso ya está abusando de un convenio, sino que en el fraude a la ley se

⁶ Sin perjuicio que más adelante abordaremos esta temática consideramos relevante destacar que a nivel de los Comentarios al artículo 1 (OCDE, 2017 Comentarios al artículo 1° párrafos 66 a 80) se reconoce que las cláusulas anti-abuso específicas o generales internas así como posiciones jurisprudenciales, cumplen un rol importante en prevenir el otorgamiento de beneficios en circunstancias inapropiadas, aclarando que estas última (como la de realidad económica, business purpose, fraude a la ley fiscal, etc.) no contradicen a los CDIs en "la gran mayoría de los casos". El cambio de posición del MOCDE sobre la recepción de la aplicación de las normas internas anti abuso se dio a partir del MOCDE 2003, ya que con anterioridad los comentarios al MOCDE planteaba fuertes reservas a esta posibilidad.

tienen que dar las circunstancias expresadas por Hessdörfer (cita en el Apartado 4.3).

PEREZ BESSIO (2017, págs. 175 y 176) trae a colación el fallo del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (caso Cadbury Schweppes (Caso C-196-0417), donde el Tribunal entendió que el mero hecho de que el contribuyente se traslade a otro Estado o ejecute transacciones transfronterizas para reducir su carga impositiva, no es de por sí suficiente para establecer la existencia de abuso o evasión fiscal, expresando: *"Para que la restricción de la libertad de establecimiento sea justificada con el propósito de prevenir prácticas abusivas, la restricción debe estar fundada en la creación de estructuras totalmente artificiales ("wholly artificial arrangements") que no reflejan la realidad económica. (...). Por lo tanto para concluir que hay una estructura artificial hay que agregar además del elemento subjetivo consistente en obtener una ventaja impositiva, circunstancias de carácter objetivo que demuestren que, aun cumpliendo requisitos legales, no refleja la realidad económica."*

Resulta igualmente importante resaltar que no es aceptable que los Estados nieguen beneficios previstos en un CDI partiendo de bases que no son sólidas para considerar como abusiva una transacción de un contribuyente. En efecto, al llevar a cabo sus actividades económicas, los contribuyentes tienen el derecho de utilizar los beneficios tributarios dispuestos en la legislación interna y en la red de CDIs. El problema es la determinación del límite donde el uso legítimo deviene en abuso. La extensa discusión dogmática en la materia dista de entregar una solución uniforme y de aplicación práctica.

4.5 Treaty –shopping como una de las formas de abuso de CDIs.-

VOGEL (1997, p.50) lo definía como una situación donde

"...las transacciones son realizadas, o las sociedades son establecidas, en otro Estado, exclusivamente con el propósito de obtener beneficios de un tratado existente entre ese Estado y un tercer Estado del cual de otra forma no le serían aplicables, por ejemplo, porque la persona que reclama el beneficio no es residente de uno de los Estados firmantes."

La jurisprudencia internacional ha descrito la práctica del “tax treaty shopping”, como *“una expresión gráfica utilizada para describir el acto del residente de un tercer país, aprovechándose del CDI entre dos Estados contratantes.”* (Unión of India vs Azadi Bachao Andolan, 7/1/2003, Suprema Corte de Justicia de India)⁷,

Ahora bien en este mismo fallo la Suprema Corte de India señala que: *“Los Estados en desarrollo necesitan inversiones extranjeras, y las oportunidades de Treaty Shopping pueden ser un factor adicional para atraerlas (...) La pérdida de ingresos podría ser insignificante en comparación con los otros beneficios no fiscales para la economía. [En consecuencia, el treaty shopping] quizás se considere en el pensamiento contemporáneo como un mal necesario en un país en desarrollo.”*

Resulta interesante la visión aportada por PEREZ BESSIO:

“En primer lugar no debe olvidarse que históricamente algunas administraciones tributarias han incentivado el uso impropio de los tratados. El uso diversificado de treaty shopping tolerado por diversas jurisdicciones se tradujo en la constitución de múltiples sociedades holdings en terceros Estados para disminuir su carga tributaria en el país de origen. Si bien los países desarrollados -que son exportadores de capital -son hostiles al treaty shopping dado que son los más vulnerables frente a la pérdida de renta fiscal (por empresas que buscan una alternativa a los altos impuestos de estas jurisdicciones), recientemente se preocupan por crear regímenes business-friendly para evitar la fuga de las empresas multinacionales, y también para captar inversión extranjera en tiempos de crisis económica. La normativa interna sobre residencia fiscal y la posibilidad de utilizar un CDI únicamente constituyendo una sociedad en el Estado en cuestión, históricamente ha significado que sea muy sencillo “comprar un tratado” (shop a treaty).” PEREZ BESSIO (2017, p.174)

⁷ Accedido en <https://taxguru.in/wp-content/uploads/2020/06/Union-Of-India-and-Anr-Vs.-Azadi-Bachao-Andolan-Supreme-Court.pdf>

No es el treaty shopping en si mismo el problema que enfrentan los Estados signatarios de CDIs, sino el treaty shopping abusivo. El término treaty – shopping (o abuso subjetivo) connota un esfuerzo premeditado para sacar ventaja de la red de tratados internacionales, seleccionando el tratado más favorable para su propósito (VAN WEEGHEL, 1998, p.119).

El uso impropio se verifica por el uso, a cargo de residentes de un tercer Estado, de entidades interpuestas (denominada normalmente “*conduit company*”) situadas en uno de los Estados contratantes con el propósito o finalidad exclusiva de conseguir para sí los beneficios que solo están reservados a los residentes legítimos de los Estados signatarios.

La falta de un interés sustancial propio en la percepción de la renta es la nota característica de la situación jurídica subjetiva de estas entidades interpuestas para beneficiarse de la aplicación de un CDI (un ejemplo puede verse en Acosta et al (2015) p. 201).

Es icónico el caso “*Prévost Car Inc. and Her Majesty the Queen*” (Canadá)⁸ donde se abordó un fenómeno de treaty shopping a partir de la delimitación del alcance del concepto de “beneficiario efectivo” en el marco del CDI Canadá-Holanda. El caso consistió en determinar quién era el beneficiario efectivo de los dividendos pagados por Prévost (residente de Canadá) a su accionista Prévost Holding B.V. (residente de Holanda). Prévost sostenía que el beneficiario efectivo era su Holding, aplicando una tasa reducida de 5% sobre los dividendos pagados, tal como lo establecía el Convenio entre Canadá y Holanda, mientras que la Administración Tributaria Canadiense fundamentaba que los beneficiarios efectivos eran las dos empresas propietarias de Prévost Holding B.V., Volvo Bus Corporation (residente de Suecia) y Henlys Group PLC (residente de Reino Unido) y que por lo tanto, los convenio aplicables eran los de Canadá-Suecia y Canadá-Reino Unido, con tasas de retención del 15% y 10% respectivamente.

⁸ Ver: “*Prevost Car Inc. v. The Queen*”, 2008 tcc 231 (primera instancia) en <https://taxinterpretations.com/content/399814> y “*Her Majesty the Queen v. Prévost Car Inc*”, (sentencia de segunda instancia) en <https://taxinterpretations.com/content/355843>

El Tribunal estableció que en su opinión, “beneficiario efectivo” es aquel que: (i) recibe los dividendos para su propio uso y disfrute; (ii) asume el riesgo y el control sobre los mismos, (iii) no debe rendir cuentas a nadie por la forma en que utiliza la renta, y concluyó que Prévost Holding (Holanda) era el “beneficiario efectivo” de los dividendos distribuidos por Prévost Canadá.

Asimismo, una variante más ambiciosa de treaty shopping utilizando sociedades conductoras es la denominada “steeping stone” (estrategia trampolín), esta estructura redirige el rendimiento obtenido en el Estado de la fuente al inversor último transformando el ingreso obtenido en la fuente en un gasto en el Estado de residencia de la sociedad conductora. El rendimiento fluye vía gasto hacia un tercer Estado, en consecuencia, a la sociedad conductora original se suma una segunda sociedad conductora habitualmente en una “paraíso fiscal” con nula tributación a efectos de dejar las utilidades resultantes de la operación en el mismo, erosionando la base del Estado de la fuente ((un ejemplo puede verse en Acosta et al (2015) p. 203).

Como puede observarse, esta estructura no es sólo resultado de la utilización del CDI más beneficioso, sino que exige además combinar hábilmente esto último con las normas internas del Estado intermedio elegido para realizar la operación. De ahí que los convenios no son la única variable que debe tenerse en cuenta, sin perjuicio de que, el principal efecto querido la reducción de la tributación en el Estado de la fuente se logra a través de ellos. Asimismo, debe tenerse en cuenta que no sólo son relevantes los aspectos tributarios. Entre otros aspectos, tendrán una importancia básica las facilidades que la legislación civil y comercial de los Estados otorguen para la creación de “entidades” que tengan la consideración de personas a los efectos de la aplicación de los CDIs.

Avi-Yonah y Hji Panayi (2010, págs. 25 a 30) así como Qunfang Jiang (2015, pág. 140) señalan tres argumentos que habitualmente son utilizados para explicar la oposición al treaty shopping:

(i) el principio de reciprocidad. Los convenios fiscales se basan en la reciprocidad; los Estados contratantes se hacen concesiones mutuas en un

convenio fiscal bilateral para beneficiar a sus propios residentes y no a los residentes de terceros Estados. El treaty shopping socava este equilibrio entre los Estados contratantes y, por lo tanto, debe ser combatido.

(ii) la sustancia económica. Cuando los contribuyentes realizan auténticas actividades empresariales y no transfieren ingresos a partes vinculadas que son residentes en terceros Estados, es poco probable que deseen evadir o eludir impuestos. Está comúnmente aceptado que una entidad con sustancia económica queda fuera del ámbito del treaty shopping.

(iii) fomento de la inversión extranjera directa. Contrariamente a las dos justificaciones anteriores, la justificación de fomentar la inversión extranjera directa no se utiliza para "contrarrestar" el treaty shopping como tal, sino más bien, para contrarrestar las políticas demasiado estrictas contra el treaty shopping. Resulta tentador imponer medidas muy estrictas contra el treaty shopping, especialmente dado el estímulo del Proyecto BEPS de la OCDE. Cuando las disposiciones anti-compra de tratados se vuelven demasiado estrictas, esto se traduce en muy pocas oportunidades de planificación fiscal (incluso legítima y no abusiva) y elevados costes de cumplimiento y, por lo tanto, desmotiva a los inversores a la hora de invertir en los Estados contratantes en cuestión.

4.6 Rule-shopping como una de las formas de abuso de CDIs.-

Las denominadas técnicas de Rule shopping (abuso objetivo), indican Acosta et al (2015, pags, 199 y 200) tratan sustancialmente de un problema de calificación de rentas; siendo aplicable el CDI⁹, se intenta que la renta percibida califique en una categoría que atendiendo a la realidad no correspondería, a efectos de reducir en mayor medida la tributación en la fuente.

⁹ No tienen por finalidad la aplicación del CDI a un contribuyente, sino que el objetivo del abuso son las disposiciones del tratado mismo.

Los fenómenos más relevantes de Rule shopping a menudo hacen referencia a la cláusula convencional sobre dividendos, puesto que el MCOCDE limita la imposición en el Estado de la fuente al 5% en el caso de que quien percibe los dividendos sea el beneficiario efectivo con una participación de por lo menos un 25% en la sociedad que paga la renta, admitiendo en los demás casos una retención de hasta el 15%.

En lugar de esta cláusula convencional, se busca la aplicación de aquellas cláusulas que tratan sobre los intereses y sobre las ganancias de capital, para desarrollar una estrategia de distribución oculta de dividendos entre sociedades vinculadas en el primer caso, y para la denominada estrategia de “dividend stripping” en el segundo.

En la primera hipótesis el objetivo es convertir los flujos de dividendos en flujos de intereses, ya que el MCOCDE prevé para estos últimos una retención máxima del 10% y muchos CDIs en la práctica conceden una exención plena sobre los mismos. En la segunda hipótesis, el objetivo en cambio, es realizar el valor del dividendo a través de su enajenación, fenómeno que implica la transformación del dividiendo en *capital gains* sometidas a imposición exclusivamente en residencia (art. 13.5 del MCOCDE)¹⁰.

Ambas maniobras (treaty shopping y rule shopping) serán abusivas en tanto se recurra a estructuras artificiosas que no posean una sustancia acorde al tipo de negocio, o se violenten el objeto y los fines de los CDIs utilizados, descartándose así el carácter abusivo de aquellos diseños jurídicos adoptados en el marco de una planificación tributaria lícita.

¹⁰ Esto siempre que no sea de aplicación el apartado 4 del art. 13 del MCOCDE que admite la tributación en la fuente si, en cualquier momento durante los 365 días que preceden a la enajenación, el valor de dichas acciones o participaciones análogas procede en más de un 50%, directa o indirectamente, de bienes inmuebles situados en el Estado de la fuente.

4.7 Formas de evitar el abuso sin existir una regla específica en el CDI.

Las estrategias desarrolladas por los contribuyentes para lograr una planificación fiscal, solo podrían juzgarse como vedadas cuando condujeran a resultados ilegítimos. Como es fácil de imaginar, en la práctica, determinar cuándo se está ante un uso impropio de un determinado CDI y no ante una legítima decisión de una contribuyente enmarcada en los límites de la economía de opción, puede entrañar una gran complejidad.

4.7.1 El objeto y fin como mecanismo contra el abuso de CDIs

Si bien los fenómenos de Treaty shopping y de Rule shopping como fueron descritos anteriormente no se tratan estrictamente de supuestos de interpretación (art. 3.2 de los Modelos) su aplicación al caso concreto no puede estar ajeno al principio de buena fe que informa a todo instrumento internacional. En este sentido el artículo 31 del Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados (CVDT) dispone que los tratados deben 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.”* Es decir que en la aplicación de un CDI se debe tomar la interpretación que más se adecúe a la intención que tuvieron las partes al celebrarlo, y cuando se determina que a través de una interpretación literal pueden acceder a los beneficios del convenio estructuras sin sustancia, se puede dejar de lado la aplicación del CDI por contradecir su propósito.

Esta aproximación sobre el recurso al objeto y fin del CDI como mecanismo para evitar el uso impropio de los CDIs se ha visto reflejado en el marco de la Acción 6 del Proyecto BEPS incluyéndose en el título y el preámbulo de los CDIs (MOCDE 2017 y MONU 2021) una declaración por parte de los Estados contratantes de que cuando se ingresa a un CDI se realiza con el deseo no generar oportunidades de no imposición o de imposición reducida mediante

evasión o elusión fiscales (incluidas las estrategias de elusión mediante la utilización abusiva de los convenios por terceros).¹¹

4.7.2 Aplicación de cláusulas anti-abuso internas y su compatibilidad con los CDIs

La Acción 6 de BEPS aclara que la aplicación de Cláusulas anti abuso generales internas (GAAR) resulta consistente con los CDIs. El nuevo Comentario al artículo 1 (OCDE, 2017 Comentarios al artículo 1° párrafos 66 a 80) reconoce que las cláusulas anti-abuso específicas o generales, así como posiciones jurisprudenciales cumplen un rol importante en prevenir el otorgamiento de beneficios en circunstancias inapropiadas, aclarando que estas últimas (como la de realidad económica, business purpose, fraude a la ley fiscal, etc.) no contradicen los CDIs en "*la gran mayoría de los casos*".¹²

La aplicación de normas anti-abuso domésticas no ha estado exenta de controversias. En este sentido PEREZ BESSIO (2017, pág. 182) citando a Lang, señala que las cláusulas de los CDIs y las regulaciones internas en materia legal son consideradas sistemas legales autónomos en términos de interpretación. Cuando las medidas anti-abuso son utilizadas para ampliar la potestad tributaria, aún se mantiene la tutela del tratado. En caso de que las autoridades fiscales de cada Estado contratante analizaran una cláusula de un CDI a la luz de sus propias regulaciones internas anti-abuso, esto podría dar lugar a la aparición de dos interpretaciones distintas de la disposición en cuestión dentro del CDI.

¹¹ La doble no imposición o imposición reducida en la fuente no se encuentra directamente prohibida por el CDI (sin perjuicio de la inclusión de cláusulas de no sujeción efectiva a impuestos, i.e. CDI con Chile, art. 28.8 y CDI con Paraguay art. 27.8) salvo que esta sea obtenida a partir de un fenómeno elusivo o evasivo. Es más, se mantiene el método de la exención (art. 23) tal como estuvo siempre con la referencia a "may be taxed" lo cual genera un campo fértil a la doble no imposición. Esto no es un extremo menor para los contribuyentes residentes en nuestro país que por aplicación de estos instrumentos (y en función del principio de la fuente aún vigente en nuestro sistema tributario – aunque herido de gravedad --) pueden terminar siendo no gravados.

¹² El cambio de posición del MOCDE sobre la recepción de la aplicación de las normas internas anti abuso se dio a partir del MOCDE 2003, ya que con anterioridad los comentarios al MOCDE planteaba fuertes reservas a esta posibilidad.

Por otra parte, se advierte que numerosos CDIs han dispuesto de forma expresa la aplicación de cláusulas anti abuso internas (CDI con Portugal ap. 7, letra a) del Protocolo; CDI con España apartado 2 del Protocolo, CDI con Alemania art. 28). Asimismo, debemos destacar que estas disposiciones se aplicarán conjuntamente (en particular con España y Portugal) con la PPT rule.

En la doctrina uruguaya (Fraschini y Sartori, 2010, págs. 773-774) se ha establecido una distinción entre las normativas internas anti-abuso que buscan resguardar la base imponible y definir la base de cálculo del impuesto (como la "regla candado" o la limitación de deducciones de pasivos en el Impuesto al Patrimonio), y aquellas que pueden resultar en la negación de los beneficios otorgados por los CDIs. En relación a las primeras, su aplicación implica ejercer la potestad tributaria de acuerdo con las leyes internas (que, por el CDI, fue atribuido a uno u a otro Estado), por lo que su implementación no presenta mayores obstáculos. Sin embargo, en lo que respecta a las segundas, especialmente cuando el CDI carece de una disposición explícita que permita su empleo, la doctrina mencionada rechaza su utilización.

Con respecto al principio de la realidad, señala Fraschini que para la doctrina mayoritaria el artículo 6° del Código Tributario no constituye una norma anti-elusiva genérica, sino que se trata simplemente de un principio interpretativo que habilita al fisco a prescindir de la forma adoptada cuando esta no se ajusta a la realidad económica, pero es únicamente en este caso que podemos recurrir a este principio. Citando a Faget, este autor expresa que *“no resulta aplicable cuando forma y sustancia coinciden, lo que suele acontecer en el ámbito del treaty shopping , en cuyo caso no correspondería ni la descalificación ni el fraude a la ley”*. Sin perjuicio de lo señalado, corresponde traer a colación la Jurisprudencia del TCA admitiendo que el artículo 6° del Código Tributario es una herramienta que puede aplicarse también en supuestos de fraude a la ley tributaria (Sentencias N° 256/013; 23/021).

Finalmente, corresponde traer a colación la posición de Acosta et al sobre la aplicación del principio de realidad a los CDIs¹³. Señalan los autores:

“una vez asumida la potestad tributaria por un Estado contratante, con sus límites y condiciones impuestas por el propio CDI, las normas de derecho interno sobre tributación no se verán afectadas o modificadas por la operatividad de dicho tratado.

