

Escuela de Derecho

Tipo de documento: Tesis de maestría



Maestría en Derecho Tributario

La Acción 6 de BEPS en el Contexto Argentino

Autoría: Rodríguez, Franco Javier

Año: 2019

¿Cómo citar este trabajo?

Rodríguez, F. (2019). *"La Acción 6 de BEPS en el Contexto Argentino"*. [Tesis de maestría. Universidad Torcuato Di Tella].

Repositorio Digital Universidad Torcuato Di Tella

<https://repositorio.utdt.edu/handle/20.500.13098/12226>

El presente documento se encuentra alojado en el Repositorio Digital de la Universidad Torcuato Di Tella bajo una licencia Creative Commons Atribución-No Comercial-Compartir Igual 4.0 Internacional

Dirección: <https://repositorio.utdt.edu>

La Acción 6 de BEPS en el Contexto Argentino

Trabajo Final

Maestría en Derecho Tributario

Alumno: Franco Javier Rodriguez

Director: Axel A. Verstraeten

Año: 2019

ÍNDICE

1. Introducción

1.1 Contexto.....	5
1.2 Objeto	8
1.3 Estructura y delimitación	10

2. Marco Histórico y el Uso Impropio de Convenios

2.1 Orígenes y antecedentes del Derecho Tributario Internacional	12
2.2 Modelos de Convenios de Doble Imposición.....	13
2.3 Uso impropio de Convenios de Doble Imposición y <i>Treaty Shopping</i>	17
2.4 Medidas contra el abuso de Convenios de Doble Imposición.....	20

3. BEPS Acción 6 - “Impedir la utilización abusiva de convenios fiscales”

3.1 Aspectos Generales	24
3.2 Consideraciones de Política Fiscal.....	26
3.3 Modificaciones propuestas en los Convenios de Doble Imposición.....	29
3.3.1 Título y Preámbulo de los Convenios de Doble Imposición.....	31
3.3.2 Cláusula de limitación de beneficios (<i>LOB rule</i>).....	33
3.3.3 Cláusula General Anti-abuso (<i>Principal Purpose Test</i>).....	36

4. La Acción 6 de BEPS y Argentina

4.1 Argentina y los Convenios de Doble Imposición.....	42
4.2. Convenio Multilateral contra BEPS (<i>MLI</i>) y la posición de la Argentina.....	48
4.3. Transparencia Fiscal Internacional y la ley 27.430 de Reforma Tributaria.....	50
4.4. Clausula anti-abuso doméstica. Realidad económica.....	54
4.5. Realidad económica y su aplicación a Convenios de Doble Imposición.....	57
4.5.1 El caso “Molinos Rio de la Plata”.....	59
4.5.2 La posición del Fisco Nacional.....	61
4.5.3.1 Fundamentos de la resolución del Tribunal Fiscal de la Nación.....	62
4.5.3.2. Decisión de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal.....	65

4.5.3.3. Dictamen de la Procuradora Fiscal ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación.....	66
4.6. Reflexiones.....	67
5. CONCLUSION	71
BIBLIOGRAFÍA	76

1. Introducción.

1.1 Contexto.

En estos últimos años se ha cuestionado como nunca la actual estructura normativa del derecho tributario sobre la cual se sustenta el comercio internacional en un contexto hiper globalizado. Una de las causas principales de ese cuestionamiento, es el rol y la conducta (o inconducta) de las empresas multinacionales.

La problemática que vamos a exponer dista de ser novedosa. Incluso, ha habido instancias anteriores en la que la temática estuvo en el centro de debate con distintas repercusiones¹. Sin embargo, lo que caracteriza esta situación en comparación con otras épocas de nuestra historia es que el reclamo o los cuestionamientos no surgen solamente de países en vías de desarrollo; en esta oportunidad, el interés también lo encontramos en los países desarrollados. En su mayoría, impulsados por los efectos de la última crisis económica y financiera internacional y por la presión de la opinión pública. En efecto, tuvieron gran difusión noticias vinculadas a empresas multinacionales que pagaban un monto ínfimo de impuesto a las ganancias (o rentas), pese a tener una fuerte presencia en muchos países y un monto por ventas o ingresos millonario. Cabe agregar, que muchas de esas empresas comercializan bienes y servicios que son utilizados masivamente por una gran parte de la población. Concretamente, nos referimos a los casos de Amazon, Google, Apple, Starbucks, SABMiller, Caterpillar Inc., entre otros². En los últimos días, también tomó estado público la noticia de que Amazon no debería ingresar tributo alguno al fisco norteamericano por el ejercicio fiscal del año 2018, pese a haber prácticamente duplicado las ganancias obtenidas en Estados Unidos. Las noticias destacaron que la empresa pasó de tributar una tasa efectiva de impuesto a la renta equivalente al 11,4% entre los años 2011 a 2016, a la actual -1%³.

¹ Cfr. a modo de ejemplo el reporte elaborado por la OECD (1998), *Harmful Tax Competition: An Emerging Global Issue*, OECD Publishing, Paris, <https://doi.org/10.1787/9789264162945-en>.

² Chew, Jonathan, (2016, 11 de marzo). 7 Corporate Giants Accused of Evading Billions in Taxes. *Fortune* [online]. Disponible en: <http://fortune.com/2016/03/11/apple-google-taxes-eu/>; Griffiths, Ian, (2012, 4 de abril). Amazon: £7bn sales, no UK corporation tax. *The Guardian* (online). Disponible en: <https://www.theguardian.com/technology/2012/apr/04/amazon-british-operation-corporation-tax>; (2012, 16 de octubre). *BBC Online*. Disponible en: <http://www.bbc.com/news/business-19967397>; Lawrence, Felicity, 2010, 29 de noviembre). *The Guardian* (online). Disponible en: <https://www.theguardian.com/business/2010/nov/29/sabmiller-india-africa-actionaid-report>; <https://www.hsgac.senate.gov/subcommittees/investigations/hearings/caterpillars-offshore-tax-strategy>

³ Stamper, Laura (2019, 15 de febrero). Amazon Will Pay a Whopping \$0 in Federal Taxes on \$11.2 Billion Profits. *Fortune* (online). Disponible en: <http://fortune.com/2019/02/14/amazon-doesnt-pay-federal-taxes-2019/>.

En términos generales, este tipo de empresas suelen utilizar una red de sociedades o corporaciones interpuestas a través de las cuales distribuyen las ganancias y las pérdidas entre cada una de ellas. Las primeras, las ubican en países en los que la tasa efectiva de tributación es relativamente baja, ya sea porque se trate de los llamados “paraísos fiscales” o de países en los cuales las empresas multinacionales tienen un trato preferencial; y las segundas, es decir, las pérdidas o gastos, generalmente se efectúan en el país donde se obtiene el ingreso, que es donde la tasa efectiva de imposición suele ser más alta. Ello, con el objeto de achicar la base sobre la cual finalmente se debe tributar. Cabe señalar, que las empresas también se suelen valer de contratos tipo “cost sharing agreements”, o de los desajustes ocasionados por la distinta calificación de las operaciones involucradas en la legislación doméstica de cada Estado. Un ejemplo del estado público que ha tomado esta situación, lo podemos observar en el caso de Starbucks; empresa que, pese haber facturado 3 billones de libras en el Reino Unido desde que abrió sus puertas en ese país en el año 1998, solo pagó 8.6 millones de libras de impuesto a las ganancias⁴. El Parlamento de ese país ya había tomado nota de esa situación⁵, y, un tiempo después, el Chief Financial Operator (CFO) de la empresa debió comparecer ante el Public Accounts Committee a dar explicaciones⁶. En ese mismo sentido, se ha señalado que “hacia el final del año 2015, las empresas multinacionales estadounidenses tenían más de 2 trillones de ganancias en el exterior en jurisdicciones de baja tributación. Esa suma, que se equivale a aproximadamente 700 billones de impuesto estadounidense eludido, fue en su mayoría económicamente obtenido en los Estados Unidos y trasladado al exterior a jurisdicciones como Singapur, Irlanda, o Luxemburgo, que tienen tasas efectivas de imposición de un solo dígito”⁷.