Por ende, en tanto las transacciones internacionales que llevan adelante sujetos a los que resulta aplicable un CDI, producen efectos en Uruguay, es decir, se obtienen rentas alcanzados por su sistema de imposición a las rentas, el aplicador del derecho deberá examinarlas bajo el estándar del artículo 6o del CTU¹⁴. El ejercicio de la operación calificadora podrá recaer sobre circunstancias de hecho (por ejemplo: residencia) y de derecho (caracterización legal de actos o negocios jurídicos), con el propósito de determinar en ambos casos si se verifica un uso abusivo del CDI al aprovecharse el contribuyente de los beneficios a los que no tendría derecho si se considerara su situación sustancial.” (Acosta et al, 2015, pág. 219)

4.8. Acción 6 de BEPS: la nueva reacción de la OCDE para la prevención del abuso de CDIs.

A solicitud del G20, la OCDE publicó el Plan de Acción sobre la Erosión de la Base y el Traslado de Beneficios (BEPS) en julio de 2013. El Plan de Acción

¹³ Destacamos el caso Molinos Río de la Plata c/ AFIP de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en Argentina (fallo del 2 de setiembre de 2022) donde la mayoría de la Corte sostuvo que normas anti abuso locales (incluyendo el “principio de realidad económica”) resultan válidas para la interpretación y aplicación de los CDI. La controversia entre la AFIP y Molinos Río de la Plata S.A. se refiere a si los dividendos que esta sociedad percibió de parte de una subordinada incorporada en Chile y que operaba bajo el régimen de sociedades plataforma de inversión previsto en la legislación chilena, podían ser gravados en la Argentina, o, como lo sostenía Molinos, se trataban de rentas excluidas de gravamen en dicha jurisdicción en virtud del art. 11 del Convenio para evitar la doble imposición suscrito entre Argentina y Chile de 1976.). El fallo puede accederse en <https://www.cij.gov.ar/nota-38544-Resoluci-n-de-la-Corte-Suprema-de-Justicia-de-la-Naci-n-en-causa-CAF-1351-2014-CA1-CS1-CAF-1351-2014-1-RH1--Molinos-R-o-de-la-Plata-S.A.-c--Direcci-n-General-Impositiva-s--recurso-directo-de-organismo.html>

¹⁴ Divergencia entre la realidad y la forma adoptada: La calificación fiscal deberá recaer sobre el negocio querido y no el formalmente revestido. Cuando el interés empírico del negocio no coincide con la forma adoptada por las partes, ocultándose de esa forma la realidad económica – comercial, estaremos frente a una forma jurídica inadecuada y el intérprete deberá recalificar la situación en base a la realidad económica subyacente.

definió 15 acciones para luchar contra este fenómeno¹⁵, y en particular, en su Acción 6 identificó al abuso de tratados, y dentro de este fenómeno al treaty shopping, como una de las más importantes fuentes de BEPS.¹⁶

El Informe BEPS relativo a la Acción 6 se divide en tres apartados claramente diferenciados, lo que permite identificar sin lugar a dudas el fin perseguido por la acción:

a) El apartado A incluye disposiciones anti-abuso que proporcionan medidas para frenar la utilización indebida de los Convenios. Dichas medidas, que serán expuestas a continuación, constituyen un estándar mínimo contra la lucha del treaty shopping. Adicionalmente, el Informe incluye otras normas específicas dirigidas a evitar situaciones de abuso en supuestos de sociedades con doble residencia o de aplicación del Convenio por un establecimiento permanente situado en un tercer Estado con baja o nula tributación.

b) El apartado B contiene una nueva redacción del Preámbulo al Modelo de Convenio, así como del título de los Convenios, recogiendo una declaración expresa de que la finalidad de los Convenios es evitar la doble imposición sin crear oportunidades de doble no imposición o imposición reducida mediante la evasión o elusión fiscal.

c) El apartado C identifica recomendaciones de medidas de política fiscal que los países deberán tener en cuenta a la hora de firmar/renegociar/denunciar un Convenio

¹⁵ El 30 de junio de 2016, Uruguay adhirió al Marco Inclusivo de (BEPS), lo cual implica la asunción del compromiso de adoptar el "estándar mínimo BEPS" constituido por las Acciones 5 (Combatir las Prácticas Tributarias Perniciosas), 6 (Impedir la Utilización Abusiva de los Convenios), 13 (Informe país por país en Materia de Precios de Transferencia) y 14 (Mecanismos de Resolución de Controversias).

¹⁶ **ACTION 6 PREVENT TREATY ABUSE:** *Develop model treaty provisions and recommendations regarding the design of domestic rules to prevent the granting of treaty benefits in inappropriate circumstances. Work will also be done to clarify that tax treaties are not intended to be used to generate double non-taxation and to identify the tax policy considerations that, in general, countries should consider before deciding to enter into a tax treaty with another country. The work will be co-ordinated with the work on hybrids.*

4.8.1 El desarrollo de cláusulas para el MOCDE y recomendaciones sobre el diseño de normas internas para prevenir la concesión de beneficios de los CDIs en circunstancias inapropiadas.-

Una revisión de la práctica en materia de CDIs, de los países miembros y no miembros de la OCDE, muestra un uso de diferentes enfoques para procurar abordar el fenómeno de treaty shopping. En base a las ventajas y desventajas de estos enfoques la OCDE recomienda los siguientes abordajes:

- 1) incluir en el título y el preámbulo de los CDIs una declaración por parte de los Estados contratantes de que cuando se ingresa a un CDI se realiza con el deseo de prevenir la evasión y elusión fiscal, y, en particular, que tienen la intención de evitar la creación de oportunidades para el treaty shopping.
- 2) Los Estados debieran explotar las alternativas de incluir en sus CDIs una cláusula específica anti abuso basada en la cláusula limitación de beneficios (LOB) seguida por los E.E.U.U en sus CDIs.
- 3) Finalmente, a efectos de abordar otras formas de abuso de tratados, es recomendable incorporar a los CDIs otro tipo de cláusulas anti abuso generales (PPT).

En el marco internacional, y teniendo en cuenta estos objetivos trazados, se desarrollaron modelos que procuraron incorporar estas disposiciones a nivel de la red de CDIs de los Estados:

- (i) MLI. Si bien el MLI no forma parte del estándar mínimo -en rigor surge de la Acción 15¹⁷, se ha construido en la opción rápida y eficiente para poder adaptar la red de CDIs de un país¹⁸.

¹⁷ Desarrollar un Instrumento Multilateral para modificar los Acuerdos Bilaterales.

¹⁸ Uruguay ratificó el MLI por Ley N° 19.814, de 18 de setiembre de 2019, depositándose el 6 de febrero de 2020 y entrando en vigor el 1 de junio de 2020. No obstante, las disposiciones del MLI surtirán efecto respecto de un “Convenio fiscal comprendido”, a partir del año siguiente en que para las dos “Jurisdicciones contratantes” haya entrado en vigor el instrumento.

Más allá de la flexibilidad con que fue concebido el MLI, existe un núcleo principal del instrumento que no puede obviarse y constituye lo que se ha denominado como "estándar mínimo obligatorio". Dicho estándar mínimo está constituido por aquellas disposiciones que indefectiblemente deben integrarse a la red de CDIs comprendidos en el MLI, y por ende no pueden ser objeto de reservas. De estas corresponden destacar:

- cláusula de objeto del convenio (artículo 6);

- cláusula PPT (principal purpose test, o regla del "test de propósito principal") y/o limitación de beneficios (artículo 7)¹⁹;

(ii) Por su parte la OCDE en el año 2017 actualizó su Modelo y los comentarios, incorporando -- en línea con la Acción 6 de BEPS -- un artículo 29 (y comentarios) que recoge una cláusula de limitación de beneficios (en sus versiones simplificada y detallada) más una cláusula de propósito principal de negocios. Asimismo, amplió los comentarios al artículo 1º del MOCDE sobre el uso indebido de los convenios. Por su parte la ONU en su actualización 2021 al Modelo de Convenio incorporó un artículo 29 con similares características.

4.9 Las Cláusulas LoB y PPT incorporadas en los CDIs como medidas para evitar el uso abusivo de los mismos.

Frente a la irrefutable realidad de que los CDIs han evolucionado como una herramienta empleada para mitigar los costos fiscales asociados con las transacciones internacionales, la implementación de medidas de prevención de abusos ha surgido como la principal respuesta adoptada por los Estados para contrarrestar las estrategias adoptadas por los contribuyentes que podrían considerarse como abusivas. En última instancia, la planificación fiscal es una realidad presente, y este tipo de medidas se han convertido en la herramienta

¹⁹ La cláusula LOB contiene una versión detallada o simplificada. En el marco de la Acción 6 de BEPS, y a efectos de dar por cumplimiento al estándar mínimo las jurisdicciones pueden adoptar diversas estrategias, a saber: (i) cláusula LOB detallada o (ii) cláusula LOB simplificada + PPT (este último ha sido el camino transitado por Uruguay en sus CDIs).

para tratar de encauzar dicha planificación dentro de los límites apropiados, según la perspectiva de los distintos sistemas legales nacionales involucrados.

En el marco BEPS, la OCDE en su reporte final sobre la Acción 6 sugiere la necesidad de combinar las acciones LOB y PPT,

“algunas de las disposiciones de la CLB [LOB] se basan en criterios objetivos, proporcionando una seguridad jurídica mayor a la que la puede ofrecer la NPP [PPT] que, por el contrario, supone realizar un análisis caso por caso a fin de valorar qué podemos entender como uno de los principales propósitos de una operación o acuerdo. Por esta razón, la CLB [LOB] resulta útil a la hora de abordar casos de treaty shopping que puedan identificarse a partir de la naturaleza jurídica de la entidad, sus propietarios y sus actividades generales. Sin embargo, dicha cláusula no permite abordar otras formas de abuso de convenios, como tampoco cubre ciertas formas de treaty shopping como las estrategias de financiación a través de sociedades instrumentales mediante las cuales una persona sin posibilidades de acceder a los beneficios de un convenio utiliza como intermediario a un residente de uno de los Estados contratantes del convenio que por el contrario sí puede acceder a ellos.”
(OCDE, 2015, pág. 19)

5. ¿CUÁL ES EL ALCANCE DE LAS CLÁUSULAS LOB Y PPT?

Tanto la PPT como la LOB permiten que no sean aplicables de forma total o parcial los beneficios de un CDI. Previo a realizar un análisis de la aplicación de estas cláusulas, lo primero que tenemos que distinguir es cómo se combinan las cláusulas, en los casos que un CDI las contenga a ambas, lo que sucede en algunos de CDIs suscriptos por Uruguay²⁰. Se entiende que las cláusulas se aplican en forma sucesiva, es decir que no estamos ante un caso que tengamos que evaluar cuál de las normas prima sobre la otra. Como expresa Rodríguez Piñeros (2020 p. 44) cada una de las normas tiene su propio ámbito de

²⁰ CDIs con Brasil, Chile, India, Paraguay y México.

aplicación, mientras que la LOB se enfoca en la naturaleza jurídica, la estructura de propiedad y en las actividades de un residente en un Estado contratante, la PPT analiza la finalidad que buscaba un contribuyente al realizar un acto jurídico.

Es decir, que en aplicación de la cláusula LOB lo primero que tenemos que identificar es si nos encontramos ante una persona calificada, si la respuesta es afirmativa seguimos adelante. Existen casos en los que estando ante una persona no calificada, el Estado parte puede decidir ampararla en las cláusulas del convenio, o permitirles el acceso parcial a determinadas cláusulas del Convenio. En el caso que la persona no sea calificada y el Estado deniegue la aplicación del Convenio, no es necesario analizar la PPT dado que prima la norma especial sobre la general. Si una vez que se realiza este análisis se llega a la conclusión que estamos ante una persona calificada, igualmente se pueden negar los beneficios del Convenio si se determina que la finalidad del negocio es obtener un beneficio abusivo del convenio, y que la obtención del beneficio no se encuentra dentro de los propósitos de la norma. Es decir que, si una persona no es calificada, no importa la finalidad del negocio ya que no van a aplicar los beneficios del convenio. En cambio, puede suceder que, a una persona a pesar de ser calificada, igualmente no se le apliquen los beneficios de un convenio en función de la cláusula PPT.

5.1 Cláusula general de limitación de beneficios (*limitation of benefits – LOB*).

Tomando como principal antecedente la redacción del artículo 22º del Modelo de Convenio de Estados Unidos (1996), la OCDE ha sugerido que aquellos países que quieran atender de manera integral esta problemática evalúen la inclusión de una cláusula general de limitación de beneficios.

Entendemos importante efectuar la siguiente precisión sobre el análisis que abordaremos en los siguientes párrafos; nos centraremos en la versión simplificada de la Cláusula LOB conforme surge los de art. 29 de los Modelos y sus comentarios, así como del apartado 7 (Num, 8 a 14) del MLI, ya que a partir

del relevamiento efectuado a la red de CDIs²¹ identificamos que este ha sido el camino generalmente transitado por nuestro país al incorporar la cláusula LOB a los CDIs. Un análisis de la cláusula LOB en su versión detallada nos impediría cumplir con las pautas de extensión de la Tesis establecidas por la Dirección Académica de la Maestría^{22 23}.

En esencia, este enfoque consiste en la consolidación de diversas medidas específicas de prevención del abuso que estaban sugeridas en los comentarios al artículo 1° del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE en sus versiones anteriores. Su objetivo principal es la formulación de un conjunto de criterios que se aplican a la entidad que busca aprovechar los beneficios del CDI (en realidad, se trata de una serie de pruebas o *comprehensive approach*).

Estos criterios evalúan la solidez de la conexión que dicha entidad mantiene con el Estado en el que tiene su residencia (el denominado “nexo genuino” que ha sido requerido por la doctrina internacional – i.e. Lang--). Los apartados 1 a 7 de la cláusula LOB buscan denegar los beneficios del CDI a estructuras que normalmente entrañan la concesión indirecta de tales beneficios a personas que no tienen derecho a acceder directamente a ellos; solo si esta evaluación resulta positiva, la entidad se considera un residente calificado y por lo tanto, se le concede el derecho de beneficiarse del convenio.

Por supuesto que la adopción de estas cláusulas no ha estado exenta de fuertes críticas en la doctrina internacional. Se ha sostenido que la cláusula LOB comprende un conjunto de cláusulas que parecen carecer de una finalidad coherente y uniforme (Escribano,2019, pág. 942). La disposición presenta una amplia gama de “safes harbours” cuyo cumplimiento conlleva a la presunción de

²¹ Ver Anexo I a esta Tesis.

²² Sin perjuicio que en el Anexo II de esta Tesis hemos transcripto ambas versiones para facilitar su consulta.

²³ Este trabajo tampoco abordará por exceder su objetivo la disposición introducida por el apartado 8 del artículo 29 de MOCDE y artículo 10 del MLI, relativo a los establecimientos permanentes en tercera jurisdicción. Esta disposición busca dar respuesta a casos potenciales de abuso a partir de la transferencia de acciones, créditos, derechos o bienes a establecimientos permanentes creados con ese único fin en países que, o bien no gravan, o bien ofrecen un tratamiento preferente a la renta derivada de dichos activos.

que la sociedad residente en cuestión no plantea problemas desde el punto de vista del treaty shopping. Estos “safes harbours” trazan una línea divisoria entre lo que un Estado considera que es o no un acceso censurable a los beneficios del CDI. Una línea divisoria que se ha considerado “*arbitraria*” y “*carente de un fundamento coherente*”²⁴ y se trataría de una respuesta ad hoc a un fenómeno que, aunque se considera problemático, aún no se ha identificado con precisión.

5.1.1 Apartado 1º del artículo 29 de los MODELOS.

Versión simplificada y detallada:

“Salvo cuando este artículo disponga lo contrario, un residente de un Estado contratante no podrá acogerse a un beneficio previsto en este Convenio (salvo los recogidos en el apartado 3 del artículo 4, el apartado 2 del artículo 9 o el artículo 25) a menos que dicho residente sea una “persona apta” en el sentido del apartado 2 en el momento en que se hubiera concedido el beneficio.”

En primer lugar, corresponde precisar que los CDIs son de aplicación a las personas (artículo 3.1. de los Modelos) residentes de uno o ambos estados contratantes (artículo 1.1 de los Modelos). Como es sabido el artículo 4º de los Modelos efectúa un reenvío interno a la normativa interna de los Estados Parte a efectos de que a la luz de la misma se asigne la residencia. Cuando por aplicación de este reenvío, ambos Estados partes asignen residencia fiscal a la persona física deberá aplicarse la “regla de desempate” del art. 4.2 de los Modelos. En el caso de Personas Jurídicas u otras entidades donde exista doble residencia, el apartado tercero del art. 4 de los Modelos establece el Procedimiento de Acuerdo Mutuo como mecanismo para la asignación de residencia.

La “primera línea de defensa” (Fleming, 2012, pág., 245) que establecen los CDIs contra el treaty shopping es precisamente la residencia del contribuyente en uno de los Estados contratantes. Sin embargo, los desarrollos, a impulso de la OCDE, evidencian que esta primera línea de defensa suele considerarse insuficiente precisamente debido a la debilidad percibida de ciertos criterios de residencia fiscal meramente formales. Esta solución genérica y tradicional que

²⁴ Escribano (2019, pág. 942, nota al pie Nº 34) señala: “Cabe señalar que algunas cláusulas LOB responden directamente a las necesidades particulares de la jurisdicción que las promueve. El mejor ejemplo es el “test” de sede central promovida por EE.UU., ya que este país alberga las sedes de un gran número de multinacionales.”

delimita el ámbito de aplicación subjetivo de un CDI, se constituye en sí misma en una de las causas del problema del abuso de CDI debido a la debilidad de los requisitos de acceso al CDI y justamente es lo que la cláusula de LoB de los Modelos pretende resolver. Esta cláusula dispone que adicionalmente a tener el carácter de residente de uno o ambos estados partes para poder solicitar los beneficios del CDI, el contribuyente debe ser categorizado como “*persona calificada*” (en la versión en castellano del MOCDE refiere a “persona apta”). Los beneficios que, de otro modo, permitiría conceder el Convenio a los residentes de un Estado contratante incluyen todas las limitaciones a las potestades tributarias de los Estados contratantes estipuladas en los artículos 6 a 22, la eliminación de la doble imposición prevista en el artículo 23 y la protección que se brinda a los residentes de un Estado contratante mediante el artículo 24. A su vez la Cláusula LOB no amplía en modo alguno el alcance de los beneficios otorgados por el CDI (por ejemplo deberá tener, adicionalmente, la calidad de beneficiario efectivo a efectos de aplicarse la extensión o reducción del monto imponible en el casos de los artículos 10 a 12 de los Modelos),

Como veremos esta calificación sobre residencia es exclusivamente aplicable para las personas jurídicas y otras entidades que pueden de una forma relativamente sencilla convertirse en residentes de un estado cumpliendo con determinados requisitos formales.

5.1.2 Apartado 2° del artículo 29 de los MODELOS: “residentes calificados”.

El segundo párrafo desarrolla una serie de literales donde se describen categorías de residentes que tendrán la consideración de “residentes calificados” a efectos de la aplicación del CDI.

Literal a): una persona física: Las personas físicas se consideran automáticamente residentes calificados, ya que las cláusulas de LOB están específicamente adaptadas a contribuyentes distintos de las personas físicas, que tienen -en general- más posibilidades de desarrollar estructuras de treaty shopping. El concepto de residencia aplicable a las personas físicas reúne, por sí mismo, los presupuestos sobre los que se asientan las cláusulas LOB.

Apartado b) Estados contratantes, subdivisiones políticas y sus organismos y agencias:

Estos entes reúnen una vinculación suficiente con el territorio y es improbable que se utilicen para el desarrollo de estructuras treaty shopping. Desde la perspectiva uruguaya ingresarían como entes calificados el Estado, los Gobiernos Departamentales, los Entes Autónomos y Servicios Descentralizados, no así las Personas de Público no Estatal (aunque seguramente cumplirán con el apartado tercero del art. 29).

El concepto de “organismo o agencia” se refiere únicamente a las entidades constituidas por un Estado (o por una de sus subdivisiones políticas o entidades locales) para ejercer exclusivamente funciones de naturaleza pública; no se aplica, por ejemplo, a una sociedad que intervenga en calidad de agente²⁵ de un Estado con fines específicos pero que no haya sido constituida por el Estado para ejercer funciones de naturaleza pública (cfme párrafo 14 de los comentarios al art. 29 del MOCDE).

Apartado c) La cláusula de cotización en bolsa (Stock exchange test/ Publicly trade companies)²⁶

c) una sociedad u otra entidad cuya clase principal de acciones se coticie regularmente en uno o más mercados de valores reconocidos

El punto c) reconoce que, debido a que, en la mayoría de los casos, las acciones de empresas cotizadas y ciertas entidades pertenecen a un amplio grupo de accionistas, es poco probable -- al estar sujetas al escrutinio público -- que estas organizaciones utilicen el “treaty shopping” como estrategia mediante el abuso de acuerdos con terceros. Otro fundamento podría ser los controles exhaustivos que tienen este tipo de sociedades (lo cual en Uruguay es una realidad a través del Banco Central del Uruguay), el que también recae sobre sus accionistas, afiliadas, etc. Lo cierto es que es un test muy sencillo de controlar para las

²⁵ No surge con claridad cuál es el alcance de “agente” aunque podríamos vincularlo con el concepto de EP de Agencia (art. 5 apartado 5 de los Modelos).

²⁶ En el caso del CDI con Chile (Ley Nº 19.548), el artículo 28 siguen una versión que combina la letra c) y el apartado (i) letra d) de la versión detallada del MOCE 2017.

Administraciones Tributarias por cuanto es netamente objetivo. Sin embargo, la realidad es que muy pocas sociedades uruguayas podrían ampararse a este test.

Las definiciones de "acciones"²⁷, "clase principal de acciones"²⁸ y "mercado de valores reconocido"²⁹ se encuentran especificadas en el apartado 7º del art. 29 de los Modelos.

Si bien es cierto que una empresa que cotiza en bolsa o su filial es menos probable que sea utilizada como conducto por no residentes, también hay que tener en cuenta que los inversores no residentes pueden esforzarse por que las acciones de su empresa coticen en un mercado de valores reconocido. Qunfang (2015, pág. 145) señala como ejemplo el caso de una sociedad conducto que cotiza en bolsa en su Estado de residencia, mientras que su sociedad matriz posee la mayoría de las acciones de esta sociedad instrumental; la cotización en bolsa sólo busca aportar artificialmente un número suficiente de accionistas minoritarios a la sociedad instrumental para poder dar cumplimiento al requerimiento del art. 29.

Kuźniacki (2020, pág. 7) señala que la falta de claridad de los términos definidos en el apartado 7º y la falta de experiencia en su aplicación disminuye la eficacia de este test. La eficacia de este Test también se ve mermada por otros factores como:

(i) una sociedad puede pasar este test cuando un porcentaje sustancial de las acciones esté en manos de un único accionista o de un pequeño número de accionistas residentes en un tercer país. *“Esto crea un entorno perfecto para que los grandes accionistas ingeniosos busquen el tratado más ventajoso. Sólo*

²⁷ en relación con las entidades distintas de las sociedades de capital, el término “acciones” significa las participaciones análogas a las acciones

²⁸ el término “clase principal de acciones” significa la clase o clases de acciones de una sociedad o entidad que representan la mayoría de los derechos de voto y del valor totales de la sociedad o entidad

²⁹ a) el término “mercado de valores reconocido” significa: (i) un mercado de valores constituido y regulado como tal conforme a la legislación de cualquiera de los Estados contratantes; y (ii) cualquier otro mercado de valores acordado por las autoridades competentes de los Estados contratantes. El párrafo 119 a los comentarios del art. 29 del MOCDE establece algunos parámetros que los estados deberían considerar a la hora de definir las ‘bolsas reconocidas’.

tienen que persuadir a un número adecuado de accionistas minoritarios para que se unan al conducto, es decir, una empresa/otra entidad que coticen en bolsa mediante una oferta pública de cotización.”;

(ii) En segundo lugar, las bolsas de valores no requieren la presencia física de una empresa/otra entidad para cotizar en bolsa. La negociación pública se está convirtiendo cada vez más en una plataforma totalmente digital, lo que significa que una empresa u otra entidad puede cotizar en bolsa sin mucha sustancia económica.

Apartado d) Organizaciones sin fines de lucro y fondos de pensiones

Con relación a las entidades sin fines de lucro, los Modelos disponen que la definición será a partir de lo negociado por los Estados parte. Si tomamos como ejemplo el CDI con Brasil (Ley N° 20.009, de 7 de diciembre de 2021) el apartado (i) de la letra d) las define como: *“una organización sin ánimo de lucro, establecida o mantenida en ese Estado exclusivamente por motivos religiosos, de caridad, educativos o científicos”*³⁰

También el apartado (ii) incluye a los “fondos de pensión reconocidos”, que son definidos en MOCDE art 3 i) como *“una entidad o un instrumento establecidos en ese Estado, a los que la legislación fiscal de ese Estado dote de personalidad independiente, y: (i) que se haya creado y se explote exclusiva o casi exclusivamente para administrar o proporcionar prestaciones de jubilación u otras prestaciones complementarias o accesorias a personas físicas y que esté regulado como tal por ese Estado o por una de sus subdivisiones políticas o entidades locales; o*

(ii) que se haya creado y se explote exclusiva o casi exclusivamente para invertir fondos en beneficio de las entidades o instrumentos a los que se refiere el subapartado (i) anterior.”

³⁰ En el ámbito de los CDIs que han sido modificados por el MLI (ver Anexo I) el alcance de este concepto debe ser acordado por los Estados Partes mediante el intercambio de notas diplomáticas.

Dentro de este apartado puede considerarse la inclusión de las Personas de Derecho Público No Estatal que brinden prestaciones de seguridad social (Caja Profesional, Caja Notarial, Caja Bancaria) así como las Cajas de Auxilio reguladas por el Decreto Ley N° 14.407 y las AFAPs.

Apartado e) Test de la propiedad.

e) una persona, distinta de una persona física si, en ese momento y durante al menos la mitad de los días de un período de doce meses que comprenda el momento en el que el beneficio se hubiera otorgado, las personas residentes de ese Estado contratante y que tienen derecho a acogerse a los beneficios de este Convenio en virtud de los subapartados a) a d) poseen, directa o indirectamente, al menos el 50 por ciento de las acciones de dicha persona;

Podrá acogerse a los beneficios del CDI si, en el momento en que el beneficio se hubiera acordado y durante al menos la mitad de los días de un período de doce meses que comprenda ese momento, al menos el 50 por ciento de los derechos de voto y valor de las acciones -- o participaciones análogas i.e. fideicomiso -- de esa entidad son propiedad, directa o indirectamente³¹, de personas residentes de ese Estado contratante que pueden acogerse a los beneficios del Convenio conforme a los subapartados anteriores del apartado 2 (es decir, los subapartados a), b), c) o d) de la versión simplificada).

La correcta aplicación de esta disposición implica la necesidad de comprobar de manera acabada (i) requisitos cualitativos (¿quiénes son los partícipes?), (ii) cuantitativos (¿qué porcentaje de participación deben tener?) y (iii) temporales (¿durante cuánto tiempo debe mantenerse la participación?).

Corresponde precisar que los CDIs con Chile, Paraguay y Ecuador incluyen acumulativamente al test de propiedad, el denominado test de erosión de la base. Donde menos del 50% de la renta bruta de esa sociedad para el período fiscal es pagado o adeudado, directa o indirectamente, a personas que no sean residentes calificados de cualquiera de los Estados Contratantes en la forma de

³¹ Esta titularidad indirecta permitiría que la sociedad que reclama los beneficios del CDI tenga como titulares a sociedades de terceros estados siempre que al final de la cadena de propiedad al menos el 50% de los derechos votos y de valor recaigan en una persona calificada a la luz del CDI que se pretende aplicar. Sin dudas los recientes desarrollos en materia de beneficiario final que ha impulsado el Foro Global sobre Transparencia e Intercambio de información (Términos de referencia de 2016) y su implementación en nuestro país por el Capítulo II de la Ley N° 19.448 y el Decreto N° 166/017 resultarán un elemento clave para la correcta valoración y aplicación de este supuesto.

pagos que sean deducibles. La combinación de ambos tests asegura por un lado que la mayoría de la propiedad resida en el Estado contratante, y por otro que exista una ausencia de erosión de la base imponible y de esa forma que los beneficios del tratado sean otorgados a los residentes beneficiarios económicos de las transacciones en cuestión. El test de propiedad no es por sí solo suficiente por cuanto aún una sociedad con suficiente propiedad local podría pagar importantes sumas de pagos deducibles (como servicios técnicos) a una vinculada residente en un tercer Estado.

5.1.3 Apartado 3° del artículo 29 de los MODELOS: Desempeño de una actividad económica o “activity clause”.

3. a) Un residente de un Estado contratante tendrá derecho a acogerse a los beneficios de este Convenio respecto de un elemento de renta procedente del otro Estado contratante, con independencia de que sea o no una persona apta, si el residente desempeña activamente una actividad económica en el Estado contratante mencionado en primer lugar, y la renta que proceda del otro Estado contratante proviene de esa actividad económica o es incidental a ella. A los efectos de este artículo, la expresión “desempeño de una actividad económica” no incluye las siguientes actividades ni sus combinaciones:

(i) su explotación como sociedad de tenencia de valores;
(ii) supervisión general o servicios de gestión de un grupo societario;
(iii) actividades de financiación al grupo (incluida la centralización de tesorería); o
(iv) realización o gestión de inversiones, excepto cuando dichas actividades las realice un banco o [listado de instituciones financieras similares a los bancos que los Estados contratantes puedan acordar tratar como tales], entidades de seguros o un agente de valores registrado, en el curso ordinario de su actividad como tal.

b) Si un residente de un Estado contratante obtiene un elemento de renta de una actividad económica efectuada por ese residente en el otro Estado contratante, u obtiene un elemento de renta del otro Estado contratante procedente de una persona relacionada, las condiciones descritas en el subapartado a) se considerarán satisfechas en relación con ese elemento de renta únicamente si la actividad económica desarrollada por el residente del Estado contratante mencionado en primer lugar, con el que está relacionado el elemento de renta, es sustancial respecto de la misma actividad económica o una actividad complementaria a ella, efectuada por el residente o por dicha persona relacionada en el otro Estado contratante. Para determinar si una actividad económica es sustancial a los efectos de este apartado se analizarán todos los hechos y circunstancias.

c) A los efectos de la aplicación de este apartado, las actividades desarrolladas por personas relacionadas con residentes de un Estado contratante, se considerarán desarrolladas por dicho residente.

Las entidades mayoritariamente controladas por individuos que residen en terceros países o, en su caso, aquellas cuyas actividades comerciales se desarrollan principalmente con residentes en terceros países, con poca frecuencia podrán cumplir con las cláusulas mencionadas anteriormente, en especial con la cláusula de propiedad. Como resultado, estas disposiciones disminuyen considerablemente el alcance de aplicación del CDI. No obstante, aquellos residentes que no obtengan la calidad de residente calificado en el marco del apartado 2° de la LOB podrán reclamar los beneficios del CDIs respecto de un elemento de renta a la luz de este apartado.

El subapartado a) establece la norma general de que un residente que desempeña una actividad económica en su Estado de Residencia puede acogerse a los beneficios del CDI respecto de un elemento de renta procedente del Estado de la fuente. No obstante, dicho elemento de renta debe obtenerse en relación con esa actividad o ser incidental a la misma.

La cláusula de actividad establece un criterio diferente con el objetivo de evitar que aquellas entidades que llevan a cabo una actividad económica legítima no puedan beneficiarse del CDI. En esta cláusula se analiza la naturaleza de la actividad realizada en el Estado de residencia y la relación existente entre dicha actividad y los ingresos generados en el Estado de la fuente. Como señala PEREZ BESSIO (2017, págs. 187-188) el treaty shopping es un mal que aqueja a sociedades instrumentales; cuando existe una actividad empresarial real, la entidad se encuentra sujeta a impuestos en su país de residencia y existe una relación entre esa actividad y los rendimientos que recibe desde el Estado de la fuente, se trata de indicios suficientes de que la entidad no sirve de conductora de las rentas, y agrega el autor, esta cláusula “*mata dos pájaros de un tiro*”, la sustancia económica satisface no solo el test para la LOB sino también el test de beneficiario efectivo.

Como una primera, e importante precisión, debemos señalar que a diferencia de los residentes calificados del apartado 2º quienes gozarán por ese sólo hecho de todos los beneficios de los CDIs, este apartado limita considerablemente el alcance del CDI quedando limitado a la renta que se deriva de su actividad económica en el Estado de residencia.

Como el elemento tenido en cuenta es la actividad de la sociedad, los rendimientos obtenidos en la fuente deben contribuir de alguna manera a la misma -de ahí el requisito de que exista una relación directa o incidental³². El

³² El MLI (art. 7 p. 10 letra a) utiliza el término “accesoria” en su versión en español. Los comentarios al art. 29 MOCDE (2017) (párrafo 76) consideran la actividad en la fuente como “incidental” a la actividad económica desarrollada en el Estado de residencia, si la misma posibilita el desempeño de esa actividad económica en el Estado de residencia (un ejemplo lo constituiría una inversión temporal de capital circulante de una sociedad en títulos emitidos por otra sociedad en el Estado de la fuente).

hecho de realizar una actividad económica, aunque puede demostrar un vínculo suficiente con el territorio, no es suficiente para esta cláusula. Es preciso, además, que exista un elemento de conexión, directo o incidental, que es el que justifica la obtención del rendimiento generado desde el Estado de residencia.

Como se señala en los comentarios al artículo 29 (OCDE 2017, párrafo 71) el término “actividad económica” no está definido³³ y, debe interpretarse el mismo conforme la regla de reenvío del art. 3.2 de los CDIs. No obstante, el comentario contiene una pauta interpretativa sobre el alcance a dar a este concepto: “*Con carácter general, se entenderá que una entidad desempeña una actividad económica únicamente si las personas a través de las cuales actúa la entidad (como sus directivos o empleados) llevan a cabo actividades de gestión y dirección sustanciales*”. En caso de ser Uruguay el país de la fuente resulta especialmente relevante que la terminología utilizada por los CDIs es “actividad económica” y no “empresarial” (tener presente a estos efectos artículo 2 del IRNR y artículo 3 del Decreto 149/007) con lo cual, el alcance resultará más amplio al momento de ser aplicada por Uruguay como país fuente.

Por su parte las letras (i) a (iv) del subapartado a) identifican actividades específicas que, por si solas o combinadas, no constituyen, a efectos del apartado 3, el desempeño de una actividad económica; estas son (i) tenencia de valores; (ii) la supervisión general o servicios de gestión de un grupo societario; (iii) actividades de financiación al grupo (incluida la centralización de tesorería); y (iv) la realización o gestión de inversiones, excepto cuando dichas actividades las realice un banco (o instituciones financieras acordadas por los Estados contratantes) entidades de seguros o un agente de valores registrado, en el curso ordinario de su actividad como tal.

Que un elemento de renta proceda o no del desempeño de una actividad económica por la sociedad en el Estado de residencia se determinará en función

³³ Salvo lo dispuesto en la letra h) del 3.1 de los MODELOS a efectos de explicitar que el término la prestación de servicios profesionales y otras actividades de carácter independiente. Esto no se da en el MONU (2021) en virtud de la solución especial para los servicios personales con base fija; lo cual podría generar dudas si los CDI que siguen en este punto el MONU pueden considerar aplicable la “cláusula de actividad” a sociedades que presente servicios profesionales.

de los hechos y circunstancias. Se deberá comprobar la existencia de un grado de integración entre la actividad de ambas entidades, la que paga el rendimiento y la que lo percibe. Los comentarios refieren a una “*relación objetiva*” entre ambas. A estos efectos resulta relevante comparar la línea de actividad en cada Estado (que puede ser previa – i.e. hacer aportaciones al proceso de fabricación a través de materia prima obtenida en la fuente -- o posterior -- i.e. distribución en fuente de los productos producidos en residencia -- a la llevada adelante en el Estado Residencia).

El subapartado b) del apartado 3 enuncia una condición complementaria para los casos en los que la actividad económica que genera el elemento de renta considerado es realizado directamente por la sociedad perceptora de la renta o una persona relacionada³⁴ en el Estado de la fuente (pudiendo o no constituir un Establecimiento Permanente). La actividad económica en residencia debe ser sustancial respecto de la actividad en el Estado de la fuente, atendiendo a todos los hechos y circunstancias (i.e. volúmenes relativos de las empresas en cada Estado, los volúmenes relativos de las economías y mercados en los dos Estados, la naturaleza de las actividades ejercidas en cada uno de ellos y las aportaciones respectivas a la actividad económica en cada Estado) (cfme párrafo 77 de los comentarios art. 29 MOCDE 2017).

Finalmente, la letra c) establece una regla de atribución, donde las actividades realizadas por personas vinculadas a un contribuyente cuentan como actividades del contribuyente que recibe la renta desde el Estado de la fuente. Esta norma es importante para determinar si una renta procede o es accesorio a la actividad económica del contribuyente. Por ejemplo, las actividades económicas llevadas a cabo por filiales participadas al 100% por su matriz se considerará que los

³⁴ Definida en la letra d) del apartado 6 (versión simplificada) como: “*dos personas serán “personas relacionadas” si una de ellas posee directa o indirectamente, al menos el 50 por ciento de los derechos de participación en los beneficios de la otra (o, en el caso de una sociedad, al menos el 50 por ciento del total de los derechos de voto y del valor de las acciones de la sociedad) u otra persona posee, directa o indirectamente, al menos el 50 por ciento de los derechos de participación en los beneficios (o, en el caso de una sociedad, al menos el 50 por ciento del total de los derechos de voto y del valor de las acciones de la sociedad) en cada una de ellas. En todo caso, una persona estará relacionada con otra si, sobre la base de los hechos y circunstancias pertinentes, una tiene el control sobre la otra o ambas están bajo el control de una misma persona o personas.*”.

ingresos de la sociedad matriz proceden o son accesorios a la realización activa de actividades por parte de la matriz en el Estado de residencia, aunque la sociedad matriz no ejerza dicha actividad por sí misma.

La disposición de actividad sustancial en la LoB no ha estado exenta de críticas. Por ejemplo Vega Borrego (2002, pág. 330) señala que a diferencia de las cláusulas de residente calificado, que se basan en elementos objetivos (aunque puede ser excesivamente rígidos), la cláusula de actividad está plagada de conceptos jurídicos indeterminados que no proporcionan al contribuyente la certeza y seguridad suficiente sobre su cumplimiento; por su parte Kuźniacki (2020, pág. 9) señala que la regla de atribución (letra c del párrafo 3) puede permitir que las sociedades holding con una sustancia económica o un propósito empresarial mínimo obtengan los beneficios del CDI.

5.1.4 Apartado 4° del artículo 29 de los MODELOS: Beneficios Derivados

4. Un residente de un Estado contratante que no sea una persona apta, podrá no obstante acogerse a los beneficios que se derivarían de este Convenio en relación con un elemento de renta si, durante al menos la mitad de los días de un plazo de doce meses que comprenda el momento en que el beneficio se hubiera otorgado, personas que sean beneficiarios equiparables son, directa o indirectamente, propietarias de más del 75 por ciento de las acciones del residente.

Su propósito es otorgar los beneficios del CDI a sociedades que son propiedad de accionistas residentes de terceros estados que tienen un CDI con el Estado de la fuente, dado que estos no se beneficiarían del ‘treaty shopping’. El residente de un Estado contratante que no sea una persona calificada, podrá acogerse los beneficios del CDI en relación con un elemento de renta, si durante al menos la mitad de los días de un plazo de doce meses que comprenda el momento en que el beneficio se hubiera otorgado, personas que sean beneficiarios equiparables son, directa o indirectamente, propietarias de más del 75 por ciento de las acciones del residente.

Como se advierte la clave de este apartado es el alcance del término “beneficiario equiparable”. El mismo se encuentra definido en la letra (e) del apartado 7° de la LOB. Y se refiere a toda persona que pueda acogerse, respecto de un elemento de renta, a un beneficio concedido por el Estado de la

fuelle de acuerdo con su legislación interna, el propio CDI o cualquier otro instrumento internacional que sea equivalente o más favorable que el previsto por el propio CDI.

El ámbito de aplicación natural de este dispositivo es el condicionamiento de la aplicación del CDI al régimen establecido en otro CDI entre el Estado de la fuente y un tercer estado, que será el de la residencia de los partícipes en la entidad que reclama su aplicación. Sólo si este último convenio establece un régimen igual o más favorable se cumplirá este requisito. En caso contrario, cuando establezca un régimen menos favorable, no se cumple la cláusula.

Se trata de una cláusula que elimina considerablemente la posibilidad de realizar el "treaty shopping". Como señala Vega Borrego (2002, pág. 365) si los participantes reciben respecto de un mismo elemento de renta el mismo tratamiento fiscal, o incluso mejor, en virtud del acuerdo suscrito entre el Estado de la fuente y el Estado en el que residen, entonces, obtener ingresos desde otro Estado a través de la utilización de una sociedad conductora no proporciona ningún beneficio adicional. Este apartado reconoce que los residentes de terceros Estados pueden tener razones empresariales legítimas para establecer una estructura empresarial en uno de los Estados contratantes (Ramharter y Szudoczky, 2015, pág. 6).

Al compararse de manera individual el régimen establecido para cada renta, es posible que un mismo contribuyente no cumpla esta cláusula en todos los casos. Esto sucederá, fundamentalmente, en materia de dividendos, intereses y regalías, ya que son las rentas en los que los convenios mantienen más variaciones respecto a su tributación en fuente.

5.1.5 Apartado 5º del artículo 29 de los MODELOS: Concesión discrecional de los beneficios.

5. Si un residente de un Estado contratante no fuera una persona apta conforme a las disposiciones del apartado 2 de este artículo, ni tuviera derecho a los beneficios en virtud de los apartados 3 [o 4 (versión simplificada)] [, 4 o 5 (versión detallada)], las autoridades competentes del Estado contratante en el que se deniega el beneficio en virtud de las disposiciones precedentes de este artículo, podrán concederle no obstante los beneficios de este Convenio, o beneficios relativos a un elemento de renta o de patrimonio concretos, teniendo en cuenta el objeto y los propósitos del Convenio, pero únicamente si dicho residente demuestra

satisfactoriamente a dichas autoridades competentes que ni su constitución, adquisición o mantenimiento, ni su forma de operar, tuvieron como uno de sus principales propósitos la obtención de los beneficios de este Convenio. La autoridad competente del Estado contratante a la que un residente del otro Estado contratante haya planteado una solicitud al amparo de este apartado, consultará con la autoridad competente de ese otro Estado antes de aceptar o desestimar dicha solicitud.

Por último, la cláusula LOB incorpora una cláusula de protección que permite a la autoridad competente del Estado en que se denieguen los beneficios (habitualmente el Estado de la fuente) otorgar la aplicación del CDI incluso en situaciones no contempladas en las disposiciones anteriores. La cláusula de concesión discrecional de los beneficios tiene siempre carácter subsidiario. Sólo podrá acudir a esta vía de acceso cuando no se cumple ninguna de las cláusulas anteriores de la LOB.