Los desafíos que produjo la globalización, el comercio electrónico, y la creciente importancia de los intangibles, entre otros elementos, configuraron un quiebre que puso a prueba el ordenamiento tributario internacional vigente, que está compuesto, esencialmente, por una inmensa red de más de 3000 tratados bilaterales de doble imposición⁸. La estructura de esos acuerdos ha tendido a converger, y se “estima que

⁴ Bergin, Tom (2012, 15 de octubre). *Reuters* (online). Disponible en: <http://uk.reuters.com/article/us-britain-starbucks-tax-idUKBRE89E0EX20121015>

⁵ <http://www.parliament.uk/edm/2012-13/852>; <http://www.parliament.uk/edm/2012-13/599>

⁶ (2012, 12 de noviembre). Starbucks, Google and Amazon grilled over tax avoidance. *BBC Online*. Disponible en: <http://www.bbc.com/news/business-20288077>.

⁷ Avi-Yonah, Reuven S. y Hu, Haiyan: “*Evaluating BEPS*”, *Erasmus Law Review*, Vol. 10, Issue 1, Agosto 2017, pág. 4.

⁸ Avi-Yonah, Reuven S.: “*The Structure of International Taxation: A Proposal for Simplification*”, 74 *TEX. L. REV.* 1301-1349, 1996. Se estima que, para el año 2013 había 4.863 Convenios de Doble

alrededor del 75 % del lenguaje de todos los tratados de doble imposición es tomada de una sola fuente: el modelo de tratado para evitar la doble imposición de la OCDE (según las modificaciones que periódicamente se le han realizado). El Modelo de la OCDE domina los tratados de doble imposición actuales”⁹.

Por ello, y como el esfuerzo individual que pueda ensayar cada Estado para resolver este tipo de problemas puede resultar fútil, se requiere de una aproximación de tipo multilateral. Es en este contexto que los países del G20 tomaron nota de estas prácticas abusivas, que claramente afectan los ingresos fiscales de todos los estados. Así, y junto con los países integrantes de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE), y otros que paulatinamente se fueron incorporando a partir de la apertura de la propuesta, dispusieron la creación de una iniciativa para contener el impacto de este suceso: el Proyecto BEPS, *Base Erosion and Profit Shifting*. En efecto, con el apoyo de los integrantes del G20 en la reunión realizada en San Petersburgo en el año 2013, se encargó a aquella organización la elaboración de un Plan de Acción¹⁰, el que fue finalmente presentado en julio de ese mismo año¹¹.

El informe comienza por destacar los beneficios que la globalización ha aportado a la economía en muchos países, tales como el impulso del comercio y la inversión extranjera directa, el crecimiento sostenido, la creación de empleo, y el hecho de que muchas personas salieran de la pobreza. Sin embargo, al mismo tiempo, tuvo consecuencias relevantes sobre los regímenes fiscales domésticos. En este contexto, destacó que las empresas multinacionales han sofisticado sus estrategias de planificación fiscal, explotando las posibilidades de “arbitraje legal”, utilizando posiciones fiscales más agresivas arribando a una situación crítica. Se precisaron tres efectos claros: los gobiernos se ven perjudicados por la reducción en sus ingresos y por el cuestionamiento de la integridad del sistema; la alteración del equilibrio fiscal perjudica al contribuyente individual que debe soportar una carga impositiva efectiva mayor; y también se perjudican las empresas, porque no todas pueden recrear estructuras de planificación tan

Imposición en vigencia (cfr. Verstraeten Axel. A., “*El Abuso de Tratados: Treaty Shopping y ‘Treaty Override’*”, en Asorey - García, Tratado de Derecho Intl. Tributario, La Ley, Buenos Aires, 2013, T. I, , pág. 795).

⁹ Brauner, Yariv: “*Treaties in the Aftermath of BEPS*”, 41 Brook. J. Int'l L. (2016), pág. 977 (traducción libre).

Available at: <http://brooklynworks.brooklaw.edu/bjil/vol41/iss3/3>

¹⁰ Saint Petersburg Development Outlook. <https://www.oecd.org/g20/summits/saint-petersburg/St-Petersburg-Development-Outlook.pdf>.

¹¹OECD (2013), *Plan de acción contra la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios*, OECD Publishing. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.1787/9789264207813-es>.

eficientes (y agresivas), generando desventajas competitivas. En tal sentido, se destacó que, si bien el sistema actual de leyes domésticas y tratados de doble imposición en general ha producido resultados correctos, en la actualidad ha revelado “debilidades que crean oportunidades para la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios”. En particular por los nuevos desafíos que impone la expansión de la economía digital. “Estas debilidades ponen en peligro el marco actual basado en el consenso, haciendo necesario una importante movilización de los tomadores de decisiones para evitar que los problemas empeoren”¹². Ello, mediante medidas concretas que permitan dotar nuevamente de confianza al sistema, de forma tal de asegurar que las ganancias tributen donde se realizan u ocurren las actividades económicas que las generan y donde el valor es creado¹³.

Al respecto de este consenso, cabe destacar que importantes doctrinarios han relativizado el valor de esta propuesta. En particular, porque si bien es una iniciativa multilateral omnicompreensiva, un aspecto para nada reprochable, no tiene por finalidad promover un cambio sustancial en la distribución de potestades de imposición entre el Estado de la fuente y el de la residencia, sino proteger al actual sistema de las externalidades (u oportunidades) que el cambio de escenario fue habilitando¹⁴.

La primera etapa de este plan consistió en formular 15 acciones referidas a temas puntuales, a los que se abocaron distintos grupos de trabajo para analizar la problemática en cada uno de ellos. También, se estableció un cronograma para la entrega de sus resultados, conclusiones, y recomendaciones para modificar, tanto la estructura normativa actual compuesta por los tratados internacionales bilaterales para evitar la doble imposición como la normativa doméstica de cada Estado. Ello, en atención a que si bien el poder de imposición es un atributo esencial de la soberanía de cada Estado, como ya señalamos, la estructura actual ha creado oportunidades para que el fenómeno de la erosión de la base imponible y el traslado de ganancias o beneficios ocurra, permitiéndole a algunos actores del sistema una muy baja o casi nula tasa efectiva de imposición. Sin embargo, el objetivo originario en esta materia se mantiene, es decir,

¹² OECD (2013), *Plan de acción contra la erosión de la base imponible...*, pág. 13.