Este es el único test de carácter netamente subjetivo que contempla la LOB. Como mencionamos, la LOB encuentra sus orígenes en el Modelo de CDI de los E.E.U.U. (1996), y allí se señala que:

“Esta disposición discrecional se incluye en reconocimiento del hecho de que, con el alcance y la diversidad crecientes de las relaciones económicas internacionales, puede haber casos en los que una participación significativa de residentes de terceros países en una empresa de un Estado contratante esté justificada por una práctica comercial sana o por estructuras comerciales de larga data y no indique necesariamente un motivo para intentar obtener beneficios no intencionados del Convenio” (US Model Tax Convention on Income: Technical Explanation pp. 116-117. (20 Sept. 1996), Models IBFD citado por Qunfang (2015, pág. 148).

Una vez planteada una solicitud, la autoridad competente destinataria de la solicitud podrá conceder los beneficios del Convenio, o beneficios relativos a un elemento de renta, teniendo en cuenta el objeto y los propósitos de este Convenio, pero únicamente si la persona que plantea la solicitud demuestra satisfactoriamente a dichas autoridades competentes que ni su constitución, adquisición o mantenimiento, ni su forma de operar, tuvieron como uno de sus principales propósitos la obtención de los beneficios de este Convenio, sino que existieron motivos empresariales e independientes de aquellos.

No se trata de analizar cuál es la intención del contribuyente. Por el contrario, lo que hay que apreciar es si existe o no esa intención, a través del examen objetivo

de las circunstancias en las que ese contribuyente reclama la aplicación del convenio. Como señala Vega Borrego (2002, pág. 406) si esta vía de acceso al convenio se expresara en términos subjetivos, difícilmente sería aplicable, porque la Administración competente no dispone de medio alguno, o por lo menos no en la mayoría de los casos, para comprobar si efectivamente existe o no esa intención. Es improbable que algún contribuyente "confiese" que, en efecto, esa era su intención.

Para dotar de sentido a esta vía de acceso, la comprobación debe centrarse sobre hechos objetivos. Los Comentarios del MOCDE 2017 a este apartado aportan algunos elementos que pueden servir para el análisis:

"Aunque es imposible ofrecer una lista detallada de todos los hechos y circunstancias que pudieran ser pertinentes para la aplicación del apartado, pueden citarse como ejemplos el historial, la estructura, la propiedad o las operaciones de la persona residente que presenta la petición, si ésta es una entidad de larga tradición, adquirida recientemente por personas no residentes por motivos distintos de los fiscales, si la residente desempeña una actividad económica sustancial, si la renta de la residente para la que se solicitan los beneficios está sujeta a doble imposición y si el establecimiento o uso de la residente genera una no imposición o una imposición reducida sobre la renta."
(párrafo 105 de los Comentarios al artículo 29 del MOCDE 2017)

5.2. Cláusula PPT (principal purpose test, o regla del "test de propósito principal") (apartado 9 del artículo 29 de los Modelos)

"No obstante las restantes disposiciones de este Convenio, no se concederá un beneficio en virtud de este Convenio respecto de un elemento de renta o patrimonio si resulta razonable concluir, a la vista de todos los hechos y circunstancias pertinentes, que la obtención de ese beneficio era uno de los propósitos principales de cualquier acuerdo u operación que tuviera como resultado, directa o indirectamente, la obtención de ese beneficio, a menos que se determine que la concesión de dicho beneficio en tales circunstancias sería conforme con el objeto y finalidad de las disposiciones en cuestión del presente Convenio".

5.2.1 Consideraciones generales

El MLI en su artículo 7 (1) y el artículo 29 (9) del MOCDE ONU y ONU (2017) incluyen esta cláusula dentro de la cláusula LOB como párrafo adicional. Esta cláusula (i) tiene por finalidad denegar la aplicación de los beneficios de un Convenio en aquellos supuestos en que uno de los principales objetivos sea, precisamente, beneficiarse de dicho Convenio, a menos que la concesión de los citados beneficios esté en línea con las previsiones del Convenio; (ii) opera, en su caso, de manera complementaria con la cláusula LOB³⁵; y (iii) para determinar si uno de los principales motivos es obtener los beneficios de un Convenio, debe realizarse un análisis objetivo caso por caso.

En comparación a la LOB, la PPT se ha diseñado no sólo para combatir el treaty shopping, sino también para cubrir formas específicas de abuso de los convenios fiscales en las que un residente de un Estado contratante realiza transacciones con el fin de cumplir los criterios necesarios que le permitan beneficiarse de determinadas disposiciones de los convenios fiscales (“rule shopping”). En principio, en todos los casos de rule shopping la OCDE parece asumir que no hay otra razón para llevar a cabo una transacción más allá de obtener el beneficio en virtud de un tratado que normalmente no se aplicaría a esa transacción si se llevara a cabo de una manera típica para tal transacción³⁶³⁷.

Un típico ejemplo de mecanismo rule shopping es el “dividend stripping” imaginemos un residente de A que tiene acciones de sociedad de B que quiere distribuir dividendos. Como eso estaría gravado en B según art. 10 del Convenio

³⁵ Es decir, si de conformidad con lo previsto en los párrafos 1-6 (relativos a la cláusula LOB) un contribuyente puede beneficiarse de la aplicación de un Convenio, el acuerdo u operación respecto de los cuales se reclaman los beneficios del CDI deberá “pasar” por el “filtro” de la PPT rule.

³⁶ Algunos han sostenido que la PPT exclusivamente debería aplicarse a hipótesis de rule shopping, y que es la LOB la que aplicaría a hipótesis de “treaty shopping” (Baez Moreno, 2017, págs. 440 – 441)

³⁷ Señala Kuźniacki (2020, pág. 3) que la PPT también podría ser utilizada en los casos en los que una persona intente abusar de las disposiciones de la legislación fiscal nacional utilizando un CDI. Es decir, un residente de un Estado contratante invoca determinadas disposiciones de los convenios (que en ciertos países tienen un rango superior al del Derecho interno del Estado contratante en cuanto a fuentes de Derecho) con el fin de evitar, reducir o aplazar cualquier imposición que pueda surgir en virtud de las disposiciones nacionales contra la elusión fiscal (por ejemplo, cláusulas CFC, normas de subcapitalización e impuestos de salida).

A-B, una alternativa sería que el Residente de A venda todas o parte de sus acciones a un tercero (controlado) residente de B por un valor equivalente a lo que serían los dividendos. Luego el residente de B cobra los dividendos de la sociedad local (no gravados por impuesto local) y con ese dinero paga al Residente de A el precio de la compraventa de acciones. La única razón de la venta fue para evitar la retención en B sobre los dividendos y por eso cambiaron de tipo de renta. Lo que era una distribución de dividendos sujeto a imposición en la fuente por el art. 10 del CDI, fue cambiado por una venta de acciones del art. 13 del CDI donde la potestad tributaria es exclusiva en A (asumiendo que no resultaría de aplicación el apartado 4 del art. 13 del CDI).

Las ONU (2017, pág. 349) también ha sostenido que la cláusula ayudará a garantizar que los convenios cumplan la finalidad para la que se celebraron, es decir, conceder ventajas fiscales a los intercambios de buena fe de bienes y servicios y a los movimientos de capitales, y denegar ventajas a los acuerdos cuyo objetivo principal sea garantizar un trato fiscal más favorable.

5.2.2 Análisis de los elementos

La relevancia de una cláusula genérica como la PPT, incorporada en 21 CDIs³⁸ de UY ya sea por vía de negociación directa o a través del MLI, implica la necesidad de detenerse en un análisis de sus contenidos:

(i) El término "beneficios" abarca las restricciones a la autoridad tributaria detalladas en los artículos 6 al 22 del Modelo de Convenio, así como el mecanismo para evitar la doble imposición (artículo 23) y la cláusula de no discriminación establecida en el artículo 24 (cfme el párrafo 175 de los Comentarios al MOCDE 2017).

(ii) La expresión "que tuviera como resultado, directa o indirectamente" se formula intencionalmente de manera amplia, con el propósito principal de

³⁸ CDIs con: Bélgica; Brasil; Chile; Corea; Emiratos Árabes Unidos; España; Finlandia; Hungría; India; Italia; Japón; Liechtenstein; Luxemburgo; Malta; México; Paraguay; Portugal; Reino Unido; Rumania; Singapur y Viet Nam.

identificar que una operación respaldada por motivos económicos legítimos no resguarda de una posible situación futura de cuestionamiento.

(iii) La inclusión de la frase "uno de los propósitos principales" implica que no es requerido que el único o principal motivo de la operación sea garantizar la protección de un específico convenio (aspecto subjetivo). En cambio, es suficiente que este motivo sea uno de los elementos predominantes:

Por ejemplo, una persona puede vender una propiedad por diversas razones pero, si antes de la venta, dicha persona se convierte en residente de uno de los Estados contratantes y uno de los propósitos principales de este cambio de residencia es la obtención de un beneficio del convenio, la PPT podría ser de aplicación a pesar de que pueda haber más razones que motiven el cambio de residencia, como la facilitación de la venta o la reinversión de las ganancias derivadas de ésta.

Tomando como punto de partida las consideraciones descritas anteriormente para la interpretación de la cláusula PPT se plantea una cuestión obvia: ¿basta, por tanto, con afirmar que una transacción ha sido realizada para beneficiarse de un Convenio, para que esta cláusula aplique automáticamente?

Para abordar esta cuestión, es esencial recordar que la aplicación de la cláusula PPT requiere una evaluación detallada y específica de cada caso.³⁹ Por lo tanto, la respuesta a la pregunta planteada debe ser negativa. En otras palabras, es fundamental llevar a cabo un análisis objetivo de las circunstancias individuales para determinar el propósito genuino.

(iv) *"a menos que se determine que la concesión de dicho beneficio en tales circunstancias sería conforme con el objeto y finalidad de las disposiciones en cuestión del presente Convenio"*.

³⁹ Una circunstancia relevante a ser tomada en cuenta atiende a la temporalidad del acuerdo u operación, el hecho que por ejemplo el acuerdo que da origen a las rentas haya sido celebrado con anterioridad al CDI y tenga una ejecución en el tiempo considerable es un elemento clave para considerar que su celebración no tuvo como uno de los propósitos principales la obtención de los beneficios de los CDIs.

Se ha argumentado que, siempre que los fines no fiscales sean los principales impulsores de la transacción (lo que significa que se realiza con fines de buena fe y además persigue motivos económicos genuinos), el acceso al beneficio del tratado difícilmente puede considerarse un propósito principal propósito por sí mismo (Véase MOCDE (2017): Comentario al art. 29, párr. 181)

El problema viene dado por el hecho de que *las disposiciones* de los CDI per se carecen de un objeto o finalidad que vaya más allá de la fijación de umbrales arbitrarios (por ejemplo, en forma de periodo de tiempo o de porcentaje) para establecer qué Estado contratante tendrá derecho a tributar. Siendo así, el acceso a los beneficios del tratado por parte de los contribuyentes que cumplan los requisitos explícitos establecidos en la disposición del tratado para obtener el beneficio pertinente (por ejemplo, umbral) se considerará necesariamente coherente con el objeto y la finalidad de dicha disposición. Esto haría redundante la PPT, ya que cualquier acceso a un beneficio del tratado se considerará automáticamente acorde con el objeto y la finalidad de la disposición del tratado. Por lo tanto, debe seguirse un segundo enfoque interpretativo según el cual el objeto y fin de la disposición pertinente del tratado deben leerse conjuntamente con los del propio CDI (es decir, la asignación de la potestad tributaria para eliminar la doble imposición, la prevención de la evasión y el fraude fiscales y, en particular, el treaty shopping en caso de que se modifique el preámbulo del tratado correspondiente de conformidad con el art. 6 del Convenio multilateral).

5.2.3 Algunos ejemplos de aplicación de la PPT

Dado que el enfoque de la cláusula PPT se centra en la aplicación práctica y en considerar casos particulares, resultan particularmente valiosos los ejemplos proporcionados en los comentarios a la PPT en el MOCDE 2017. Estos ejemplos no solo analizan situaciones concretas, sino que también presentan conclusiones claras a partir de dicho análisis. A continuación se comentan algunas de las consecuencias que se extraen de su revisión:

(i) Es importante recordar que los CDIs tienen como objetivo fomentar la inversión internacional. Aunque la inversión pueda llevar a una ventaja fiscal a través de los CDIs, esto no automáticamente invoca la cláusula PPT. En su lugar, es esencial evaluar todas las circunstancias que rodean la inversión.

(ii) El tradicional concepto de "lavado de dividendos" (ya sea mediante el uso de una entidad intermedia o a través de la transferencia del derecho de usufructo sobre acciones a una entidad intermedia, permitiendo en ambos casos la aplicación de un CDI más favorable para repatriar dividendos) se aborda en la perspectiva del proyecto BEPS como un ejemplo de "treaty shopping".

(iii) La fragmentación de contratos se menciona como otra área en la cual, en ausencia de argumentos sólidos, la obtención de un beneficio fiscal en contra del propósito del CDI podría ser uno de los motivos principales para su uso, lo que activaría la aplicación de la cláusula PPT, ya que podría socavar la definición de un establecimiento permanente.

(iv) En ocasiones, aunque el motivo detrás de una transacción sea la búsqueda de una ventaja fiscal, esto no implica automáticamente que la cláusula PPT entre en juego, siempre y cuando ese beneficio esté alineado con el propósito del CDI. Por ejemplo, un ligero aumento en la participación accionaria con el fin de aprovechar una retención reducida no se considera un abuso, sino una acción coherente con el objetivo del tratado.

Otro ejemplo sería el caso de un grupo inversor del Estado A que quisiera poner una fábrica en Sudamérica y está dudando entre Uruguay y Colombia. Ambos países estarían eventualmente empatados en pros y contras. Finalmente, el desempate vendría por el hecho que Uruguay tiene un "mejor" CDI con A. La decisión de instalarse en Sudamérica no fue tomada en función de ningún CDI. La razón de elegir entre Colombia y Uruguay tampoco. El CDI con Uruguay solo sirvió como desempate de una decisión empresarial que estaba tomada de antes.

Los comentarios al Artículo 29 del MOCDE (párrafo 182) también presentan otros ejemplos de la aplicación de la cláusula PPT, que arrojan luz sobre la postura de la OCDE en relación con las conduit companies en ciertos escenarios. En particular:

(i) Se exploran situaciones en las que se emiten acciones preferentes y se transfieren préstamos con el principal motivo de incorporar una conduit company en la estructura existente, con el fin de obtener beneficios como la retención reducida sobre dividendos o la exención en la fuente en pagos de intereses, previstos en los convenios pertinentes.

En este ejemplo, y a falta de otros hechos y circunstancias que demuestren lo contrario, sería razonable concluir que uno de los propósitos principales del instrumento a través del cual la “conduit company” adquiere el usufructo sobre las acciones preferentes era la obtención del beneficio del convenio entre el Estado de la sociedad distribuidora de dividendos y el Estado de residencia de la “conduit”, consistente en la limitación del gravamen en fuente de los dividendos, y que la concesión del beneficio como consecuencia de esta estrategia de elusión mediante la utilización abusiva del convenio por terceros sería contraria al objeto y los propósitos de dicho convenio.

(ii) Otro caso donde los comentarios al artículo 29 del MOCDE reconocen un propósito con el objeto y fin del CDI. Sería el caso por ejemplo de un fideicomiso de inversión residente en R que gestiona una cartera diversificada de inversiones en el mercado financiero internacional. Dentro de su cartera, un porcentaje no significativo está compuesto por acciones de sociedades residentes en el Estado de la fuente. De acuerdo con el convenio entre los Estados R y F, la retención aplicable en fuente a los dividendos se ve reduce considerablemente respecto de la alícuota genérica. El fiduciario que gestiona el fideicomiso de inversión, a la hora de tomar las decisiones de inversión, tiene en cuenta los beneficios fiscales que ofrece la amplia red de convenios tributarios suscritos por el Estado R. Por su parte la mayoría de los inversores en el fideicomiso son residentes del Estado R, pero algunos (la minoría) lo son de Estados con los que el Estado F no tiene suscrito ningún convenio.

La decisión de estos inversores minoritarios de invertir en el Fideicomiso no está motivada por ninguna inversión en particular efectuada por el Fideicomiso, como tampoco la situación tributaria de sus inversores condiciona la estrategia de inversión seguida por el mismo, y anualmente distribuye la casi totalidad de su renta a sus inversores, tributando en el Estado R.

Cuando el fideicomiso optó por invertir en acciones de sociedades residentes en el Estado F, tuvo en cuenta la existencia de un beneficio previsto en el convenio entre los Estados R y F respecto de los dividendos, pero este hecho resulta insuficiente por sí solo para desencadenar la aplicación de la PPT. El objetivo de los convenios tributarios es proporcionar beneficios fiscales para estimular la inversión transfronteriza y por lo tanto, a la hora de decidir si la PPT debe aplicarse a una inversión concreta resulta necesario estudiar el contexto en el que esta se llevó a cabo. En este ejemplo, no sería razonable denegar al fideicomiso el beneficio del convenio entre los Estados R y F.

(iii) También se admite que las estructuras de licencia y sub-licencia de cánones dentro de un grupo son inherentes a la realidad empresarial y no persiguen automáticamente la obtención de tasas de retención en la fuente más bajas. Por lo tanto, si la red de CDIs del Estado donde reside la entidad que centraliza estos pagos en el grupo permite una tributación más eficiente en relación con las retenciones en la fuente, esto no debe considerarse en principio como un abuso según los términos de la cláusula PPT.

5.2.4 La carga de la prueba en la PPT

En cuanto a quien es responsable de la carga de la prueba Spencer Landsiedel (2021 pág. 83 a 115) expresa que es fundamental saber en quién o quiénes recae esa responsabilidad, porque de lo contrario si tomamos la consideración la opinión de cada país, se podría llegar a resultados diferentes ante situaciones idénticas.

La forma en que cada país aplica e interpreta las normas tributarias varía de un lugar al otro. En este sentido este autor expresa que hay dos tipos de jurisdicciones, una en que la carga de la prueba recae sobre quien alega un hecho, y otro tipo donde quien debe probar es quien se encuentra en mejores condiciones de hacerlo (carga de la prueba dinámica), sin que exista una división absoluta y en algunos países se aplican ambos criterios.

En cuanto a la PPT existen dudas sobre en quien recae la carga de la prueba, y si una sola de las partes debe probar todo o si se divide entre la carga de probar el propósito por un lado y si está de acuerdo o no con los objetivos y fines del Convenio por otro. Este autor considera que es la Administración Tributaria la que tiene que demostrar que uno de los propósitos principales del Convenio es el obtener el beneficio, pero sería de cargo del contribuyente demostrar que la concesión del beneficio está de acuerdo con el objeto y el fin del Convenio, es decir que la carga de la prueba estaría dividida.

Sin embargo otros autores consideran que es el Estado el que tiene que probar ambas circunstancias porque no puede denegar los beneficios sin considerar el objeto y el fin del convenio ya que todos los conceptos están íntimamente vinculados.

Sin dudas será la Administración Tributaria quien deberá dar el primer paso y concluir que uno de los propósitos principales del contribuyente es la obtención de un beneficio fiscal. Esta conclusión deberá basarse en criterios objetivos y ser debidamente probadas (teniendo presente que la norma exige que sea “razonable” concluir que uno de los propósitos sea obtener beneficios fiscales).

5.2.5 Otros aspectos a considerar.

Otra cuestión relevante que no ha sido regulada por la PPT es el efecto en el Estado de la residencia de la aplicación de la cláusula PPT por parte del Estado de la fuente. Si por ejemplo, en base a la cláusula PPT, el Estado de la fuente re-caracteriza un pago como intereses en vez de dividendos, y por ende incrementa la retención, cabe preguntarse si el Estado de la residencia deberá reconocer el crédito por la suma retenida que ha aumentado. El Estado de la residencia lo debería reconocer si entiende que la cláusula PPT fue correctamente aplicada, pero ¿qué sucede en caso contrario? No existe experiencia administrativa en Uruguay en este tipo de recalificaciones, lo cual genera una gran incertidumbre.

Por último, es esencial considerar la posibilidad de que la cláusula PPT no se aplique en casos donde entre en juego la cláusula de arbitraje establecida en el artículo 25 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE, párrafo 5.

Dado que la aplicación de esta cláusula puede ser objeto de arbitraje, el Informe final de la Acción 14 de BEPS indica que la interpretación y/o aplicación de la cláusula PPT desarrollada en la Acción 6 puede ser tratada a través del procedimiento de acuerdo amistoso ("MAP") contemplado en el artículo 25 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE. El Informe de la Acción 14 subraya que si un Estado desea restringir o negar ciertos casos de acceso al MAP, debe hacerlo de manera específica y explícita en acuerdo con otros Estados.

5.2.1 Cláusula de salvaguarda PPT rule (párrafo 184 de los Comentarios al MOCDE 2017 y apartado 4 del artículo 7 del MLI):

“Cuando, en virtud del apartado 9, se deniegue a una persona la aplicación de un beneficio previsto en este Convenio, la autoridad competente del Estado contratante que, de otro modo, hubiera concedido el beneficio tratará no obstante a esa persona como legitimada para la obtención del mismo, o de otros beneficios en relación con un determinado elemento de renta o de patrimonio, si dicha autoridad competente, a instancia de esa persona y tras haber considerado los hechos y circunstancias pertinentes, determina que esa persona hubiera obtenido los beneficios aun sin mediar la operación o el instrumento a los que se refiere el apartado 9. La autoridad competente del Estado contratante a la que un residente del otro Estado contratante haya presentado

una solicitud en el sentido de este apartado, consultará con la autoridad competente del otro Estado antes de desestimar la solicitud.”

Los comentarios al MOCDE 2017 y el apartado 7 del MLI⁴⁰ prevén una disposición alternativa, donde tanto la determinación de que los beneficios se hubieran concedido aun no mediando la operación o el instrumento a los que se le aplica la PPT; como la determinación de los beneficios que debieran concederse, quedan a discreción de la autoridad competente que recibe la solicitud, confiriéndose un amplio margen de discrecionalidad a la autoridad competente. No obstante, la disposición exige a dicha autoridad que considere los hechos y circunstancias pertinentes antes de tomar la decisión y que consulte a la autoridad competente del otro Estado contratante antes de desestimar una solicitud para acogerse a los beneficios del convenio, si esta la planteó un residente de ese otro Estado.

Los comentarios al artículo 29 del MOCDE ejemplifica la aplicación de esta disposición de la siguiente manera:

“El ejemplo que sigue ilustra la aplicación de esta disposición alternativa. Supongamos que una persona física residente del Estado R y titular de acciones de una sociedad residente del Estado F cede el derecho de cobro de los dividendos que distribuya dicha sociedad a otra sociedad residente del Estado R que es propietaria de más del 10 por ciento del capital de la sociedad pagadora con el propósito principal de obtener el tipo reducido de gravamen en fuente previsto en el subapartado a) del apartado 2 del artículo 10. En ese caso, si se entiende que el beneficio de dicho subapartado debe denegarse en virtud del apartado 9, la disposición alternativa permitirá que la autoridad competente del Estado F conceda el beneficio del tipo de gravamen reducido previsto en el subapartado b) del apartado 2 del artículo 10 si dicha autoridad competente determina que el beneficio se hubiera concedido no habiendo cedido el derecho de cobro de dividendos a otra sociedad.” (MOCDE 2017, párrafo 186, página 589).

⁴⁰ Recogido en los CDIs con Bélgica; Emiratos Árabes Unidos; Hungría; Liechtenstein; Luxemburgo; Malta; Reino Unido; Singapur

6. ¿CUÁLES SON LOS EFECTOS DE LA APLICACIÓN DE ESTAS CLÁUSULAS?

Ni en el caso de la LOB ni en la PPT existe una obligación del Estado que va a aplicar la norma de consultar al otro Estado si está de acuerdo. Sólo se encuentra prevista la consulta al otro Estado en el caso de la LOB, cuando la persona no es una persona calificada pero igualmente requiere al Estado de la residencia que le otorgue beneficios. Esta aplicación unilateral puede generar problemas en el caso que un Estado en aplicación de estas cláusulas de limitación de beneficios exija el pago de un tributo, y el otro Estado no quiera reconocer el crédito porque no está de acuerdo con esa interpretación que se realizó de la norma.

Hay otros efectos de la aplicación de estas normas que hay que tener en cuenta. En el caso de que al analizar la cláusula LOB se llegue a la conclusión de que la persona no es calificada, en principio no sería de aplicación ninguna de las cláusulas del convenio o en los casos de cláusula de actividad y beneficiario equiparable la disposición del CDI que aplica al elemento de renta en cuestión. Esto, salvo como dijimos, que el Estado previo requerimiento le otorgue igualmente los beneficios o que se decida que se aplican algunas de las cláusulas del convenio. Es en esta línea que se encuentran los comentarios del Modelo de Naciones Unidas.

En el caso de la PPT el análisis resulta un poco más complejo, ya que la norma dispone que se puede negar la concesión de beneficios cuando la obtención de tal beneficio fue uno de los principales propósitos de cualquier acuerdo u operación que ha resultado directa o indirectamente en tal beneficio.

Como señalamos, la PPT tiene una excepción a su aplicación cuando la obtención del beneficio está de acuerdo con el objeto y el fin del CDI, esto algo que deberá demostrar el contribuyente, utilizando cualquiera de los propósitos por los cuales se firma un Convenio de esta naturaleza. Al decir de Galeazzi y Pérez Bessio (2019 p. 4) se puede admitir el propósito de la baja de la carga fiscal siempre que en la operación exista un “genuine business purpose” para lo

cual es fundamental analizar la intención que tuvieron las partes al desarrollar el negocio, para lo cual se debe dar al contribuyente la oportunidad de probar sus intenciones, dejando a la Administración en ventaja, ya que es de cargo del contribuyente probar que hubo un “genuine business purpose”. Alcanza con probar que el negocio tiene un propósito justificado que no refiere a los beneficios fiscales, para que se tome como legítimo el mismo. Hay que tener en cuenta que al decir de estos autores no se requiere para la aplicación de la PPT el móvil fraudulento, alcanza con la utilización de una forma jurídica inapropiada para obtener un beneficio indebido.

Pero una vez en esta situación hay que analizar si no se aplican ninguno de los beneficios del convenio, o se aplica el mismo de acuerdo al negocio real. Es decir, si por ejemplo en un negocio de ventas de acciones se comprueba que en realidad se trata de una distribución de dividendos, en aplicación de una PPT, no se aplica ninguno de los beneficios del convenio o se aplican los beneficios relacionados a la distribución de dividendos.

En opinión de Andrés Báez Moreno (2019 p.38) una interpretación correctiva por la cual se retiran los beneficios del Convenio en aplicación de la PPT sería contraria a la Convención de Viena. Esto lo fundamenta a que esta forma de interpretar en primer lugar resulta contraria al espíritu de los CDI. En segundo lugar por la misma se violaría el principio de igualdad ya que sitúa al contribuyente *“en una situación de desventaja respecto de aquellos otros que no configuraron sus negocios de forma abusiva”*, cuando el participar en un negocio abusivo no significa que tenga mayor capacidad contributiva o que tenga un mayor consumo de servicios del Estado, por lo que con esta interpretación de acuerdo al autor se lo estaría penalizando de una forma injustificada, sin contar con las contradicciones en las que se puede caer en el ordenamiento interno. En este sentido expresa que: *“cualquier cláusula anti-abuso no puede ser la imposición de cargas tributarias adicionales a los contribuyentes que acometen negocios abusivos sino, exclusivamente, la imposición de un nivel de tributación igual al que se hubiera producido de no haberse acometido tales negocios abusivos”*

Es por esto que varios autores como Rodríguez Piñeros (2020 p.44) critican la PPT ya que le brinda a las Administraciones Tributarias amplia discrecionalidad, tanto en el momento de aplicarlas como en las consecuencias que la aplicación tiene, lo que deviene en inseguridad jurídica, dado que los contribuyentes no tienen claro cuáles van a ser las consecuencias de su accionar. Esta inseguridad jurídica puede llevar a efectos que son contradictorios con la finalidad de los Convenios como por ejemplo detener las inversiones, porque si no se está seguro como se va a tributar, las empresas pueden desistir de determinadas operaciones que en otras circunstancias llevarían a cabo.

En el mismo sentido PRATS (2015 p 121-144) critica la norma porque la Administración de forma unilateral puede decretar la negación de beneficios con solo una explicación *razonable* de que el tributario era uno de los objetivos principales de la operación, aunque no sea el único y sin necesidad de demostrar una artificiosidad de la maniobra. VEGA BORREGO (2002 p. 32) expresa que las empresas tienen que tener una planificación fiscal acorde a la empresarial, de lo contrario esa estructura se va a calificar fácilmente de artificiosa y se le negaran los beneficios del CDI.

En cuanto a la aplicación de la PPT desde la perspectiva nacional, Pérez Bessio y Galeazzi (2019 p. 15) expresan que, si bien no hay experiencia de aplicación de esta norma en Uruguay, hay jurisprudencia en el TCA que puede dar indicios de cómo impactaría la norma. Por ejemplo, uno de los temas tratados por el TCA que puede ser de aplicación en la cláusula PPT es el reconocimiento de la Unidad Económico Administrativa. La configuración de esta unidad económico administrativa se da cuando nos encontramos frente a diferentes personas físicas o jurídicas, pero *“cuando cuentan con una única capacidad contributiva propia y con un único propósito de negocios, se presentan en las formas jurídicas como si fueran independientes o poseyeran autonomía comercial y, por ende, tributaria.”* Es así que se desconoce el desdoblamiento artificial en diferentes personas reconociéndose que el sujeto pasivo de la obligación es uno solo. Cuando esto sucede no se incrementan necesariamente los tributos ya que se debe realizar un balance unificado y para todos los efectos debe ser tratada a la empresa como una sola.

Asimismo, estos autores recogen otras sentencias donde a contrario de la opinión de la Administración Tributaria, se niega la existencia de una Unidad Económica Administrativa cuando la generación de varias personas responde a propósitos de negocio distintos justificándose que cada uno tenga su régimen tributario particular, por lo que ese desdoblamiento sería legítimo y tiene que ser reconocido por el Fisco.

Otra cuestión que tiene en consideración el TCA, y que puede ser tomado en cuenta cuando se quiera aplicar la PPT, es que la prueba debe ser contundente, entonces en el caso que la Administración considere que un contribuyente está obteniendo un beneficio indebido de un Convenio mediante la utilización abusiva de éste, será la Administración la que debe probar que esto sucede así, y no como a veces se da a entender de los análisis de estas normas que es el contribuyente el que tiene que probar que no está obteniendo un beneficio indebido de un Convenio. En este sentido Pérez Bessio y Galeazzi (2019 p. 17) citan la Sentencia 790/2012 donde la Administración Tributaria pretendía alegar que existía una sociedad de hecho, y el TCA expresó que eso no estaba probado fehacientemente, sino que sólo se basaba en indicios.

Resulta particularmente relevante a la luz del debido proceso que informa nuestro ordenamiento jurídico la importancia que le da el TCA a la vista previa, al derecho de defensa del contribuyente lo cual está fundado en los artículos 12, 66 y 72 de la Constitución, el artículo 8 del Pacto de San José de Costa Rica y en los artículos 2 lit. f, 76, 171 y siguientes del Decreto 500/991. En lo que refiere a la norma PPT y LOB no se establece en ningún momento la publicidad de las actuaciones, ni el derecho a la vista previa, sino parece más bien que el contribuyente podrá producir prueba una vez que la Administración entiende que deben aplicarse estas cláusulas. La normativa nacional es muy garantista del contribuyente, y esto podría generar una contradicción cuando se quiere aplicar alguna de las cláusulas anti-abuso en el derecho nacional.

Sin embargo el TCA no es tajante en este tipo de vicios formales ya que para que el acto esté viciado se requiere que haya existido indefensión por parte del

contribuyente y que esto le haya ocasionado un perjuicio, por lo que la mera falta de publicidad no ocasiona per se una nulidad del acto. Por lo tanto, lo importante cuando se quiera aplicar tanto la cláusula LOB como la PPT es que se garantice la seguridad jurídica de los administrados, y en el caso que se deban aplicar que los mismos tengan derecho a una defensa con un debido proceso.

Otra cuestión que resulta fundamental es que por la aplicación de este tipo de cláusulas no se generen nuevas cargas a los contribuyentes, que no respeten el principio de legalidad ampliamente reconocido en materia tributaria. A nivel nacional también es necesario respetar el concepto de razonabilidad que contiene la PPT, se trata de un principio habitualmente admitido en las diversas ramas jurídicas aun cuando genera dudas en su aplicación en un contexto de competencia fiscal internacional.

Como corolario final a este apartado, traemos a colación lo señalado por Wardzynski (2014, pág. 478), respecto a que, aunque la PPT aspira a ser imparcial, al desviar el análisis de razonabilidad a los fines objetivamente verificables del acuerdo o transacción, sería ingenuo suponer que dicho examen se llevaría a cabo en un vacío, es decir, con independencia de sus connotaciones nacionales de coste-beneficio. Este objetivo tendría más probabilidades de alcanzarse en los casos nacionales en los que el elemento de competencia no es omnipresente. Para el autor el futuro de la jurisprudencia mundial sobre la aplicabilidad de la PPT podría ser al menos tan incoherente como la actual tendencia internacional en lo que respecta al concepto de beneficiario efectivo y su aplicabilidad a los casos concretos.

7. ¿SON COMPATIBLES Y EFECTIVAS LAS CLÁUSULAS LOB Y PPT CON EL ORDENAMIENTO JURÍDICO NACIONAL?

Lo primero que tenemos que analizar para saber si resultan compatibles este tipo de cláusulas con el ordenamiento jurídico nacional, es cómo se relacionan con el mismo. Para eso es primordial estudiar si son compatibles o no con los principios generales que rigen la materia.

En primer lugar muchos estudiosos consideran que con la aplicación de estas normas no se garantiza la seguridad jurídica, esta última entendida como la posibilidad de prever como se va a comportar el ordenamiento jurídico ante determinada situación lo que genera confianza en el administrado en que esa expectativa que tiene de la aplicación de la norma se va a cumplir. Esto sucede porque como ya dijimos, dentro de las propias normas hay cuestiones que no quedan claras en su aplicación y están a interpretación del Estado que intervenga. Tampoco están del todo claro los efectos que tienen las mismas, por ejemplo, la PPT cuando estamos frente a un beneficio indebido ya que uno de los propósitos principales es el fiscal, no resulta unánime si no hay que servirse del Convenio o hay que aplicar el artículo que refiere al negocio real. Para aportar seguridad jurídica las normas domésticas tendrían que regular este tipo de temas porque hoy estamos bajo la subjetividad del aplicador. Hay quienes llegan a afirmar que con este tipo de cláusulas se estaría violando el pacta sunt servanda afectándose la expectativa que tienen las personas que un Convenio va a ser respetado.

En este sentido Rodríguez Piñeros (2020 p.26) expresa que con este tipo de cláusulas se puede llegar a desestimular las inversiones en un país, que es justamente uno de los objetivos del CDI. Al decir de este autor, cuando los agentes económicos se pretenden instalar en un Estado buscan un ordenamiento jurídico claro y previsible para evitar la incertidumbre de los costos y ganancias que van a obtener, siendo el costo tributario un factor clave en cualquier inversión. Esto se ve agravado por el hecho de que las Administraciones tributarias no necesitan una prueba contundente de que existe una maniobra abusiva sino que alcanza con tener indicios fundados para aplicar esta norma, que ya mencionamos tiene varios vacíos. Sumado a esto, el hecho que el Fisco no tiene que demostrar que este es el único propósito, sino que alcanza con que sea uno de los propósitos principales la obtención del beneficio, este tipo de normas conspiran con la certeza que busca un contribuyente al elegir dónde iniciar una actividad económica.

Esta falta de certeza no sólo afectaría el principio de seguridad jurídica sino también incluso el de igualdad (“ante la ley”), dado que ante similares situaciones

la respuesta de la Administración Fiscal en función de los indicios que tenga o de la interpretación que haga de éstos, podría no ser el mismo. En la PPT es donde se ve más claro esta situación dado que el Fisco tiene que demostrar que uno de los propósitos principales es el tributario, sin necesitar una prueba fehaciente, y luego el contribuyente tendrá la carga de la prueba en demostrar que ese acto o negocio está de acuerdo con los objetivos y fin del Convenio. Ambos aspectos tienen un alto componente subjetivo, y es por esto que el principio de igualdad puede ser violado en función de la habilidad que tenga el contribuyente para plantear su caso.

También como se mencionó anteriormente al aplicar este tipo de normas se deben respetar principios como el del debido proceso, el derecho de defensa, cuestiones que están muy arraigadas en nuestro ordenamiento jurídico. En este sentido María Paula Garat (2022 p. 3) ha expresado que las garantías de debido proceso y carga de la prueba que se exigen en aplicación al principio de la realidad, son extrapolables a la PPT. Es así que para la mencionada autora es sobre la Administración que recae la obligación de probar en forma fehaciente su postura, no bastando meros indicios, postura que como analizamos es compartida por el TCA. Esta autora va más allá, ya que considera que también es el Fisco que debe probar que la operación no es acorde con el objeto y fin del Convenio -- al contrario de la opinión mayoritaria y lo que se deduce del propio texto de la norma que es el contribuyente que debe probar este segundo requisito --. Para ésta si bien el contribuyente puede presentar elementos que favorezcan su postura, es la Administración la que tiene que demostrar su punto si no se quieren vulnerar el debido proceso y trasladarle al administrado la obligación de probar algo que resulta extremadamente difícil.

Más allá de esta opinión, si hay que hacer énfasis en que la Administración tiene que hacer un esfuerzo en probar que uno de los propósitos principales fue el fiscal. Esto es muy importante porque, si no se llega a esta conclusión, el contribuyente no deberá probar nada y no aplicará la PPT. Si bien la norma de los Convenios es más laxa y no exige una prueba contundente, sino indicios que hagan razonable esta conclusión; si se pretende que su aplicación no sea vetada

por la otra jurisdicción, el Fisco deberá realizar un esfuerzo probatorio que le permita llegar a una conclusión sólida.

Otra cuestión fundamental al analizar estas cláusulas es la de compatibilizar las mismas con el ordenamiento interno. En nuestro país los Convenios tienen rango legal, por lo que podría dejar de aplicarse una norma de un Convenio por lo que establece alguna ley doméstica. En este caso surge preguntarse si son necesarias este tipo de cláusulas, cuando por las normas locales como el principio de la realidad, las normas referentes a fraude, podrían combatirse las maniobras abusivas sin necesidad de una PPT o una LOB. También en lo que refiere a la normativa doméstica muchos tributaristas advierten que la Administración no puede ir aplicando acumulativa las normas hasta llegar a alguna que le permita negar los beneficios, sino que debería establecerse una forma de regular la aplicación.

A nivel de la aplicación de las normas a situaciones concretas en nuestro país, lo primero que podríamos discutir es qué pasa con las sociedades holding en la que la mayoría de los socios son extranjeros y la cláusula LOB. La holding es una Sociedad que posee o controla la mayoría de las acciones de un grupo de empresas y en Uruguay tienen un régimen impositivo preferencial. La ventaja de esta estructura la tenencia de acciones de sociedades extranjeras no está gravada por IP, ni los rendimientos, ni la transferencia porque es renta de fuente extranjera⁴¹. Tampoco está gravada la distribución a los accionistas porque esa distribución está relacionada con ingresos no gravados por IRAE entonces distribución no está gravada. En síntesis, bajo esta estructura solo se paga ICOSA siempre y cuando sea SA que no tenga bienes en Uruguay.

La holding claramente no entra en la primea hipótesis de la LOB. Es muy probable que tampoco cotice en bolsa y es muy probable que la mayoría de sus accionistas no sean personas físicas residentes en Uruguay ni empresas que coticen en bolsa. La hipótesis del beneficiario equivalente queda prácticamente

⁴¹ Esto siempre que no se configure un supuesto de Grupo Económico y en caso que si exista configura sustancia en los términos del art. 7 núm. 7 y 7 ter del T. 4 TO 1996 y artículo 3° sexis del Decreto 150/007.

descartada en la holding company que tiene básicamente rentas pasivas. Es decir que, en el caso uruguayo, es muy probable que una holding se vea afectada por una cláusula LOB y sea categorizada como una persona no calificada, salvo que como país fuente le demos el permiso especial, siempre en consulta con el otro país. Esta realidad podría desestimular la inversión de este tipo de empresas en Uruguay quedando de facto sin efecto todos los beneficios fiscales que se otorgan por la ley nacional.

8. ¿CUÁLES SON LOS DESAFÍOS DE LA IMPLEMENTACIÓN PRÁCTICA DE ESTE TIPO DE CLÁUSULA EN NUESTRO PAÍS Y LOS DESAFÍOS QUE ENFRENTAN LOS CONTRIBUYENTES, ADMINISTRACIÓN TRIBUTARIA Y ÓRGANOS JURISDICCIONALES?

8.1. Administración Tributaria:

Las disposiciones de la LOB pueden no ser adecuadas para todo el mundo. En primer lugar, esta norma de casi 70 páginas de desarrollo en los comentarios a los Modelos es, sin duda, compleja e intrincada. Aunque un grupo muy reducido de Estados se han acostumbrado a ella en las últimas décadas, es evidente que la disposición no forma parte de la cultura jurídica de la gran mayoría de los Estados. Esto puede ser especialmente cierto en el caso de los Estados en desarrollo como el nuestro. En la otra cara de la moneda, encontraremos contribuyentes que no siempre podrán prever claramente las consecuencias de sus propios actos, contrariamente a lo que exigiría el principio de seguridad jurídica.

Dentro de la LOB, la complejidad de la la “activity clause” es significativa. Son muchas fases por las que hay que pasar para determinar si se cumple la cláusula. La comprobación de su cumplimiento debe materializarse elemento de renta por elemento de renta. No obstante, para facilitar su cumplimiento, en la medida en que exista cierta similitud entre los tipos de renta obtenido, y no hayan variado las circunstancias, la Administración Tributaria podría exonerar de la

carga que supone comprobar el cumplimiento de la cláusula en todos los supuestos.