¹³ OECD (2019), *Prevention of Treaty Abuse - Peer Review Report on Treaty Shopping: Inclusive Framework on BEPS: Action 6, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project*, OECD Publishing, Paris, pag. 3. <https://doi.org/10.1787/9789264312388-en>

¹⁴ Cfr. Yariv Brauner: “*Treaties in the Aftermath of BEPS*”, op. Cit.; Avi-Yonah, Reuven S. y H. Xu: “*Evaluating BEPS*”, Erasmus L. Rev. 10, no. 1 (2017): 3-11; Báez, Andrés, “*El Plan BEPS y Los Países en Vías de Desarrollo (BEPS and Developing Countries)*” (April 21, 2017). Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2956284>

incentivar y desarrollar las relaciones económicas entre los países y evitar la doble imposición internacional.

Entre las acciones que comprende este Plan, encontramos temáticas como: los desafíos que propone la economía digital, el tratamiento que corresponde otorgar a los instrumentos o acuerdos “híbridos”, fortalecer las reglas CFC (*Controlled Foreign Company*), limitar la erosión de la base por medio de la deducción de intereses y otros pagos, la prevención contra el abuso de tratados y la elusión del estatus de establecimientos permanentes, precios de transferencias, intercambio automático de información, entre otros¹⁵.

1.2 Objeto del trabajo.

El objetivo de este trabajo es analizar cuáles serán los efectos derivados de la adopción de las recomendaciones propuestas en la sexta acción de BEPS, denominada en español *Impedir la Utilización Abusiva de Convenios Fiscales*, por parte de la República Argentina. En concreto, se pretende examinar: cuál es el estado de situación de nuestro país con relación a la problemática introducida por la Acción 6 del Proyecto BEPS; si el ordenamiento jurídico nacional ya tiene algún tipo de previsión al respecto y en qué medida correspondería adoptar las recomendaciones que propone el informe final; y las eventuales consecuencias que podrían derivar de la incorporación de aquellas. Ello, con particular énfasis en la cláusula general anti-abuso propuesta, es decir, la denominada PPT (*principal purpose test*), debido a su incorporación a algunos de los últimos tratados de doble imposición celebrados por la Argentina y por la posición adoptada por el país respecto de otra de las consecuencias derivadas de la iniciativa BEPS: el tratado multilateral, también denominado MLI por sus siglas en inglés¹⁶. Asimismo, se analizará cuál ha sido la reacción de la autoridad fiscal y de los tribunales judiciales frente a casos como los descriptos, y se examinará cuál podría ser su aproximación a la temática

¹⁵ OECD (2013), *Plan de acción contra la erosión de la base imponible...*, págs. 16 y ss.

¹⁶ *Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent Base Erosion and Profit Shifting*. Al respecto, cabe señalar que dentro de la misma iniciativa se estipuló como una Acción más el análisis de cuestiones de derecho internacional público y tributario con el objeto de desarrollar un instrumento multilateral que permita adoptar e implementar las medidas y recomendaciones que se produjeran en los grupos de trabajo, mediante la enmienda de los tratados internacionales de forma simplificada y rápida (cfr. Acción nro. 15, en OECD (2013), *Plan de acción contra la erosión de la base imponible...*, pág. 28). En noviembre de 2016, concluyeron las negociaciones entre más de 100 jurisdicciones, y, para enero de 2018, más de 75 jurisdicciones ya habían ratificado el texto de ese acuerdo. <http://www.oecd.org/tax/treaties/multilateral-convention-to-implement-tax-treaty-related-measures-to-prevent-beps.htm>

una vez que la Argentina haya incorporado las recomendaciones propuestas por la iniciativa.

Para ello, se examinarán las críticas que diversos autores han expresado respecto de cuestiones puntuales, y si, pese a ello, se considera que la adopción de medidas como la Cláusula de Limitación de Beneficios y la Regla del Propósito Principal, tendrán un efecto positivo en nuestro país. No solo para la administración tributaria, sino para las personas y empresas que hacen negocios en la Argentina.

En esencia, y como hipótesis, se considera que la adopción de las recomendaciones propuestas en la sexta acción de BEPS, configurarán un avance en materia anti-elusiva y su incorporación tendrá un efecto positivo para nuestro país. Este enfoque es particularmente relevante, porque la Argentina no tenía en su red de convenios cláusulas genéricas anti-elusión como las propuestas, y porque las consecuencias de la falta de una previsión normativa en la materia pueden ser peores que la incorporación de normas deficientes pero perfectibles.

1.3 Estructura y delimitación.

El trabajo está estructurado en tres secciones. La primera, tiene como objetivo explicar el desarrollo histórico, es decir, el contexto anterior a que se desarrollara éste proceso que da lugar a la iniciativa BEPS, desde la óptica de las medidas anti-elusivas, con un particular enfoque en los problemas que la Acción 6 ha pretendido abarcar (Capítulo 2). En la segunda sección, haremos una aproximación a las principales medidas que la acción ha propuesto, haciendo énfasis en la cláusula de limitación de beneficios -LOB clause- y la cláusula general anti-abuso -PPT rule- (Capítulo 3). En la tercera parte, haremos el análisis de aquellas medidas con respecto al ordenamiento jurídico argentino, compuesto por la normativa interna y los tratados de doble imposición que el país ha suscripto; y las posibles consecuencias que pueden derivar de la entrada en vigencia del MLI que la Argentina ya ha ratificado el 7 de junio del 2017. También, haremos una breve descripción de la nueva normativa en materia de “transparencia fiscal internacional”, y de los precedentes jurisprudenciales que han existido en el ámbito doméstico sobre la materia analizada (Capítulo 4). En el último capítulo, formularemos las conclusiones del trabajo, así como las reflexiones finales con relación a ésta nueva normativa que nos provee la comunidad internacional y si su adopción en el contexto argentino resulta o no favorable para nuestro país (Conclusión).

En tal sentido, y como inmediatamente vamos desarrollar, la iniciativa nos provee de recomendaciones muy concretas que resultan interesantes analizar, máxime cuando en los últimos años han existido casos muy puntuales en los cuales a partir de la utilización de tratados internacionales de doble imposición que estaban en vigencia, y también por aplicación de la legislación interna, se permitió obtener a los contribuyentes beneficios que excedían - a primera vista - el objeto de esos tratados; como por ejemplo, los tratados suscriptos con Chile, España y Austria.

En suma, consideramos que la aproximación del trabajo puede resultar de particular interés, no solo por las temáticas aquí propuestas, sino también porque Argentina es parte del G20, es decir, uno de los promotores de la iniciativa. Además, porque el nuevo gobierno que asumió a fines del año 2015 planteó su intención de incorporarse como miembro pleno de la OCDE¹⁷, pese a que eso implicaría un proceso de admisión que se podría extender por varios años¹⁸, y aun cuando el país ya participaba activamente en distintos órganos de la organización desde los años 90, tales como: el Comité de Asuntos Fiscales, el Comité de Comercio, el Comité de Agricultura, el Comité de Pesca, el Comité de Políticas en Ciencia y Tecnología, el Centro de Desarrollo, el Grupo de Trabajo sobre Soborno, el Comité de Inversiones, entre otros. La voluntad del actual gobierno es profundizar esa participación. En efecto, en marzo de 2017 el Ministro de Hacienda de la Argentina presentó un plan de acción de trabajo conjunto con la OCDE con el objeto de fortalecer el crecimiento económico, la competitividad y las instituciones¹⁹.