También puede visualizarse inconvenientes en la aplicación por parte de DGI con relación al apartado de “beneficios derivados” (apartado 4 de la LoB), cuando Uruguay sea estado de la fuente y debiera comprobar el efectivo cumplimiento de esta cláusula. El Estado de residencia del accionista en la sociedad que reclama los beneficios del CDI, podría negarse a atender un requerimiento de información del Estado de la fuente en esta materia, porque se trataría de una cuestión no cubierta por el CDI. Nótese que la información requerida no es para la aplicación del CDI entre el Estado de la fuente y el Estado de residencia del accionista, sino del convenio con el Estado de residencia de la entidad en participa dicho sujeto.⁴²

En cuanto al modo de aplicación de la LOB por parte de las Administraciones Tributarias, el apartado 7 del artículo 29 dispone que podrá ser definido por las autoridades competentes de común acuerdo. Esto se vincula estrechamente con los mecanismos que adoptan sobre la aplicación automática o no de las disposiciones de los CDIs.

En un sistema de aplicación directa, el cumplimiento de las disposiciones formales en el estado de la fuente resulta suficiente para su aplicación (por ejemplo, presentación de declaraciones informativas), sin dudas el sistema más beneficioso desde el lado del contribuyente. Este sistema es al que la fecha ha sido definida por nuestro país a partir de la sanción del Decreto N° 323/012.

Un aplicación directa aunque más restrictiva es la efectuada por países como Ecuador⁴³ donde el CDI se aplica de forma automática cuando la operación que

⁴² Esto sin dejar de tener presente que en el marco del artículo 26 de los CDIs no es de aplicación la limitación del artículo 1º.

⁴³ Resolución NAC-DGERCGC18-00000433, de 20 de diciembre de 2018 del S.I.I. por la que se establecen los montos máximos y requisitos para la aplicación automática de los beneficios previstos en los convenios para evitar la doble imposición e incorpora las condiciones para acogerse a la calificación automática. Accesible en <https://www.sri.gob.ec/o/sri-portlet-biblioteca-alfresco-internet/descargar/d15f7c9d-82a5-4129-a582-df2ecaa357a2/NAC-DGERCGC18-00000433.pdf>

pretende beneficiarse del CDI no supera un determinado umbral o puede calificarse de forma automática (i.e. se trata de pagos asociados a un mismo contrato que ya ha sido objeto de devolución anterior por parte del S.I.I).

Bajo un sistema de reembolso, el estado fuente impone su tributación a la tasa que corresponda por su normativa interna, en consecuencia, la doble imposición puede ocurrir. Sólo si un contribuyente presenta los documentos requeridos se reembolsa la diferencia entre el impuesto recaudado y la tasa impositiva reducida según el tratado fiscal.

Según el Comentario al artículo 29 del MOCE 2017, las pruebas de personas calificadas establecidas en el artículo 29(2) serán "autoejecutables" y no requerirán la decisión de una autoridad competente. Por lo tanto, un no residente debería poder reclamar los beneficios del tratado directamente según el párrafo 2, sin aprobación previa. Sin embargo, si la norma no se interpretara correctamente, las autoridades tributarias podrían posteriormente determinar que el contribuyente no tenía derecho a los beneficios reclamados, afectando así el principio de certeza jurídica que debe informar la aplicación de todo sistema tributario, no sólo respecto del contribuyente en sí mismo sino respecto del pagador en la fuente (Uruguay) donde puede estar designado como responsable y sujeto a responsabilidad solidaria.

La implementación práctica de las cláusulas presenta desafíos significativos para las Administraciones Tributarias. Algunos de estos desafíos incluyen:

1. Complejidad técnica: Las cláusulas a menudo implican conceptos fiscales y legales altamente técnicos. Las Administraciones Tributarias deben contar con personal capacitado y especializado en derecho fiscal internacional para comprender y aplicar estas cláusulas correctamente.

2. Interpretación y aplicación uniforme: Garantizar la interpretación y aplicación uniforme de estas cláusulas constituye un desafío en el futuro de los CDIs. La homogenización de los criterios de aplicación por parte de los Fiscos resultará muy dificultosa y las diferencias en la interpretación, llevarán probablemente a

un incremento de MAP y arbitraje internacional (con la problemática a que conllevan los mismos).

3. Recopilación de información: Para aplicar las cláusulas las Administraciones Tributarias deben requerir información detallada sobre las estructuras y transacciones de las empresas multinacionales. El cumplimiento de los intercambios de información por las otras Administraciones en forma completa y oportuna resultará clave para una efectiva aplicación de las cláusulas.

4. Auditorías más complejas: La aplicación de estas cláusulas puede dar lugar a auditorías fiscales más complejas y detalladas, lo que requiere recursos adicionales y experiencia por parte de las Administraciones Tributarias.

5. Coordinación internacional: Dado que muchas empresas multinacionales operan en varias jurisdicciones, las Administraciones Tributarias deben coordinarse y cooperar con sus homólogos en otros países para garantizar una aplicación efectiva de estas cláusulas y evitar la doble no imposición o la doble imposición (deberá explorarse la utilización de la herramienta de cooperación administrativa internacional “fiscalizaciones conjuntas” que a la fecha ha sido escasamente utilizada a nivel internacional).

8.2. Contribuyentes

Como hemos señalado en los apartados anteriores, el estudio de la PPT rule ha revelado innumerables riesgos que deben ser previstos, abordados y, en su caso, aceptados. En primer lugar, la norma parece ser exorbitantemente ambigua y amplia, por lo que concediendo un margen de discrecionalidad amplio a las autoridades fiscales y, por extensión, se pone en peligro el principio de certidumbre fiscal. Ello se debe a que la norma ha optado por basarse en parámetros eminentemente subjetivos (en particular, “uno de los propósitos principales” u “el objeto y finalidad de las disposiciones en cuestión”) cuya interpretación y aplicación en la práctica distan mucho de estar claras en lugar de basarse en parámetros mucho más objetivos y fácticos (por ejemplo “artificialidad” o el “business purpose test”).

A diferencia de muchas otras disposiciones del MOCDE (2017), la cláusula PPT del artículo 29 es nueva y no ha sido sometida a aplicación práctica por la DGI y menos sometida su aplicación a la jurisdicción del TCA. Aún queda mucho por saber sobre cómo se aplicará la PPT, en particular en lo que respecta a su carga de la prueba. Como hemos señalado la carga de la prueba puede considerarse desproporcionada: mientras que las autoridades fiscales sólo tienen que concluir "razonablemente" (no de forma convincente) que se cumple el elemento subjetivo, los contribuyentes tienen que demostrar (por tanto, de forma convincente) que la concesión del beneficio es conforme con el objeto y la finalidad de la disposición del tratado (elemento objetivo).

La doctrina nacional y extranjera que hemos referenciado en la presente tesis ha planteado la preocupación de que la interpretación y aplicación divergentes de la carga de la prueba por parte de los distintos Estados puedan socavar la propia finalidad del PPT o favorecer injustamente a una parte en detrimento de la otra.

Una aplicación acumulativa de la PPT rule y la LOB evitaría un gran número de situaciones abusivas al combinar la "seguridad jurídica" de la LOB con la flexibilidad de la PPT. El contribuyente podría visualizar la aplicación de la LOB como una especie de "safe harbour" ((Ramharter y Szudoczky, 2015, pág. 14) que garantizaría, una vez cumplido alguno/s de sus tests los beneficios del CDI serán indefectiblemente concedidos. No obstante, y a la luz de las explicaciones adicionales de los Comentarios, cabe preguntarse si la cláusula LOB puede, de hecho, funcionar como un "safe harbour". El párrafo. 2º de los Comentarios al art. 29 del MOCDE (2017) afirma que la LOB no debe restringir el alcance de la PPT rule. Básicamente lo que el contribuyente gana en la "cancha" con la LOB lo perdería en los "escritorios" por la aplicación de la PPT rule.

Vinculado con lo que venimos diciendo sobre la aplicación de PPT y la situación de los contribuyentes, en el ámbito de la LOB, la aplicación de la concesión discrecional (apartado 5), es innegable que al expresarse el supuesto de hecho de la norma en términos tan genéricos, esta cláusula puede estar dejando una puerta abierta a actuaciones arbitrarias por parte de la Administración a la hora

de su apreciación. Esta situación debe corregirse exigiendo que la Administración motive suficientemente las razones por las que, en cada caso, considera que se dan las circunstancias para entender que no concurre el presupuesto de hecho de la norma.

Podemos identificar como principales desafíos que enfrentan los contribuyentes

1. Cumplimiento normativo complejo: Como hemos profundizado a lo largo de esta Tesis las LOB y PPT suelen ser complejas y técnicas, y necesariamente requerirán asesoramiento legal y fiscal especializado, incrementando los costes de cumplimiento.

2. Cambios en las estructuras empresariales: Para cumplir con las cláusulas, las empresas pueden verse obligadas a realizar cambios en sus estructuras empresariales, como la reorganización de subsidiarias o la revisión de las transacciones intercompañías. Esto puede ser costoso y llevar tiempo.

3. Mayor escrutinio de las autoridades fiscales: Las cláusulas pueden dar lugar a un mayor escrutinio por parte de las autoridades fiscales. Los contribuyentes pueden enfrentar auditorías más detalladas y solicitudes de documentación adicional para demostrar el cumplimiento de estas cláusulas.

4. Riesgo de doble imposición: Si un contribuyente no cumple con las cláusulas de limitación de beneficios y el test de propósito principal, puede estar en riesgo de enfrentar una doble imposición, resultando en costos fiscales significativos.

5. Necesidad de planificación fiscal internacional: Las empresas multinacionales a menudo deben realizar una planificación fiscal internacional más sofisticada para cumplir con estas cláusulas y minimizar su exposición a la doble imposición. Esto puede requerir una mayor inversión en recursos y asesoramiento especializado.

8.3. Órganos jurisdiccionales

Como hemos señalado no existe en la jurisprudencia del TCA antecedentes donde se haya abordado la existencia de una controversia por aplicación de los CDIs; mucho menos, por lo novel de su inclusión de CDIs, la aplicación por parte de DGI de una LoB o PPT. Sin lugar a dudas la implementación práctica de las cláusulas de LOB y PPT también presentará serios desafíos para nuestro órgano jurisdiccional en materia contencioso - anulatoria:

1. Complejidad técnica: Los Ministros y sus asesores deberán contar con formación en derecho fiscal internacional para comprender y tomar decisiones informadas sobre estos casos.

2. Interpretación y aplicación uniforme: Garantizar la interpretación y aplicación uniforme de estas cláusulas puede ser un desafío, ya que pueden surgir diferencias en la interpretación entre diferentes tribunales y jurisdicciones. Esto puede dar lugar a incertidumbre legal y litigios prolongados.

3. Falta de precedentes: En muchos casos, puede haber una falta de precedentes judiciales claros en relación con estas cláusulas, lo que dificulta la toma de decisiones coherentes. Llegado el momento el TCA va a desarrollar jurisprudencia en tiempo real, lo que puede ser complicado.

4. Confidencialidad y protección de datos: Los casos relacionados con estas cláusulas pueden implicar la divulgación de información confidencial y financiera. Los tribunales deben manejar esta información de manera adecuada y cumplir con las regulaciones de privacidad y protección de datos.

5. Litigios transfronterizos: Dado que muchas empresas multinacionales operan en múltiples jurisdicciones, los casos relacionados con estas cláusulas a menudo involucran litigios transfronterizos. Esto puede complicar la coordinación entre tribunales y la ejecución de decisiones judiciales en diferentes países.

7. Coherencia con acuerdos internacionales: Los tribunales deben asegurarse de que sus decisiones sean coherentes con los acuerdos fiscales internacionales y las obligaciones asumidas por el país en virtud de estos convenios.

9. COROLARIOS AL TRABAJO DE INVESTIGACIÓN REALIZADO

En este apartado quisiéramos recoger algunas reflexiones finales sobre la temática abordada en la presente Tesis.

La planificación fiscal internacional por parte de los contribuyentes para poder utilizar los beneficios de los CDIs es un fenómeno incontrastable de la realidad globalizada en que vivimos, e incluso es un fenómeno natural en la búsqueda de los contribuyentes de aminorar su carga fiscal a nivel global.

Ahora bien, esta planificación fiscal internacional través de la utilización de CDIs debe encausarse dentro de determinadas pautas las cuales básicamente reflejan el objeto y fin por el cual los Estados suscriben este tipo de instrumentos internacionales (evitar o atenuar la doble imposición; no propiciar la doble no imposición y no constituirse en instrumentos que faciliten la elusión o evasión fiscal a través del treaty o rule shopping).

El eventual uso impropio o abusivo de CDIs ha generado la reacción por parte de los Estados (estimulados por el proyecto BEPS y sus consecuencias) de introducir mecanismos en los propios instrumentos internacionales que se constituyan en herramientas efectivas para dar respuesta a los fenómenos de treaty y rule shopping. Es en este contexto que se han desarrollado por la comunidad internacional los modelos de cláusulas LoB y PPT.

Las cláusulas LOB han sido diseñadas para evitar que entidades sin una conexión económica real con un país se beneficien de los CDIs y adicionalmente contribuyen a la protección de la base imponible al limitar los beneficios fiscales a aquellos contribuyentes que tienen una presencia sustancial en el país. Cómo hemos procurado analizar a lo largo de nuestro trabajo esta cláusula (que en la actualidad la tenemos en 5 CDIs) procura otorgarle los beneficios del CDI (o los

beneficios un tipo de renta específica) a quienes adquieran la calidad de residente calificado a la luz de las disposiciones de la LoB.

Si bien se trata de una disposición que se construye en una lógica esencialmente objetiva, la misma no está exenta de críticas, ya sea por contener igualmente un alcance de alta subjetivación (por ejemplo, la cláusula de actividad sustancial o el otorgamiento discrecional de los beneficios), ya sea por la dificultad de su aplicación práctica por parte de los países que como el nuestro carecen de una acabada experiencia en materia de aplicación de CDIs.

La implementación y aplicación de cláusulas LOB puede ser compleja y puede dar lugar a interpretaciones ambiguas y en algunos casos, las cláusulas LOB pueden limitar la capacidad de empresas legítimas para beneficiarse de los CDIs debido a restricciones estrictas.

Por su parte la PPT se ha constituido en nuestra red de CDIs (ya sea por negociación bilateral o por impacto del MLI), en una disposición clave en el presente y futuro de los CDIs de Uruguay (vigente en el 87% de la red). Como hemos visto esta disposición destaca por su vaguedad (nota típica de las normas anti abuso genéricas), sin mayores definiciones de sus términos. La falta de certidumbre jurídica para los contribuyentes que procuren la aplicación del CDI - principio tan caro para nuestro sistema de derecho -- es sin lugar a dudas la crítica constante y homogénea en la dogmática internacional. Nos atrevemos a avizorar que la aplicación de esta disposición con el pasaje de los años carecerá indefectiblemente de criterios uniformes por parte de las autoridades competentes a nivel internacional, ahondando la afectación del mencionado principio.

Asimismo, resulta ampliamente discutible que la PPT tenga dentro de sus exigencias que uno de los propósitos principales sea el beneficio fiscal, sin necesidad de que sea el único o principal. Muchos autores han cuestionado que resuta demasiado abarcativo, más si consideramos que los tributos son un punto muy importante en el peso de la ecuación económica de cualquier negocio y que

probablemente la incidencia de los mismos sea considerados por cualquier empresa buscando el mejor resultado.

Finalmente, reafirmamos las valoraciones formuladas durante el apartado 8 de esta Tesis sobre los desafíos que, al menos desde una óptica uruguaya, ambas disposiciones constituyen para los contribuyentes, la DGI y el Tribunal en lo Contencioso Administrativo.

10. BIBLIOGRAFÍA CITADA Y CONSULTADA PARA LA ELABORACIÓN DE LA PRESENTE TESIS.

ACOSTA, Natalia, **BRUZZONE**, Leonardo y **NIEVES**, Guillermo (2015): “El abuso de los Convenios: Modalidades y forma de evitarlo desde la perspectiva uruguaya”, Revista Tributaria, N° 245 marzo-abril 2015.

ADONNINO, Pietro (2003). “La Planificación Internacional” en Curso de Derecho Tributario Internacional. Coordinado por Victor Uckmar, T. I, edit. Temis S.A. Colombia 2003.

AISENBERG, Luis y **MELGENDLER**, Gustavo (2016): “Medidas nacionales para evitar la erosión de la base tributaria. ¿Influencia de BEPS en Latinoamérica?”, Revista Tributaria, N° 252 mayo-junio 2016.

AGUIRREGARAY, H. (2020): “El abuso de los convenios: ¿dónde están los límites?”, Revista Tributaria, N° 278 setiembre-octubre 2020.

AVI-YONAH, R. S. y **PANAYI**, C. H. (2010). Rethinking Treaty Shopping: Lessons for the European Union. En M. Lang [et al] [eds.], *Tax Treaties: Building Bridges between Law and Economics*. Ámsterdam: IBFD.

ARESPACOCCHAGA, J (1998). Planificación fiscal internacional. Madrid: Marcial Pons

AVERY JONES, J.F. et al. (2006). The Origins of Concepts and Expressions Used in the OECD Model and their Adoption by States. British Tax Review.

AVI-YONAH, R. y HJI PANAYI, C. (2010). Rethinking Treaty Shopping: Lessons for the European Union. University of Michigan Law School, Working Paper Nro.182, Accessible en: https://repository.law.umich.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1077&context=book_chapters

BALIÑO, C. y FRASCHINI, Juan Igancio. (2010): “La planificación fiscal vs. el abuso de Tratado – El Treaty Shopping y el concepto del Beneficiario Efectivo”, Revista Tributaria, N° 219 noviembre-diciembre 2010.

BÁEZ MORENO (2017), GAARs and Treaties: From the Guiding Principle to the Principal Purpose Test. What Have We Gained from BEPS Action 6? 45 Intertax 6 & 7.

BÁEZ MORENO, Andres (2016, Julio 11). La cláusula del propósito principal (Principal Purpose Test). Un análisis crítico de la acción 6 del Proyecto BEPS. Revista de Contabilidad y Tributación CEF. <https://doi.org/10.51302/rcyt.2016.4767>

BLANCO, Andrés. (2013): “El valor del “comentario OCDE” en la solución de problemas jurídicos tributarios”, Revista Tributaria N° 235, julio-agosto 2013.

BONET, Juan M. (2014). La evolución de la planificación fiscal en la fiscalidad internacional actual. Reacciones y el análisis de las medidas anti abuso en los CD. Revista Tributaria del IUET, 242, 793-818.

BAKER, Philip. (2007). Beneficial Ownership: After Indofood. GITC Review, Vol.VI Nro.1, 22.

CALDERÓN CARRERO, J. M. (2006). La incidencia de la globalización en la configuración del ordenamiento tributario del siglo XXI. Documentos del Instituto de Estudios Fiscales, 20, 1 a 35.

CARMONA FERNÁNDEZ, Nestor. (2007). Las medidas anti abuso en los convenios para evitar la doble imposición internacional. En Manual de Fiscalidad Internacional, 3ª Edición (933-962). Madrid: Instituto de Estudios Fiscales.

CHECA GONZÁLEZ, Clemente (2010). Globalización Económica y Principios Tributarios. Revista Mexicana de Derecho Constitucional, 22, 79 - 113.

DE ANDRÉIS, M; SORRIBAS, M.: “Los convenios de doble imposición sobre la renta y el patrimonio negociados por Uruguay y su vinculación con el derecho interno.” Tesis de Master en Derecho y Técnica Tributaria, Universidad de Montevideo. Recuperable en: <http://www.um.edu.uy/docs/tesisfder-los-convenios-de-doble-imposicion-sobre-la-renta-y-el-patrimonio-negociados-por-uruguay-y-su-vinculacion-con-el-derecho-interno-deandreis-magdalena-sorribas-laura.pdf>

DE LEON, P., FERRARI REY, M.: “Los retos de la fiscalidad internacional latinoamericana en el contexto actual. ¿Hacia la convivencia de un convenio multilateral BEPS con convenios bilaterales para evitar la doble imposición internacional?”, Revista Tributaria N° 250, ene.-feb. 2016.

DUFF, David G. (2010). Responses to Tax Treaty Shopping: A Comparative Evaluation .18 de Agosto de 2021, de Peter A. Allard School of Law, University of British Columbia Sitio web: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1688689

ESCRIBANO, Eva, “Alternative Approaches to Address The (Yet to Be Defined) Treaty Shopping Phenomenon” (November 15, 2019). Intertax, vol. 47, n. 11, 2019, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3547870>

EY TAX Flash: “Instrumento Multilateral BEPS Reglas anti-abuso en materia de tratados”, 18 de julio, 2017. Recuperable en: http://www.eyboletin.com.mx/eysite2/pdf/comentarios_2616.pdf

FAGET PRATI, Alberto, (1981). Forma jurídica inadecuada y el fraude a la ley fiscal. Revista Tributaria del Instituto Uruguayo de Estudios Tributarios, N° 42, may.-jun 1981. Editorial: Rosgal (Montevideo).