¹⁷ <http://www.cancilleria.gob.ar/argentina-mas-cerca-de-la-ocde>;

¹⁸ <http://www.telam.com.ar/notas/201711/223485-estiman-que-el-ingreso-de-argentina-a-la-ocde-tomara-diez-anos.html>;

¹⁹ <http://www.oecd.org/countries/argentina/argentina-refuerza-su-cooperacion-con-la-ocde-a-traves-de-un-nuevo-plan-de-accion.htm>

2. Marco Histórico y el Uso Impropio de Convenios.

2. 1. Orígenes y Antecedentes del Derecho Tributario Internacional.

La estructura a la que hicimos referencia en el apartado anterior, se originó y se desarrolló durante todo el siglo XX; especialmente, con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial. En efecto, si bien existían ciertas normas consuetudinarias, el Derecho Internacional Tributario tal cual lo conocemos hoy parte del trabajo realizado por la Sociedad de las Naciones tras la Primera Guerra Mundial a partir de la generalización del impuesto a las rentas²⁰. A partir de ese momento, la doble imposición internacional, es decir, cuando los países de la fuente y de la residencia gravan la misma renta, comienza a ser un problema serio porque en esa época todavía no existían medidas unilaterales en las leyes nacionales que permitieran amortiguar el impacto de ese fenómeno.

En esta materia siempre han prevalecido los convenios bilaterales, negociado sobre las bases del primer modelo delineado por cuatro expertos en finanzas públicas bajo la iniciativa de la Cámara de Comercio Internacional a la Sociedad de las Naciones en 1921. Los especialistas eran: Bruins (Países Bajos), Einaudi (Italia), Seligman (EE.UU.), y Stamp (Reino Unido)²¹. El informe elaborado, “propuso una metodología de inicio que consistía en la formulación de un tratado bilateral privilegiando la imposición en el país de residencia para las rentas más importantes de cualquier relación bilateral, eliminando en ciertos casos la imposición en el país fuente o reduciéndola en forma significativa, sin perjuicio de otorgarse un crédito por impuesto en residencia. No obstante, se admitió la potestad del país fuente en ciertas rentas como la renta inmobiliaria, que contempla no sólo al alquiler de inmuebles, en su concepción más simple, sino que abarca a toda la renta del suelo”²².

²⁰ Con anterioridad, es decir, a fines del siglo XIX, se encuentran algunos antecedentes de acuerdos bilaterales de alcance limitado entre Prusia y Sajonia, Austria y Hungría, y Austria y Prusia, entre otros. Con posterioridad, los de Baviera y Baja Sajonia Basilea y Baden (el último antes de la Primera Guerra Mundial), y Alemania e Italia. Cfr. Billardi, Cristian: “*Origen y Evolución del Derecho Internacional Tributario*”, y García, Fernando D.: “*Fuentes del Derecho Internacional Tributario*”, ambos en Asorey - García, *Tratado de Derecho Intl. Tributario*, Buenos Aires, La Ley, 2013, T. I, , pág. 32 y 75, respectivamente.

²¹ Rajmilovich, Darío, *Convenios Para Evitar la Doble Imposición*, Buenos Aires, Errepar, 2011, pág. 14.

²² Figueroa, Antonio H.: “*Finalidad y Evolución de los CDI – Tratados Tributarios Amplios para Evitar la Doble Imposición Internacional*”, en Asorey - García, *op. cit.*, pág. 650.

En 1943, durante la Segunda Guerra Mundial y en una reunión celebrada en México con participación de países en desarrollo y los Estados Unidos, se aprobó un modelo que priorizaba la tributación de la renta en la fuente u origen. Sin embargo, finalizada esa Guerra, se realizó una nueva reunión en la que se planteó la prioridad de gravar al país de la residencia, y, en ciertos casos, con exclusividad. En 1952, la Comisión Fiscal que funcionaba en el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas transfiere la temática tributaria a la actual OCDE (en ese entonces, Organización Económica Europea), que comenzó a tratar el tema en su Comité Fiscal en el año 1958. Con la finalización de la Segunda Guerra, y como consecuencia del aumento de las actividades de alcance transnacional, se comenzaron a formar ganancias en varios Estados. Asimismo, la generalización del impuesto a las ganancias y la utilización en muchos países del sistema de renta mundial, y el marcado aumento de las alícuotas, hizo necesario la limitación de los efectos distorsivos que generaba la doble o múltiple imposición. Para 1957, se habían celebrado 71 tratados y 32 se encontraban bajo negociación; todos ellos, entre países europeos, EE.UU. y Canadá²³. En 1963, la OCDE publica su borrador de modelo de tratado para evitar la doble imposición internacional, y, en 1977, se publica la versión definitiva. Según Figueroa, hacia el año 1963, todavía subsistían problemas de doble imposición en países miembros de la OCDE porque no todas las legislaciones internas contenían medidas unilaterales para evitarla, es por ello que se volcaron de inmediato a negociar sus convenios sobre la base de ese modelo. También, porque los países desarrollados advirtieron que la estructura de ese modelo resultaba beneficiosa en su relación con los países en desarrollo, debido a que el modelo permitía la reducción de la tributación en el país de la fuente, y tomar como crédito el impuesto pagado.

2. 2. Modelos de Convenios de Doble Imposición.

En términos generales, todos los modelos de convenios para evitar la doble imposición, definen cuáles son los impuestos, los sujetos, y el territorio comprendido por el tratado. Algunos, se limitan a establecer restricciones respecto del impuesto a la renta, y otros también incluyen prescripciones respecto de impuestos al patrimonio. Usualmente, refieren a un sistema general de reparto de potestades tributarias, y, luego, establecen un régimen particular dependiendo del tipo de renta de que se trate,

²³ Figueroa, Antonio H.: *op. cit.*, pág. 652.

tales como: dividendos, intereses, regalías, servicios personales, ganancias de capital, pensiones, estudiantes, etc. Actualmente, los convenios también suelen establecer mecanismos de intercambio de información tributaria, cláusulas de “nación más favorecida” y “no discriminación”, procedimientos de acuerdo mutuo, de asistencia y cooperación administrativa.

Como se señaló, el modelo de la OCDE está concebido desde la perspectiva del Estado de la residencia; en consecuencia, ese Estado tiene derecho a gravar en todos los casos, mientras que el Estado de la fuente puede gravar sólo en circunstancias específicas; por ejemplo, las rentas empresariales, solo podrán ser gravadas en el Estado de la fuente en el caso de que exista un “establecimiento permanente”. Esto ha sido fuente de varias críticas, en particular, de los países en desarrollo e importadores de capital, debido a que constituye un umbral muy alto a partir del cual aquellos pueden gravar las actividades en su territorio. Una postura favorable al Estado de la residencia, es aquella que establece mayores exigencias para que el “establecimiento permanente” se configure en la menor cantidad de situaciones posibles. Cabe señalar que, el hecho de que se establezca esa distribución de renta, no quiere decir que *prima facie* los Estados estén obligados a gravar esas rentas, por lo que es posible que se configuren casos de doble imposición. Con base en esa distribución, el Estado de la residencia está obligado a evitar la doble imposición, ya sea eximiendo la renta de fuente extranjera u otorgando un crédito fiscal por el impuesto pagado en el Estado de la fuente; esos métodos responden a principios de neutralidad diferentes²⁴.