FERRARI, M. y SARTORI, E. (2014): “Las cláusulas anti abuso específicas y los convenios de doble imposición”, Revista Tributaria, N° 240 mayo-junio 2014.

FERRERI, Pablo (2011): “El caso de Uruguay dentro del contexto de combate al planeamiento tributario nocivo internacional. Adecuación normativa y medidas administrativas necesarias para un efectivo intercambio de información entre Administraciones Tributarias”, Noviembre 2011, Universidad de Montevideo.

FLEMING J. C. (Jr.) (2012), Searching for the Uncertain Rationale Underlying the US Treasury’s Anti-Treaty Shopping Policy, 40 Intertax.

FRASCHINI Juan Ignacio y **SARTORI** Eliana (2010). Los convenios para evitar la doble imposición y la elusión: aplicación de normas anti-elusivas- Revista Tributaria del IUET, 218.

FUNG, S. (2017) ‘The Questionable Legitimacy of the OECD/G20 BEPS Action Plan’ 10(2), Erasmus Law Review, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3087256

GALDINO, Guilherme (2017). Treaty Dodging como um Problema de Ajustamento entre Direito Interno e Acordos para evitar a Dupla Tributação. Revista Direito Tributário Atual, (37), 238–282. Recuperado de <https://revista.ibdt.org.br/index.php/RDTA/article/view/347>

GALLEAZZI, A. y PÉREZ BESSIO, I. (2019): “Normas anti-elusivas generales y específicas incluidas en la normativa doméstica uruguaya y en los convenios

para evitar la doble imposición que Uruguay ha suscripto”, Revista Tributaria, N° 268 enero-febrero 2019.

GARAT, M. (2022): “Aplicación de las cláusulas Anti-Abuso y Test de Propósito Principal (PPT) en Latinoamérica: ¿Un aporte a la Lucha Contra la Elusión Fiscal o una Afectación a los Derechos de los Contribuyentes?”, Revista Tributaria, N° 287 marzo-abril 2022.

GARCÍA NOVOA, César (2004). Las medidas para combatir la elusión fiscal. Cláusulas generales y especiales. Revista Tributaria del IUET, 181, p. 481.

HADDAD, Irene y TELIAS, Sara: “Convención multilateral para cerrar lagunas legales de los tratados fiscales identificadas en el Proyecto BEPS”, en El Cronista, 12/12/2016, recuperable en: <https://www.cronista.com/fiscal/Convencion-multilateral-para-cerrar-lagunas-legales-delos-tratados-fiscales-identificadas-en-el-Proyecto-BEPS-201612120003.html>

HESSDÖRFER, Andrés Fraude a la Ley Tributaria: Un problema no resuelto por el "Principio de la Realidad" Revista Tributaria N° 241 - TOMO XLI - Julio Agosto

JARACH, Dino (1980) “Curso de Derecho Tributario”, 3ra edición, Edit. Liceo Profesional CIMA, Buenos Aires, (1980).

KUŹNIAK, Błażej (2020) “Implementation and Application of the LOB Clause in BEPS Action 6/MLI: Legal and Pragmatic Challenges” Capítulo 10 en International and EU Tax Multilateralism: Challenges Raised by the MLI (A. Dourado ed., IBFD 2020), Books IBFD (accessed 18 November 2022).

LANDSIEDEL, Spencer (2021) “The Principal Purpose Test’s Burden of Proof: Should the OECD Commentary on Article 29(9) Specify Which Party Bears the Onus?” pag 83 a 115 World Tax Journal (febrero 2021)

LANG, Michel. (2014) “Introducción al derecho de los convenios para evitar la doble imposición”, Temis – IBFD – Bogotá.

LOAIZA KEEL, C. (2010): “La interpretación y calificación en los convenios para evitar la doble imposición.” Revista Tributaria N° 216.

LÓPEZ GONZÁLEZ, H.: “Derecho Internacional Tributario” Revista Consultor Tributario, Año VI, N° 12, La Ley Uruguay, Diciembre 2015.

MCLOURE, C.E. Jr. (2001). Globalization, tax rules and national sovereignty. Bulletin for International Fiscal Documentation, 55 (8), 333-334.

MEDINA-BOCOS, Marta: “La planificación fiscal agresiva y la cláusula general anti abuso”. Repositorio de Comillas. Abril 2017 recuperable en <https://repositorio.comillas.edu/jspui/bitstream/11531/10678/1/TFG-%20Medina-Bocos%20Pijuan%2C%20Marta.pdf>

OCDE:

(2013) Addressing Base Erosion and Profit Shifting, recuperable en <https://www.oecd.org/tax/addressing-base-erosion-and-profit-shifting-9789264192744-en.htm>

(2015) BEPS – Acción 6 – “Impedir la utilización abusiva de convenios fiscales”, recuperable en <https://www.oecd.org/tax/beps/impedir-la-utilizacion-abusiva-de-convenios-fiscales-accion-6-informe-final-2015-9789264257085-es.htm>

(2017) “Convención multilateral para aplicar las medidas relacionadas con los tratados fiscales para prevenir la erosión de las bases imponibles y el traslado de beneficios” y sus Comentarios, recuperable en <https://www.oecd.org/tax/treaties/beps-multilateral-instrument-text-translation-spanish.pdf>

ONU:

(2017) Handbook on Selected Issues in Protecting the Tax Base of Developing Countries. Edited by Alexander Trepelkov, Harry Tonino and Dominika Halka
Second Edition

(2021) Convención sobre la doble tributación entre países desarrollados y en vías de desarrollo de la Organización de las Naciones Unidas y sus Comentarios.

PÉREZ BESSIO, Ignacio (2017).: “Normas para evitar el abuso de los tratados en la era BEPS: cláusulas LOB y PPT”, en “Compendio de Derecho Tributario”, AAVV, BLANCO, A (Coord.), FCU.

GALEAZZI, Agustina - PÉREZ BESSIO, Ignacio: “Normas Anti-Elusivas Generales y Específicas Incluidas en la Normativa Doméstica Uruguay y en los Convenios para Evitar la Doble Imposición que Uruguay ha suscripto Uruguay” Revista Tributaria No 268 - TOMO XLVI - Enero Febrero 2019 (accedido a través de la consulta digital).

PISTONE Pasquale. (2003). “El abuso de los convenios internacionales en materia fiscal.” En Curso de Derecho Tributario Internacional (coordinado por UCKMAR Víctor), Capítulo XXI, Tomo II, Temis, Bogotá, 2003.

QUNFANG Jiang (2015) “Treaty Shopping and Limitation on Benefits Articles in the Context of the OECD Base Erosion and Profit Shifting Project” BULLETIN FOR INTERNATIONAL TAXATION – IBFD - MARCH 2015.

RAMHARTER, Lisa & SZUDOCZKY, Rita (2015) “Limitation on Benefits Clauses: Limiting the Entitlement to Treaty Benefits in Tax Treaty Entitlement” Chapter 3. (M. Lang et al. eds., IBFD 2015), Books IBFD (accedido 18 Noviembre 2022).

RAMÍREZ, Guzmán (2013). El lenguaje fiscal internacional: presente y futuro. Revista Tributaria del IUET, 234.

RICCARDI SACCHI, A. (2016): “Reconstruyendo la red de Convenios”, Revista Tributaria, N° 279 noviembre-diciembre 2020.

RODRIGUEZ PIÑEIRO, Jorge Leonardo (2020). La aplicación de la cláusula PPT del Plan de Acción beps en la red de convenios de doble imposición suscritos por Colombia. Revista de Derecho Fiscal, Num. 17. <https://doi.org/10.18601/16926722.n17.02>.

ROSEMBUJ, Tulio (2003). Treaty Shopping: El abuso de Tratado. En Curso de Derecho Tributario Internacional (156 y ss) Bogotá: Temis

SERRANO ANTON, Fernando (2001) “*La Legislación Española y los Paraísos Fiscales*”, en Fiscalidad Internacional, Capítulo 37, Editorial Centro de Estudios Financieros, Madrid, 4º edición.

TAVARES, Romero J.S. (2016), 'The 'Active Trade or Business' Exception of the Limitation on Benefits Clause' (2016). Capítulo de M. Lang et al. (Eds.) "Base Erosion and Profit Shifting (BEPS): The Proposals to Revise the OECD Model Convention", Disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2898151>

UCKMAR, VÍCTOR (2003) Introducción. En Curso de derecho tributario internacional (9 y ss) Bogotá. Temis

URUGUAY: Documento presentado en OCDE por Uruguay, con respecto a la Convención Multilateral, Recuperable en: <http://www.oecd.org/tax/treaties/beps-mli-position-uruguay.pdf>

VALDES COSTA, RAMÓN. (1978). Estudios de Derecho Internacional Tributario. Montevideo: Rosgal.

VALLEJO CHAMORRO, José María. (2007). “*La Competencia Fiscal*”, en Manual de Fiscalidad Internacional, Vol. I, director Teodoro Cordón Ezquerro, 3ra edición, Madrid, España: IEF.

VAN WEEGHEL, S. (1998) The Improper Use of Tax Treaties. Londres: Kluwer Law International

VEGA BORREGO, Félix:

(2002). Las cláusulas de limitación de beneficios en los convenios de doble imposición. Tesis presentada para la obtención del Grado de Doctor. UAM. Madrid. España. Accedido:

https://repositorio.uam.es/bitstream/handle/10486/4659/30999_vega_borrego_felix_alberto.pdf?sequence=1

(2005) El concepto de beneficiario efectivo en los convenios para evitar la doble imposición. Instituto de Estudios Fiscales. Documento N° 8/05.

VIANA BORDABERRY, Horacio B (2017) “El modelo OCDE y su comentario en la acción del proyecto BEPS” Revista Tributaria N° 260 - TOMO XLIV (accedido on line).

VOGEL, Klaus (1991). On double taxation conventions: a commentary to the OECD-, UN- and US model conventions for the avoidance of double taxation of income and capital with particular reference to German treaty practice. Kluwer Law and Taxation Publishers.

WARDZYNSKI, Adrian (2014). The Limitation on Benefits Article in the OECD Model Closing Abusive (Undesired) Conduit Gateways – IBFD - BULLETIN FOR INTERNATIONAL TAXATION SEPTEMBER.

XAVIER, Alberto (2005). Derecho Tributario Internacional. Conceptos fundamentales. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo de Palma.

ANEXO I: ESTADO DE
SITUACIÓN DE LA
CLÁUSULA DE
LIMITACIÓN DE
BENEFICIOS Y DE LA
CLÁUSULA DE
PROPÓSITO PRINCIPAL
DE NEGOCIOS EN LA
RED DE CONVENIOS DE
URUGUAY

ESTADO DE SITUACIÓN DE LA CLÁUSULA DE LIMITACIÓN DE BENEFICIOS Y DE LA CLÁUSULA DE PROPÓSITO PRINCIPAL DE NEGOCIOS EN LA RED DE CONVENIOS DE URUGUAY

CONVENIO	Artículo del CDI) ¹	LoB Ap. 1°	LoB Ap 2° letras a) a d)	LoB Ap 2° letra e) ²	LoB ap 3° Activity Clause	LoB ap 4° Beneficos Derivados	LoB ap 5° Conseción Discrecional de Beneficios	PPT	Cláusula Salvaguarda PPT	Impactado por MLI
Alemania		NO	NO	NO	NO	NO	NO	NO	NO	NO
Bélgica	S.A.N	NO	NO	NO	NO	NO	NO	SI	SI	SI
Brasil	29	SI	SI	SI(*)	SI	SI	SI	SI	NO	NO
Chile	28	SI	SI ³	SI(**)	SI	NO	SI	SI	NO	SI
Corea	28	NO	NO	NO	NO	NO	NO	SI	NO	SI
Ecuador	25 ⁴	SI	SI	SI(**)	SI	NO	SI	NO	NO	NO
EAU	S.A.N	NO	NO	NO	NO	NO	NO	SI	SI	SI
España	Protocolo 4.2.d	NO	NO	NO	NO	NO	NO	SI	NO	SI
Finlandia	Protocolo 3.2.d	NO	NO	NO	NO	NO	NO	SI	NO	SI
Hungría	S.A.N	NO	NO	NO	NO	NO	NO	SI	SI	SI
India	29,3	SI	SI	SI(*)	SI	SI	SI	SI	NO	SI
Italia	28	NO	NO	NO	NO	NO	NO	SI	NO	NO
Japón	28	NO	NO	NO	NO	NO	NO	SI	NO	NO
Liechtenstein	S.A.N	NO	NO	NO	NO	NO	NO	SI	SI	SI
Luxemburgo	S.A.N	NO	NO	NO	NO	NO	NO	SI	SI	SI
Malta	S.A.N	NO	NO	NO	NO	NO	NO	SI	SI	SI
México	S.A.N	SI	SI	SI(*)	SI	SI	SI	SI	NO	SI
Paraguay	27	SI	SI	SI(**)	SI	NO	SI	SI	NO	NO
Portugal	Protocolo 7.C	NO	NO	NO	NO	NO	NO	SI	NO	SI
Reino Unido	23	NO	NO	NO	NO	NO	NO	SI	SI	SI
Rumania	S.A.N	NO	NO	NO	NO	NO	NO	SI	NO	SI
Singapur	S.A.N	NO	NO	NO	NO	NO	NO	SI	SI	SI
Suiza		NO	NO	NO	NO	NO	NO	NO	NO	NO
Vietnam	S.A.N	NO	NO	NO	NO	NO	NO	SI	NO	SI

¹En el caso de los CDIs impactados por el MLI que no significaron una sustitución de cláusula, el artículo se identifica como sin asignación de numeración (S.A.N)

²LoB Apartado 2° letras e): Los identificados (*) solo contienen la clausula de propiedad; los identificados (**) contienen clausula de propiedad + erosión de la base

³La letra c) sigue la versión detalla del MOCDE 2017

⁴La cláusula LoB con Ecuador no se alinea estrictamente al MOCDE 2017 ni al MLI en su terminología aunque se cumplen las principales características

ANEXO II: LoB
(simplificada/
detallada) y PPT
conforme surgen del
artículo 29 del
MOCDE 2017

Apartado 1: Denegación de beneficios a personas no calificadas.

1. Salvo cuando este artículo disponga lo contrario, un residente de un Estado contratante no podrá acogerse a un beneficio previsto en este Convenio (salvo los recogidos en el apartado 3 del artículo 4, el apartado 2 del artículo 9 o el artículo 25) a menos que dicho residente sea una “persona apta” en el sentido del apartado 2 en el momento en que se hubiera concedido el beneficio. (*Versiones simplificada y detallada*)

Apartado 2: Situaciones en que un residente es persona calificada.

2. Un residente de un Estado contratante es una persona apta en el momento de conceder un beneficio en aplicación del Convenio si, en ese momento, el residente es: (*Versiones simplificada y detallada*)

a) Una persona física; (*Versiones simplificada y detallada*)

b) ese Estado contratante, o una de sus subdivisiones políticas o entidades locales, o un organismo o agencia de ese Estado, subdivisión política o entidad local (*Versiones simplificada y detallada*);

c) una sociedad u otra entidad cuya clase principal de acciones se cotece regularmente en uno o más mercados de valores reconocidos (*Versión simplificada*);

c) una sociedad u otra entidad si, a lo largo del periodo impositivo que incluye el momento en que se hubiera otorgado el beneficio, su clase principal de acciones (y cualquier otra clase de acciones que den derecho a una participación desproporcionada en los beneficios) cotiza regularmente en uno o más mercados de valores reconocidos y:

(i) su clase principal de acciones cotiza principalmente en uno o más mercados de valores reconocidos del Estado contratante del que es residente la sociedad o entidad; o

(ii) la sede principal de dirección y control de la sociedad o entidad está situada en el Estado contratante del que es residente (*Versión detallada*);

d) una sociedad, si (*Versión detallada exclusivamente*):

(i) durante el periodo impositivo que comprende el momento en el que el beneficio se hubiera otorgado, al menos el 50 por ciento de la totalidad de los derechos de voto y del valor de las acciones (y al menos el 50 por ciento de la totalidad de los derechos de voto y del valor de las acciones que den derecho a una participación desproporcionada en los beneficios) de la sociedad pertenecen, directa o indirectamente, a un máximo de cinco sociedades o entidades que puedan acogerse a los beneficios del Convenio en virtud del subapartado c) de este apartado, siempre que, en el caso de propiedad indirecta, cada propietario interpuesto sea residente del Estado contratante desde el que se reclaman los beneficios del Convenio o sea un propietario interpuesto que puede acogerse a ellos; y

(ii) en lo que concierne a los beneficios de este Convenio distintos de los previstos en el artículo 10, menos del 50 por ciento de la renta bruta de la sociedad, y menos del 50 por ciento de la del grupo analizado, correspondiente al periodo impositivo que comprende el momento en que el beneficio se hubiera otorgado, se paga o devenga, directa o indirectamente, en forma de pagos deducibles en ese periodo impositivo a efectos de los impuestos comprendidos en el ámbito de este Convenio en el Estado contratante de residencia de la sociedad (excluyendo los pagos de plena competencia realizados en el marco ordinario de una actividad económica por la prestación de servicios o la entrega de bienes y, en el caso de un grupo analizado, excluyendo las operaciones intragrupo) a personas que no sean residentes de ninguno de los Estados contratantes con derecho a los beneficios de este Convenio en virtud de los subapartados a), b), c) o e);

Subapartado d) (versión simplificada) / e) (versión detallada)

Versión simplificada:

d) una persona, distinta de una persona física, que sea:

- (i) una [descripción acordada de las entidades sin ánimo de lucro pertinentes de cada Estado contratante],
- (ii) un fondo de pensiones reconocido;

Versión detallada

e) una persona, distinta de una persona física, que sea:

- (i) una [descripción acordada de las entidades sin ánimo de lucro pertinentes de cada Estado contratante],
- (ii) un fondo de pensiones reconocido al que sea aplicable la letra (i) de la definición de fondo de pensiones reconocido enunciada en el apartado 1 del artículo 3¹, a condición de que más del 50 por ciento de los derechos de participación en sus beneficios sea propiedad de personas físicas residentes de alguno de los Estados contratantes, o cuando más del [__ por ciento] de los derechos de participación en sus beneficios sea propiedad de personas físicas residentes de alguno de los Estados contratantes o de cualquier otro Estado respecto del cual se cumplan los siguientes requisitos:

A) las personas físicas residentes de ese otro Estado pueden acogerse a los beneficios de un convenio para evitar la doble imposición de carácter general suscrito entre ese otro Estado y el Estado desde el que se reclaman los beneficios de este Convenio, y

B) con respecto a la renta a la que se refieren los artículos 10 y 11 de este Convenio, si la persona fuera residente de ese otro Estado y pudiera acogerse a todos los beneficios de ese otro convenio, se beneficiaría de un tipo de gravamen previsto por ese otro convenio para este tipo de rentas concretas, respecto de

¹ MOCDE art 3 i) el término “fondo de pensiones reconocido” de un Estado significa una entidad o un instrumento establecidos en ese Estado, a los que la legislación fiscal de ese Estado dote de personalidad independiente, y: (i) que se haya creado y se explote exclusiva o casi exclusivamente para administrar o proporcionar prestaciones de jubilación u otras prestaciones complementarias o accesorias a personas físicas y que esté regulado como tal por ese Estado o por una de sus subdivisiones políticas o entidades locales; o

(ii) que se haya creado y se explote exclusiva o casi exclusivamente para invertir fondos en beneficio de las entidades o instrumentos a los que se refiere el subapartado (i) anterior.

las que se reclaman los beneficios de este Convenio, igual o inferior al tipo de gravamen aplicable conforme a este Convenio; o

(iii) un fondo de pensiones reconocido al que sea aplicable la letra (ii) de la definición de fondo de pensiones reconocido enunciada en el apartado 1 del artículo 3, a condición de que la finalidad de su constitución y de su explotación sea exclusiva o casi exclusivamente la inversión de fondos en beneficio de las entidades o instrumentos a que se refieren los subapartados anteriores.

Subapartado e) (versión simplificada) / f) (versión detallada): propiedad/no erosión de la base imponible.