Por su parte, el modelo de la ONU, no difiere sustancialmente del modelo de la OCDE²⁵. Su texto se trabajó sobre la base de este último modelo, y su primera versión se publicó en 1980, la segunda en 2001, y la más reciente en 2011, con diversas actualizaciones. Su finalidad, es plantear una alternativa más beneficiosa que defienda mejor los intereses de los países en desarrollo. Sus diferencias, en general, se

²⁴ “Normalmente, el método de la exención es el más efectivo y el más simple. Establece una relación con el principio de imposición territorial y el principio de ‘capital import neutrality’, por el cual todos los inversores en una determinada jurisdicción están sujetos a la misma imposición total, sean residentes o no”. Por el contrario, el método del crédito fiscal, se considera que es más complejo, y “responde al principio de ‘capital export neutrality’, que busca que todos los residentes de una determinada jurisdicción estén sujetos al mismo nivel de imposición, sea que inviertan en la misma jurisdicción o en el exterior. Los tratados vigentes celebrados por Argentina utilizan el método del crédito casi en forma exclusiva”. Cfr. Meloni, Eduardo O.: “Modelos de Convención para Evitar la Doble Imposición. Las Convenciones (CDI) Celebradas por la República Argentina”, en Asorey – García, *op. cit.*, págs. 620/630.

²⁵ De hecho, Antonio Figueroa lo llama “su muleto”, pues “no es ‘mucho más’ beneficioso que el MOCDE para los países en desarrollo” (cfr. Figueroa, Antonio H.: “El tratado para evitar la doble imposición internacional suscripto con Chile (primera parte)”, Thomson Reuters, IMP 2015-10, 61.

manifiestan por un aumento de la jurisdicción para el Estado de la fuente. En términos generales, su articulado flexibiliza las situaciones en las que se suscita la presencia de un “establecimiento permanente”, habilitando al país de la fuente a gravar; no establece limitaciones para tributar en la fuente en casos de dividendos, intereses y regalías, entre otras.

El Modelo de tratado que utiliza Estados Unidos, tiene una estructura muy similar a la utilizada por la OCDE. Sin embargo, aclara que por efecto del tratado no se pueden incrementar los impuestos que dispone la legislación doméstica, ni tampoco afectar los impuestos que los Estados Unidos aplica a sus residentes (la denominada “*savings clause*”). Sin embargo, el aspecto quizás más relevante, es la introducción de una cláusula de “limitación de beneficios” (LOB clause), que fue la que inspiró su introducción en el reporte de la Acción 6 de BEPS, con el objeto de impedir o limitar el *treaty shopping*. Meloni sostiene que “es un ‘test’ de residencia mucho más exigente que el que prevé el art. 4° (que también debe ser cumplido) a través de una serie de pruebas objetivas, es decir prescindiendo de la intención o motivación que pudiera tener el contribuyente sujeto a prueba”. Sin embargo, aclara que “el esfuerzo de este Modelo por impedir el acceso a los residentes ‘no auténticos’ del otro Estado contratante a los beneficios debe ser visto como una cuestión política antes que técnica”²⁶.

En sentido contrario, encontramos otro modelo de convenio que tiene una estructura diametralmente opuesta a la de los anteriores pero que, sin embargo, no ha sido utilizado a gran escala como aquellos²⁷. Es el modelo que se desarrolló en el marco del Pacto Andino, integrado originariamente por Bolivia, Colombia, Chile, Ecuador, Perú y Venezuela, y se aprobó mediante la Decisión 40 de 1971. En tal sentido, como se señaló, los modelos de la OCDE y la ONU distribuyen base imponible entre ambos Estados contratantes, teniendo en principio siempre derecho a gravar el Estado de la residencia. Por el contrario, este modelo adopta como criterio el principio de la fuente, y, salvo excepciones, le atribuye derecho de imposición exclusivo. Por tales motivos, el concepto de “residencia” no tiene relevancia.

²⁶ Meloni, Eduardo O.: *op. cit.*, pág. 635.

²⁷ Ello ha sido adjudicado al “lock-in effect”, que denota una tendencia a converger hacia estándares compatibles, principalmente estructurados sobre el modelo de convenio de la OCDE, dejando de lado aquellos que no lo sean como los propiciados por el modelo del Pacto Andino (cfr. Baistrocchi, Eduardo A.: “*The Use and Interpretation of Tax Treaties in the Emerging World: Theory and Implications*”, British Tax Review, No. 4, 2008, pág. 384. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1273089>).

La utilización del criterio de la fuente se manifiesta en su artículo 4°, que establece que “independientemente de la nacionalidad o domicilio de las personas, las rentas de cualquier naturaleza que éstas obtuvieren, sólo serán gravables en el Estado Contratante en el que tales rentas tengan su fuente productora, salvo los casos de excepción previstos en este convenio”²⁸. En virtud de ello, lo relevante para este modelo es determinar dónde se encuentra la fuente productora de la renta respectiva. Sin perjuicio de ello, para ciertos casos establece concretamente dónde se encuentra. Por ejemplo, en el caso de renta de inmuebles, será gravada por el Estado donde estén situados; los beneficios empresariales, donde se hubieran efectuado; las patentes y otros intangibles, serán gravables donde se utilicen; en el caso del impuesto al patrimonio, dispone un derecho exclusivo al Estado donde se encuentre. Asimismo, para el caso de que existiera algún conflicto, el modelo establece un procedimiento de acuerdo mutuo para que las autoridades de ambos Estados resuelvan las controversias que pudieran emerger de su aplicación.

En tal sentido, si bien el modelo del Pacto Andino fue propuesto por los propios miembros de la Comunidad Andina de Naciones para negociar sus tratados con países desarrollados, sus propios miembros prefieren el modelo de la OCDE o el de la ONU para celebrar nuevos tratados, incluso, con los países latinoamericanos. Para Meloni, su “inviabilidad como modelo alternativo está determinado por su no uso”, y, en la actualidad, el modelo de la OCDE es “algo más que un modelo”, pues “sería una pieza central del ‘régimen o sistema tributario internacional’ y, como tal, no podría ser ignorado por los Estados en sus relaciones tributarias internacionales, sin sufrir consecuencias económicas”²⁹. Cabe aclarar, que las bondades del Modelo OCDE han sido puestas en discusión por varios autores, en particular, para los países en desarrollo, porque no solo resignan ingresos fiscales derivados de la limitación de la tributación en la fuente que aquellos propician, sino porque su suscripción tampoco constituye una fuente relevante de inversiones en esos países. Por ejemplo, Antonio Figueroa, un crítico del Modelo OCDE, sostiene que el acuerdo entre Chile y Argentina que fue negociado y suscripto (y recientemente denunciado) sobre la base del modelo del Pacto Andino, “fue el mejor

²⁸ Meloni, Eduardo O.: *op. cit.*, pág. 636.

²⁹ Meloni, Eduardo O.: *op. cit.*, pág. 639.

tratado tributario celebrado por nuestro país, analizado a la luz de la ecuación costo-beneficio local”³⁰.

2.3. Uso impropio de Convenios de Doble Imposición y *Treaty Shopping*

Como señalamos, la estructura actual del derecho tributario internacional está esencialmente conformada por una gran red de convenios bilaterales de doble imposición en su vasta mayoría negociados sobre la base del modelo OCDE. Esta red, juntamente con la normativa interna de algunos Estados, ha permitido que los contribuyentes utilizaran o abusaran de esa estructura para reducir la tasa efectiva de imposición significativamente. La propia OCDE ha señalado, que los tratados y una red extensa de aquellos, posibilita su utilización para aprovecharse de las ventajas fiscales y asegurarse una posición más beneficiosa disponible bajo algunas normas domésticas y aprovechándose de las limitaciones o beneficios de los convenios de doble imposición³¹.

Ahora bien, no resulta ocioso resaltar que el contribuyente tiene derecho a conducir su actividad y estructurar sus negocios de la manera que mejor le convenga impositivamente, incluso, en un plano internacional, al aprovechar las ventajas fiscales que ciertas normas domésticas y los propios convenios de doble imposición provean. Una postura similar, anotó la Corte Suprema de Justicia de la Nación, al señalar que “por la misma razón que no es reprehensible el esfuerzo honesto del contribuyente para limitar sus impuestos al mínimo legal, no cabe desconocer al Estado la facultad de proscribir por ley de procedimientos, incluso jurídicos, susceptibles de reducir los gravámenes establecidos. Y es correcta la interpretación de tales normas de manera conducente a los fines de evitar que los impuestos sea eludidos, a que ellas responden, como lo ha señalado la jurisprudencia extranjera – conf. Paul y Martens, *The Law of Federal Income Taxation*, vol. 5º, pág. 853 y siguientes-” (Fallos 241:210)³².

Sin perjuicio de ello, el problema consiste en determinar cuál es el límite entre una situación que está admitida por la ley y una que no. Pensamos que la

³⁰ Figueroa, Antonio H.: “*El tratado para evitar la doble imposición internacional suscripto con Chile (primera parte)*”, *op. cit.*

³¹ OECD (2017), *Model Tax Convention on Income and on Capital: Condensed Version 2017*, OECD Publishing, párr. 55 (pág. 72). http://dx.doi.org/10.1787/mtc_cond-2017-en

³² Entre otras, la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos había expresado una opinión similar en “*Gregory v. Helvering*”, 293 U.S. 465 (1935): “*the legal right of a taxpayer to decrease the amount of what otherwise would be his taxes, or altogether avoid them, by means which the law permits, cannot be doubted*”.

evasión propiamente dicha, es decir, aquella que merece un sanción penal, resultaría *prima facie* más fácil de determinar. Sin embargo, y adentrándonos en la temática del trabajo, cuándo estamos en presencia de “abuso de tratado”, “elusión”, el “uso impropio de un tratado”, o de “*treaty shopping*”. En términos generales, algunos parecerían ser géneros de una misma especie, y, en el caso de la “elusión”, el resultado o la consecuencia de las otras. En definitiva, todos esos conceptos comprenden acuerdos o negocios del contribuyente con carácter abusivo, que le permiten asegurar una posición fiscal que estaba fuera del *espíritu* de las normas utilizadas, o, utilizando terminología de la OCDE, que esta fuera de su objeto y propósito.

Al respecto, Axel Verstraeten nos provee de varias definiciones para desgajar los lineamientos de este concepto. Así, para Pasquale Pistone el abuso de tratados es el “fenómeno en el cual un sujeto, para obtener un ahorro de impuesto, requiere los beneficios de un régimen convencional al cual no tendría derecho en razón de su situación sustancial”. Stef Van Weeghel, “entiende que el término uso impropio o abusivo de un tratado comprende aquellas situaciones en las que a) el contribuyente tiene la única intención de evitar el impuesto en uno o ambos Estados contratante, y b) dicha conducta desafía las expectativas fundamentales y objetivos comunes de ambos Estados, y, por lo tanto, el propósito del tratado en un sentido amplio”. Con respecto a Klaus Vogel, aclara que no define abuso de tratados, “pero sí el *treaty shopping* como una situación en la cual las transacciones son realizadas o entidades constituidas en otro Estado, con el único propósito de obtener beneficios de un tratado existente entre ese Estado y un tercer Estado, los cuales no estarían disponibles de otra forma. Asimismo, define el *rule shopping* como la situación en la que una persona a la cual un tratado le resulta aplicable (o no), quiere aplicar una determinada regla del tratado en vez de otra. Vogel se refiere a estas dos situaciones como planificación fiscal excesiva en relación con un tratado”³³.

Las practicas mediante las cuales se manifiesta el abuso de tratados son de las más variadas. Las más gráficas, y las que principalmente pretenden ser contrarrestadas por las recomendaciones propuestas por el reporte final de la Acción 6 de BEPS que referiremos en el Capítulo siguiente, son las comprendidas en el concepto de *treaty shopping*, que consiste básicamente en la utilización de un convenio por parte de un sujeto que no es residente de ninguno de los dos Estados contratantes. Esa práctica,

³³ Verstraeten, Axel A.: “El Abuso de Tratados: *Treaty Shopping* y ‘*Treaty Override*’”, en Asorey, Rubén O. – García, Fernando D. (directores), *Tratado de Derecho Internacional. Tributario*, Buenos Aires, La Ley, 2013, Tomo I, pág. 796.

usualmente, se materializa mediante la interposición de una sociedad en alguno de los dos Estados con el objeto de aprovechar los beneficios derivados del convenio y/o alguna particularidad de su normativa interna.

En tal sentido, las *sociedades conducto* les permiten a un residente de un tercer Estado aprovechar de la limitación o exención de la retención en el país de la fuente, en la oportunidad de la distribución o pago de dividendos, regalías o intereses; en general, se ubican en Estados que tienen una baja o nula tributación. Así, por ejemplo, un residente del Estado A resulta acreedor de alguno de esos conceptos de un sujeto residente en el Estado B, con el cual no existe convenio. Sin embargo, le transfiere esa acreencia a una tercera sociedad constituida y participada en su totalidad que es residente del Estado C, cuyas rentas no están gravadas y con quien el Estado B tiene un convenio. De esa forma, el residente del Estado A, que no es residente del Estado B y ni del C, crea una sociedad en éste último con la única finalidad de gozar los beneficios del tratado, ya sea una exención o una limitación de la retención en el país de la fuente.

En las sociedades trampolín o *stepping stone conduits*, utilizando en caso de las sociedades B y C, las rentas que obtiene esta última están gravadas, por ende, para reducir su carga tributaria realiza pagos de intereses, comisiones y honorarios, entre otros gastos deducibles a una sociedad conducto en el Estado D, de forma de reducir la base imponible en el Estado C, y las rentas percibidas por la sociedad D no están gravadas por aplicación de algún régimen preferencial vigente en dicho estado.

También existen casos de triangulaciones, en la que intervienen tres Estados. Una típica situación se identifica cuando “a) se obtienen dividendos, intereses y regalías del Estado de fuente (S), b) dichas rentas son atribuidas a un establecimiento permanente en el Estado P, y c) el establecimiento permanente depende de la casa matriz ubicada en el Estado R. En este caso, los Estados P y R tienen tratados vigentes entre sí, y con el Estado S, y P es un paraíso fiscal donde no se aplica el impuesto a la renta”³⁴. Si bien las situaciones de triangulaciones pueden dar lugar a situaciones reales de doble imposición, se prestan para realizar prácticas abusivas si las rentas no son gravadas adecuadamente; por eso, la OCDE recomienda que se establezcan previsiones que dispongan que no va a poder reclamar los beneficios de un convenio si las rentas obtenidas en el establecimiento permanente no “son gravadas normalmente”. El umbral de

³⁴ Verstraeten, Axel A.: *op. cit.*, pág. 800.

“normalidad” deberá ser determinado de conformidad con los criterios que los Estados partes consideren una tributación adecuada.