Versión simplificada

e) una persona, distinta de una persona física si, en ese momento y durante al menos la mitad de los días de un período de doce meses que comprenda el momento en el que el beneficio se hubiera otorgado, las personas residentes de ese Estado contratante y que tienen derecho a acogerse a los beneficios de este Convenio en virtud de los subapartados a) a d) poseen, directa o indirectamente, al menos el 50 por ciento de las acciones de dicha persona;

Versión detallada

f) una persona, distinta de una persona física si,

(i) en ese momento y durante al menos la mitad de los días de un período de doce meses que comprenda el momento en que se hubiera otorgado el beneficio, las personas residentes de ese Estado contratante y que tienen derecho a acogerse a los beneficios de este Convenio en virtud de los subapartados a), b), c) o e) poseen, directa o indirectamente, acciones que representen al menos el 50 por ciento de la totalidad de los derechos de voto y del valor (y al menos el 50 por ciento de la totalidad de los derechos de voto y del valor de las acciones que den derecho a una participación desproporcionada en los beneficios) de las acciones en esa persona, siempre y cuando, en el caso de propiedad indirecta, cada propietario interpuesto sea un propietario interpuesto que puede acogerse a los beneficios del Convenio, y

(ii) menos del 50 por ciento de la renta bruta de esa persona, y menos del 50 por ciento de la renta bruta del grupo analizado, correspondiente al periodo impositivo que comprende el momento en el que el beneficio se hubiera

otorgado, se paga o devenga, directa o indirectamente, en forma de pagos deducibles a los efectos de los impuestos comprendidos en este Convenio en el Estado contratante de residencia de la persona (excluyendo los pagos de plena competencia efectuados en el marco ordinario de una actividad económica por la prestación de servicios o la entrega de bienes tangibles, y en el caso de un grupo analizado, excluyendo las operaciones intragrupo), a personas que no sean residentes de ninguno de los Estados contratantes con derecho a los beneficios de este Convenio de acuerdo con los subapartados a), b), c) o e) de este apartado;

Subapartado g):

Únicamente versión detallada

g) [posible disposición sobre instituciones de inversión colectiva]²

Apartado 3: Desempeño de una actividad económica

Versiones simplificada y detallada

3. a) Un residente de un Estado contratante tendrá derecho a acogerse a los beneficios de este Convenio respecto de un elemento de renta procedente del otro Estado contratante, con independencia de que sea o no una persona apta, si el residente desempeña activamente una actividad económica en el Estado contratante mencionado en primer lugar, y la renta que proceda del otro Estado contratante proviene de esa actividad económica o es incidental a ella. A los efectos de este artículo, la expresión “desempeño de una actividad económica” no incluye las siguientes actividades ni sus combinaciones:

- (i) su explotación como sociedad de tenencia de valores;
- (ii) supervisión general o servicios de gestión de un grupo societario;
- (iii) actividades de financiación al grupo (incluida la centralización de tesorería);

o

(iv) realización o gestión de inversiones, excepto cuando dichas actividades las realice un banco o [listado de instituciones financieras similares a los bancos que

² Este subapartado debe redactarse (u omitirse) en función del tratamiento que el Convenio otorgue a las instituciones de inversión colectiva, así como a su tratamiento y uso en cada Estado contratante: véanse los Comentarios al subapartado y los párrafos 22 a 48 de los Comentarios al artículo 1.

los Estados contratantes puedan acordar tratar como tales], entidades de seguros o un agente de valores registrado, en el curso ordinario de su actividad como tal.

b) Si un residente de un Estado contratante obtiene un elemento de renta de una actividad económica efectuada por ese residente en el otro Estado contratante, u obtiene un elemento de renta del otro Estado contratante procedente de una persona relacionada, las condiciones descritas en el subapartado a) se considerarán satisfechas en relación con ese elemento de renta únicamente si la actividad económica desarrollada por el residente del Estado contratante mencionado en primer lugar, con el que está relacionado el elemento de renta, es sustancial respecto de la misma actividad económica o una actividad complementaria a ella, efectuada por el residente o por dicha persona relacionada en el otro Estado contratante. Para determinar si una actividad económica es sustancial a los efectos de este apartado se analizarán todos los hechos y circunstancias.

c) A los efectos de la aplicación de este apartado, las actividades desarrolladas por personas relacionadas con residentes de un Estado contratante, se considerarán desarrolladas por dicho residente.

Apartado 4: Beneficios derivados

Versión simplificada

4. Un residente de un Estado contratante que no sea una persona apta, podrá no obstante acogerse a los beneficios que se derivarían de este Convenio en relación con un elemento de renta si, durante al menos la mitad de los días de un plazo de doce meses que comprenda el momento en que el beneficio se hubiera otorgado, personas que sean beneficiarios equiparables son, directa o indirectamente, propietarias de más del 75 por ciento de las acciones del residente.

Versión detallada

[En los comentarios que siguen se trata la cuestión de cómo debe redactarse el apartado relativo a los beneficios derivados para su inclusión en los convenios que siguen la versión detallada.]

Apartado 5 (versión detallada): sede central

Únicamente versión detallada

5. Una sociedad residente de un Estado contratante que ejerza las funciones de sede central para un grupo multinacional compuesto por esa sociedad y sus filiales directas e indirectas, tendrá derecho a acogerse a los beneficios del Convenio en relación con los dividendos y los intereses pagados por los integrantes del grupo multinacional, independientemente de que la residente sea o no una persona apta. Se considerará que una sociedad es una sede central a estos efectos únicamente si:

- a) la sede principal de dirección y control de la sociedad está situada en el Estado contratante del que ella es residente;
- b) el grupo multinacional está compuesto por sociedades residentes de al menos cuatro Estados en los que desempeñan una actividad económica y las actividades económicas desempeñadas en cada uno de los cuatro Estados (o cuatro agrupaciones de Estados) generan al menos el 10 por ciento de la renta bruta del grupo;
- c) las actividades económicas del grupo de empresas multinacionales que se llevan a cabo en cualquier otro Estado distinto del Estado contratante de residencia de dicha sociedad generan menos del 50 por ciento de la renta bruta del grupo;
- d) la renta bruta que procede del otro Estado contratante no supera el 25 por ciento de la renta bruta de la sociedad;
- e) dicha sociedad está sujeta a las mismas normas relativas a la imposición de las rentas en su Estado de residencia que las personas descritas en el apartado 3 de este artículo; y
- f) menos del 50 por ciento de la renta bruta de la sociedad y menos del 50 por ciento de la renta bruta del grupo analizado se paga o devenga, directa o indirectamente, en forma de pagos deducibles a los efectos de los impuestos

comprendidos en el ámbito de este Convenio en el Estado contratante de residencia de la sociedad (excluyendo los pagos de plena competencia realizados en el marco ordinario de una actividad económica por la prestación de servicios o la entrega de bienes o los pagos relativos a las obligaciones financieras con un banco que no sea una persona relacionada con la sociedad, y en el caso de un grupo analizado, excluyendo las operaciones intragrupo) a personas que no sean residentes de ninguno de los Estados contratantes con derecho a los beneficios de este Convenio en virtud de los subapartados a), b), c) o e) del apartado 2.

Cuando no se cumplan los criterios de los subapartados b), c) o d) de este apartado respecto del periodo impositivo en cuestión, se considerarán cumplidos si los porcentajes determinados se cumplen calculando la renta bruta media de los cuatro periodos impositivos anteriores.

Apartado 5 (versión simplificada) / 6 (versión detallada): concesión discrecional de beneficios

Versiones simplificada y detallada

5/6. Si un residente de un Estado contratante no fuera una persona apta conforme a las disposiciones del apartado 2 de este artículo, ni tuviera derecho a los beneficios en virtud de los apartados 3 [o 4 (versión simplificada)] [, 4 o 5 (versión detallada)], las autoridades competentes del Estado contratante en el que se deniega el beneficio en virtud de las disposiciones precedentes de este artículo, podrán concederle no obstante los beneficios de este Convenio, o beneficios relativos a un elemento de renta o de patrimonio concretos, teniendo en cuenta el objeto y los propósitos del Convenio, pero únicamente si dicho residente demuestra satisfactoriamente a dichas autoridades competentes que ni su constitución, adquisición o mantenimiento, ni su forma de operar, tuvieron como uno de sus principales propósitos la obtención de los beneficios de este Convenio. La autoridad competente del Estado contratante a la que un residente del otro Estado contratante haya planteado una solicitud al amparo de este

apartado, consultará con la autoridad competente de ese otro Estado antes de aceptar o desestimar dicha solicitud.

Apartado 6 (versión simplificada) / 7 (versión detallada): Definiciones

Versiones simplificada y detallada

6/7. A los efectos de este apartado y de los apartados previos de este artículo

El término “mercado de valores reconocido”

Versión simplificada

a) el término “mercado de valores reconocido” significa:

- (i) un mercado de valores constituido y regulado como tal conforme a la legislación de cualquiera de los Estados contratantes; y
- (ii) cualquier otro mercado de valores acordado por las autoridades competentes de los Estados contratantes;

Versión detallada

a) el término “mercado de valores reconocido” significa:

- (i) [listado de los mercados de valores acordados en el momento de la firma]; y
- (ii) cualquier otro mercado de valores acordado por las autoridades competentes de los Estados contratantes;

El término “acciones”

Versiones simplificada y detallada

b) en relación con las entidades distintas de las sociedades de capital, el término “acciones” significa las participaciones análogas a las acciones;

El término “clase principal de acciones”

Versión simplificada

c) el término “clase principal de acciones” significa la clase o clases de acciones de una sociedad o entidad que representan la mayoría de los derechos de voto y del valor totales de la sociedad o entidad;

Versión detallada

c) el término “clase principal de acciones” significa las acciones comunes u ordinarias de la sociedad o entidad, siempre y cuando dicha clase de acciones represente la mayoría de los derechos de voto y del valor totales de la sociedad o entidad. Si ninguna clase de acciones comunes u ordinarias representa por sí sola la mayoría del derecho de voto y del valor de la sociedad o entidad, se entenderá por “clase principal de acciones” aquellas clases de acciones cuya suma represente la mayoría de los derechos de voto y del valor totales;

El término “personas relacionadas”

Versiones simplificada y detallada

d) dos personas serán “personas relacionadas” si una de ellas posee directa o indirectamente, al menos el 50 por ciento de los derechos de participación en los beneficios de la otra (o, en el caso de una sociedad, al menos el 50 por ciento del total de los derechos de voto y del valor de las acciones de la sociedad) u otra persona posee, directa o indirectamente, al menos el 50 por ciento de los derechos de participación en los beneficios (o, en el caso de una sociedad, al menos el 50 por ciento del total de los derechos de voto y del valor de las acciones de la sociedad) en cada una de ellas. En todo caso, una persona estará relacionada con otra si, sobre la base de los hechos y circunstancias pertinentes, una tiene el control sobre la otra o ambas están bajo el control de una misma persona o personas.

El término “beneficiario equiparable”

Versión simplificada

e) el término “beneficiario equiparable” se refiere a toda persona que pueda acogerse, respecto de un elemento de renta, a un beneficio concedido por un Estado contratante de acuerdo con su legislación interna, este Convenio o cualquier otro instrumento internacional que sea equivalente o más favorable que

el previsto por este Convenio para ese elemento de renta. A los efectos de determinar si una persona es un beneficiario equiparable respecto de los dividendos que perciba una sociedad, se considerará que esa persona es una sociedad y que es titular del mismo patrimonio de la sociedad que distribuye los dividendos que la sociedad que invoca el beneficio respecto de los dividendos.

Versión detallada

e) el término “beneficiario equiparable” significa:

(i) un residente de cualquier Estado, siempre y cuando:

A) ese residente tenga derecho a acogerse a todos los beneficios de un convenio de doble imposición de carácter general suscrito entre ese Estado y el Estado contratante ante el que se invocan los beneficios de este Convenio, conforme a disposiciones sustancialmente similares a las recogidas en los subapartados a), b), c) o e) del apartado 2 o, cuando el beneficio que se invoca se refiera a intereses o dividendos pagados por un miembro de un grupo de sociedades multinacionales del que forma parte el residente, que ese residente pueda acogerse a los beneficios en virtud de disposiciones sustancialmente similares al apartado 5 de este artículo recogidas en ese convenio, siempre que, en ausencia de un artículo detallado de limitación de beneficios en ese convenio, este se aplique como si incluyera las disposiciones de los subapartados a), b), c) y e) del apartado 2 (incluidas las definiciones pertinentes para la aplicación de los criterios previstos en esos subapartados); y

B) 1) respecto de la renta a la que se refieren los artículos 10, 11 o 12, si el residente hubiera recibido dichas rentas directamente, hubiera podido acogerse en virtud de tal convenio, de una disposición del derecho interno o de un acuerdo internacional, a un tipo de gravamen aplicable a esa renta para la que se invocan los beneficios de este Convenio, igual o inferior al tipo de gravamen aplicable en virtud de este Convenio.

Por lo que respecta a una sociedad que invoque, en aplicación del apartado 4, los beneficios del artículo 10 respecto a unos dividendos, a los efectos de esta letra:

II) si el residente es una persona física, y la sociedad desempeña una actividad económica en su Estado contratante de residencia que sea sustancial en relación con la actividad que ha generado los beneficios de los que proceden los dividendos, y que sea similar o complementaria a ella, a esta persona se la tratará como si fuera una sociedad. Las actividades desarrolladas por una persona que sea una persona relacionada con la sociedad que invoca los beneficios se considerarán desarrolladas por esa sociedad. El carácter de “sustancial” de la actividad económica se determinará en función de todos los hechos y circunstancias; y

II) si el residente es una sociedad (incluidas las personas físicas a las que se considere como una sociedad), para determinar si el residente tiene derecho a un tipo impositivo igual o inferior al tipo aplicable en virtud de este Convenio, su participación indirecta en el capital de la sociedad que paga los dividendos se considerará como una participación directa; o

2) respecto de un elemento de renta comprendido en los artículos 7, 13 o 21 de este Convenio, el residente tiene derecho a los beneficios de ese convenio que sean al menos tan favorables como los invocados en virtud de este Convenio; y

C) no obstante el hecho de que un residente pueda satisfacer los criterios previstos en las cláusulas A) y B) de esta letra, cuando el elemento de renta se ha generado a través de una entidad considerada fiscalmente transparente según la legislación del Estado contratante de residencia de la sociedad que invoca los beneficios, si el elemento de renta no se tratara como renta del residente en virtud de una disposición análoga al apartado 2 del artículo 1, en caso de que el propietario de la entidad a través de la que la sociedad obtuvo la renta hubiera sido el residente y no la sociedad que invoca los beneficios en virtud del apartado 4 de este artículo, no se considerará a ese residente como beneficiario equiparable respecto de ese elemento de renta;

(ii) un residente del mismo Estado contratante que el de la sociedad que invoca los beneficios en virtud del apartado 4 de este artículo que tenga derecho a todos los beneficios de este Convenio en aplicación de los subapartados a), b), c) o e)

del apartado 2 o, cuando el beneficio al que se aspira tiene relación con intereses o dividendos pagados por un miembro del grupo de empresas multinacionales al que pertenece el residente, el residente tiene derecho a acogerse a los beneficios del Convenio en virtud del apartado 5, siempre y cuando, en el caso de un residente descrito en el apartado 5, de haber recibido dichos intereses o dividendos directamente, hubiera tenido derecho a un tipo impositivo, en relación con dicha renta, igual o menor al tipo aplicable en virtud de este Convenio a la sociedad que invoca los beneficios en virtud del apartado 4; o

(iii) un residente del Estado contratante desde el que se invocan los beneficios de este Convenio, que tenga derecho a todos los beneficios de este Convenio en aplicación de los subapartados a), b), c) o e) del apartado 2, siempre que el total de los derechos de voto y del valor de las acciones (y de cualquier clase de acciones que generen el derecho a una participación desproporcionada en los beneficios) de la sociedad que invoca el derecho a acogerse a los beneficios en virtud del apartado 4, de los que sea propietario ese residente, no exceda del 25 por ciento del total de los derechos de voto y del valor de las acciones (y de toda clase de acciones que generen el derecho a una participación desproporcionada en los beneficios) de la sociedad;

La expresión “clase de acciones que dan derecho a una participación desproporcionada en los beneficios”

Versión detallada únicamente

f) la expresión “clase de acciones que dan derecho a una participación desproporcionada en los beneficios” significa cualquier clase de acciones de una sociedad o entidad residente de uno de los Estados contratantes que den derecho a los accionistas a una participación desproporcionadamente mayor, a través de dividendos, pagos por rescate o de otro modo, en los beneficios generados en el otro Estado contratante a partir de ciertas actividades o activos concretos de la sociedad;

El término “sede principal de dirección y control”

Versión detallada únicamente

g) la “sede principal de dirección y control” de una sociedad o entidad estará ubicada en el Estado contratante donde la sociedad sea residente únicamente cuando (i) sus directores ejecutivos y sus empleados de alta dirección ejerzan en ese Estado contratante, más que en ningún otro, las responsabilidades cotidianas relacionadas con la mayoría de las decisiones estratégicas, financieras y operativas de la sociedad o entidad y de sus filiales directas e indirectas, y el personal asignado a esas personas realice en ese Estado contratante, más que en ningún otro, las actividades cotidianas necesarias para la preparación y toma de esas decisiones; y

(ii) dichos directores ejecutivos y empleados de alta dirección ejerzan, en mayor medida que los de cualquier otra sociedad o entidad, las responsabilidades cotidianas relacionadas con la mayoría de las decisiones estratégicas, financieras y operativas de la sociedad o entidad y de sus filiales directas e indirectas, y el personal asignado a esas personas realice, más que el de cualquier otra sociedad o entidad, las actividades cotidianas necesarias para la preparación y toma de esas decisiones;

La expresión “propietario interpuesto que puede optar a los beneficios del convenio”

Versión detallada únicamente

h) la expresión “propietario interpuesto que puede optar a los beneficios del Convenio” significa un propietario interpuesto que bien:

(i) es residente de un Estado que tiene en vigor un convenio para evitar la doble imposición de carácter general con el Estado contratante desde el que se invoca un beneficio amparado por este Convenio; o

(ii) es residente del mismo Estado contratante que la sociedad que aplica el criterio previsto en los subapartados d) o f) del apartado 2 o del apartado 4, para determinar si puede acogerse a los beneficios previstos en el Convenio;

El término “grupo analizado”

Versión detallada únicamente

i) el término “grupo analizado” designa al residente de un Estado contratante que aplica los criterios enunciados en los subapartados d) o f) del apartado 2 o de los apartados 4 o 5 para determinar si puede optar a los beneficios del Convenio (el “residente analizado”), y toda sociedad o establecimiento permanente que;

(i) participe junto con el residente analizado de una consolidación fiscal, una unidad de tributación o un régimen similar que obligue a los integrantes del grupo a compartir los beneficios o las pérdidas; o

(ii) comparta las pérdidas con el residente analizado conforme a un sistema de deducción intragrupo u otro régimen de distribución de pérdidas en el periodo impositivo considerado;

El término “renta bruta”

Versión detallada únicamente

j) El término “renta bruta” designa los ingresos brutos calculados en el Estado de residencia de la persona a lo largo del periodo impositivo que incluye el momento en que se hubiera otorgado el beneficio, excepto si se trata de una persona que ejerce una actividad económica que comprende la fabricación, producción o venta de bienes, respecto de la que el término “renta bruta” significa dichos ingresos brutos minorados en el coste de los bienes vendidos, y de una persona que ejerce una actividad económica consistente en la prestación de servicios distintos de los financieros, respecto de la que el término “renta bruta” significa dichos ingresos brutos minorados en el coste directo soportado para generar esos ingresos, siempre que:

(i) salvo que sea pertinente para determinar los beneficios correspondientes en virtud del artículo 10 de este Convenio, la renta bruta no incluirá la parte de los dividendos efectivamente exentos de impuestos en el Estado contratante de residencia de la persona, por razón de deducciones o de otro modo; y

(ii) excepto por lo que respecta a la parte gravable de los dividendos, las operaciones realizadas entre sociedades dentro del grupo analizado no se tendrán en cuenta para calcular la renta bruta de este.

El término “institución de inversión colectiva”

Versión detallada únicamente

k) [definición posible de “institución de inversión colectiva”]

Apartado 7 (versión simplificada): Modo de aplicación, que será determinado por las autoridades competentes

Versión simplificada únicamente

7. Las autoridades competentes de los Estados contratantes podrán definir, de común acuerdo, el modo de aplicación de este artículo.

Apartado 9. Cláusula PPT (principal purpose test, o regla del "test de propósito principal")

9. No obstante las restantes disposiciones de este Convenio, no se concederá un beneficio en virtud de este Convenio respecto de un elemento de renta o patrimonio si resulta razonable concluir, a la vista de todos los hechos y circunstancias pertinentes, que la obtención de ese beneficio era uno de los propósitos principales de cualquier acuerdo u operación que tuviera como resultado, directa o indirectamente, la obtención de ese beneficio, a menos que se determine que la concesión de dicho beneficio en tales circunstancias sería conforme con el objeto y finalidad de las disposiciones en cuestión del presente Convenio.

Cláusula de salvaguarda PPT rule (párrafo 184 de los Comentarios al MOCDE 2017)

Cuando, en virtud del apartado 9, se deniegue a una persona la aplicación de un beneficio previsto en este Convenio, la autoridad competente del Estado

contratante que, de otro modo, hubiera concedido el beneficio tratará no obstante a esa persona como legitimada para la obtención del mismo, o de otros beneficios en relación con un determinado elemento de renta o de patrimonio, si dicha autoridad competente, a instancia de esa persona y tras haber considerado los hechos y circunstancias pertinentes, determina que esa persona hubiera obtenido los beneficios aun sin mediar la operación o el instrumento a los que se refiere el apartado 9. La autoridad competente del Estado contratante a la que un residente del otro Estado contratante haya presentado una solicitud en el sentido de este apartado, consultará con la autoridad competente del otro Estado antes de desestimar la solicitud.