En definitiva, además de las descriptas, existen gran variedad de circunstancias que pueden dar lugar a situaciones abusivas, tales como situaciones de doble residencia derivadas de los distintos criterios utilizados para definir cuándo un sujeto es residente; la conversión de dividendos en intereses, con el objeto de aprovechar su tratamiento diferenciado y la posibilidad de su deducción; conflictos de calificación, como consecuencia de la utilización de figuras novedosas, de forma tal de que una misma transacción pueda tener una distinta calificación en uno y otro Estado; entre otras.

2.4. Medidas contra el abuso de Convenios de Doble Imposición

Al respecto, se han formulado distintas aproximaciones para contrarrestar los efectos de la utilización impropia o abusiva de convenios internacionales para evitar la doble imposición. En primer lugar, algunos Estados cuentan con normas anti-elusivas domésticas para limitar esas prácticas. Esas pueden consistir en normas generales expresas o doctrinas judiciales que se han desarrollado en algunos países que cumplen una finalidad semejante, por ejemplo, la denominada “*substance over form*”.

En un primer momento, y también en la actualidad, se cuestionó esa aproximación al considerar que podría derivar en un incumplimiento implícito del convenio (*treaty override*). Ello, en contradicción con lo establecido por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados que, en sus artículos 26 y 27, dispone que “todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe”, y que “una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”, respectivamente³⁵. Esta fue la postura originariamente sostenida por la OCDE. En tal sentido, según J. Vleggart, el comentario de 1977 al artículo 1 del modelo de convención de la OCDE establecía implícitamente que las normas domésticas anti-abuso no podían ser aplicadas a convenios de doble imposición, aun cuando los Estados encontraran que las conductas de los contribuyentes fueran abusivas. Sin embargo, en ese modelo definitivo de convenio, se introdujeron las previsiones relativas al “beneficiario efectivo” para aplicar las limitaciones de la retención en el Estado de la fuente en el caso de distribución y pago de dividendos, intereses y regalías. En los comentarios del año 1992 al modelo, se señaló que si las

³⁵ Ese tratado fue ratificado por la Argentina en el año 1972 por ley 19.865.

medidas anti-elusivas no están incluidas en el tratado, sus provisiones no pueden ser afectadas por aquellas. Ello, pese a destacar que muchos países consideraban que las doctrinas del estilo “*substance over form*” y las normas CFC sí resultaban aplicables a las consideraciones generales de los convenios de doble imposición³⁶.

Sin perjuicio de ello, la OCDE revisó su posición en el año 2003. En sus comentarios, se introdujo que prevenir la evasión y elusión fiscal también es uno de los propósitos de los convenios de doble imposición³⁷. Además, se incorporó un concepto de abuso de tratados y se eliminaron las menciones de que los Estados que quisieran aplicar su normativa interna anti-abuso, deberían incluirlo expresamente en los tratados. Destacó que existen dos aproximaciones a la temática. Por un lado, los Estados que consideran que cualquier situación de abuso de las cláusulas de un convenio pueden ser caracterizadas como un abuso en sí mismo de las normas domésticas sustantivas que establecen los tributos. En consecuencia, la aplicación en el caso de normas anti-elusivas implicaría, en esencia, una recalificación de las normas que estipulan la obligación tributaria, y, por tales motivos, no habría obstáculos normativos derivados de la aplicación del convenio³⁸. Por otro lado, hace referencia a los Estados que consideran al abuso como un abuso del tratado en sí mismo; en este caso, se parte de una interpretación sistemática de los convenios, a partir de una interpretación de *buena fe* del “objeto y el propósito” del convenio, que les permite dejar de lado aquellas transacciones reputadas como abusivas³⁹. En definitiva, destacan que hay un acuerdo con respecto a que “los Estados no tienen por qué conceder los beneficios de un convenio de doble imposición cuando se hayan hecho manejos que constituyan un uso abusivo de las disposiciones del mismo”⁴⁰; y que muchas formas de abuso pueden ser combatidas mediante doctrinas del tipo “*substance over form*” o “*economic substance*” o normas generales anti-abuso⁴¹.

También, se estableció un principio rector o *guiding principle* para determinar cuándo un acuerdo o negocio sería abusivo: “no se deben conceder los beneficios de un convenio de doble imposición cuando uno de los principales objetivos

³⁶J. Vleggeert: “*Abuse of Tax Treaties: A Discussion of Recent Court Cases in Various Countries with Opposite Outcomes*”, Conference paper, to be published in: R. Danon, Double Taxation Conventions: Latest Developments, 3rd Symposium of International Tax Law. Schulthess, Zurich 2010. <https://openaccess.leidenuniv.nl/handle/1887/37150>

³⁷ OECD (2010), *Modelo de Convenio Tributario sobre la Renta y sobre el Patrimonio: versión abreviada*, comentario al artículo 1, par. 7.

³⁸ *op. cit.*, par. 9.2.

³⁹ *op. cit.*, par. 9.3.

⁴⁰ *op. cit.*, par. 9.4.

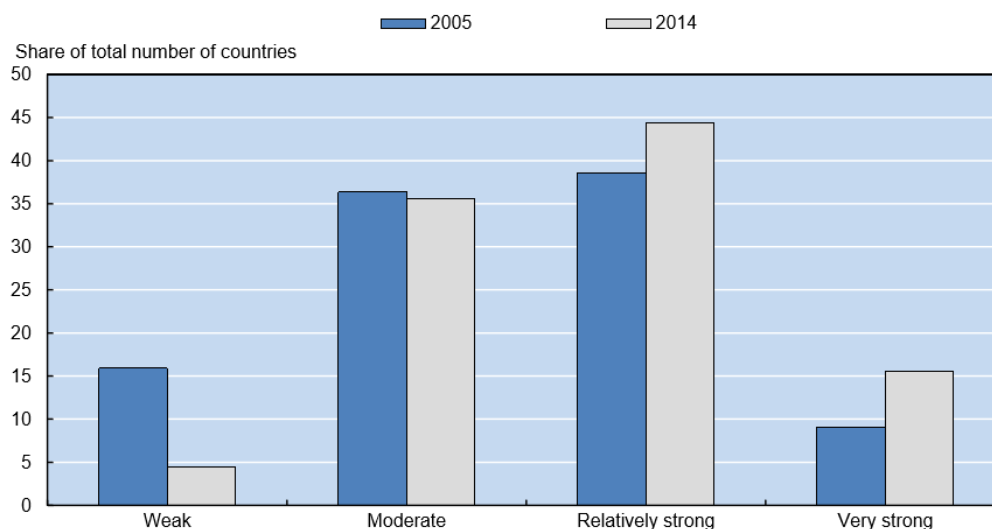
⁴¹ Aun así, la utilización de este tipo de herramientas en casos en los que media un convenio de doble imposición, es variada. (cfr. Verstraeten, Axel A.: *op. cit.*,pág. 820/821).

para realizar determinadas operaciones o manejos es garantizar una posición fiscal más favorable y conseguir ese tratamiento fiscal más favorable en dichas circunstancias sea contrario al objeto y propósito de las disposiciones en cuestión”⁴². Asimismo, se estableció la posibilidad de incluir otras herramientas aplicables a la materia, como la del “beneficiario efectivo”, “el levantamiento del velo societario”, las cláusulas de “sujeción a impuesto”, e incluso la posibilidad de incluir la cláusulas de “limitación de beneficios”, que ya eran utilizadas en los tratados de los Estados Unidos⁴³.

Como puede observarse en el cuadro siguiente⁴⁴, ha existido una clara tendencia en los últimos años a reforzar las medidas anti-elusivas, ya sea, mediante la incorporación de normas generales o específicas con ese propósito. Al respecto, se ha sugerido que estas medidas tienen un efecto en cómo las empresas multinacionales desarrollan sus estrategias de planificación fiscal, reducen el impacto de esas prácticas, y, también producen cambios en la tasa efectiva del impuesto a las ganancias corporativas, en tanto reducen la manipulación de la localización de las deudas y de las patentes⁴⁵.

Figure 1. Illustrative classification of anti-avoidance rules¹

Distribution of countries by degree of strength of anti-avoidance rules and withholding taxes



1. 15% of countries in the sample (which includes all OECD and G20 countries) had “very strong” anti-avoidance rules in 2014. A “very strong” anti-avoidance rule corresponds to a score of 7-8 on the 0-8 classification presented in this paper. A “relatively strong” rule corresponds to a score of 5-6, a “moderate” to 3-4 and “weak” to 0-2. The classification does not reflect the enforcement of existing rules.

⁴² *op. cit.*, par. 9.5.

⁴³ *op. cit.*, párrafos 12 a 21.

⁴⁴ OCDE, Åsa Johansson, Øystein Bieltvedt Skeie and Stéphane Sorbe: “*Anti-Avoidance Rules Against International Tax Planning: A Classification*”, Economics Department Working Papers No. 1356, ECO/WKP(2016)80, del 19 de diciembre de 2016, pág. 10.

⁴⁵ *op. cit.*, pág. 5.

En suma, el contexto en materia de convenios de doble imposición y su utilización eventualmente fue cambiando, flexibilizando el accionar estatal para contrarrestar conductas no deseadas, elaborando normas y perfeccionando doctrinas que habilitaran a las autoridades fiscales a limitar los efectos impositivos nocivos de los acuerdos o negocios internacionales llevados adelante por los contribuyentes. Con anterioridad al 2003, ya habían existido precedentes que demarcaban esa tendencia, como por ejemplo, el reporte denominado “Harmfull Tax Competition” de 1998, y la proliferación de los tratados bilaterales (y, eventualmente, el multilateral) de intercambio de información. En este contexto de la materia, sumado a la situación económica financiera internacional derivada de la última crisis de 2008/2009, es que emerge la iniciativa BEPS, y, particularmente, la Acción 6 que se va a desarrollar en el capítulo siguiente.

3. BEPS Acción 6 - “Impedir la utilización abusiva de convenios fiscales”.

3.1 Aspectos Generales.

El plan de acción de BEPS, como ya señalamos, identificó 15 acciones sobre la base de 3 pilares: lograr coherencia entre las normas domesticas que afectan a las actividades transnacionales, reforzar requerimientos de substancia en los estándares internacionales existentes, y mejorar en materia de transparencia, así como en certeza.

En cuanto esta Acción 6 interesa, *Impedir la Utilización Abusiva de Convenios Fiscales*, los grupos de trabajo del proyecto BEPS se centraron particularmente en el *treaty shopping* como una de las fuentes de mayor preocupación. Al respecto, se señaló que el objetivo final propuesto por esta acción no es meramente insertar normas anti *treaty shopping* en los convenios, sino ponerle fin al *treaty shopping* en sí mismo⁴⁶. Ello, pues se consideró que los sujetos que se embarcan en este tipo de prácticas socavan la soberanía fiscal de los Estados, al aprovecharse de los beneficios de un tratado internacional de doble imposición (TDI) en circunstancias para las que no se había previsto, perjudicando sus arcas fiscales. Este tipo de prácticas, sin embargo, pueden ser de las más variadas y no se limitan a situaciones de *treaty shopping*.

La Acción 6 planteó un acercamiento a esta problemática a través de distintas estrategias:

1. Incluir una declaración expresa en los tratados internacionales que explicita que la intención de los países es evitar que se creen oportunidades de no imposición o una imposición reducida, a través de mecanismos evasivos o elusivos.
2. Establecer una cláusula específica anti-abuso (*Specific Anti Abuse Rule* - SAAR-). Concretamente una cláusula de limitación de los beneficios (LOB, en inglés), que restrinja el acceso a los beneficios del tratado solamente a personas o sujetos que cumplan una serie de condiciones que van a incluirse en el Modelo de Convenio de Doble Imposición de la OCDE; en general, vinculadas a una cuestión de propiedad y participación societaria, y las actividades de las entidades.

⁴⁶ OECD (2019), *Prevention of Treaty Abuse - Peer Review Report on Treaty Shopping: Inclusive Framework on BEPS: Action 6*, ya citado, pág. 14.

Ello, de forma tal de poder determinar si realmente existe un vínculo entre la entidad que concretamente se encuentre bajo análisis con uno de los Estados parte del Convenio.

3. Por último, establecer una cláusula general anti-abuso (*General Anti Abuse Rule* -GAAR-), que pueda funcionar como una última contención frente a situaciones que no hubieran quedado comprendidas en las otras dos. Concretamente, se trata de establecer en los convenios la denominada prueba o regla del propósito principal de la operación (*principal purpose test* -PPT rule-), que tiene como objeto determinar si una transacción o negocio (o serie de transacciones y negocios) tiene como uno de sus propósitos principales obtener los beneficios del tratado; pues, en tal caso, esos beneficios podrían ser denegados, salvo que se pueda establecer que conceder esos beneficios está de acuerdo con el objeto y propósito del tratado.

En el reporte, se estima que los Estados pueden llegar a considerar que no sea necesario adoptar las tres estrategias de manera simultánea, pues cada convenio se ha negociado y redactado de una manera diferente, y es posible que muchos países ya tengan algún tipo de prescripción normativa del estilo en su ordenamiento interno, de manera tal que no sea necesario incorporar cada una de ellas. Sin embargo, los participantes de la iniciativa han llegado a un acuerdo relativo a un *standard mínimo* de adopción: establecer en sus tratados de doble imposición, es decir, los que ya están en vigencia y los que se negocien en el futuro, una declaración expresa que manifieste su voluntad de eliminar la doble imposición sin crear oportunidades para la doble no imposición y baja tributación a través de la evasión o la elusión tributaria. Asimismo, proponen distintas alternativas para la adopción de las propuestas formuladas por el grupo de trabajo: 1º) una combinación entre una cláusula de limitación de beneficios y el test del propósito principal; 2º) únicamente el test del propósito principal; y 3º) la cláusula de limitación de beneficios con algún tipo de mecanismo para lidiar con los arreglos de financiamiento a través de sociedades conducto⁴⁷.

⁴⁷ OECD (2016), *Impedir la utilización abusiva de convenios fiscales, Acción 6 – Informe final 2015*, Éditions OCDE, París, pág. 20. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.1787/9789264257085-es>

Para arribar a esas conclusiones, el grupo de trabajo estructuró el reporte final de la Acción 6, partiendo de la base de 3 aproximaciones: A) la primera vinculada a nuevas normas o modificaciones a introducir en los tratados de doble imposición, B) la segunda tiene como objeto clarificar que no está dentro de las intenciones u objetivos de los tratados de doble imposición crear condiciones para generar la doble no imposición; y C), consideraciones de política fiscal que los Estados deben tener en cuenta al momento de celebrar un tratado de doble imposición. Las propuestas de este reporte se canalizaron de distintas formas, especialmente, en modificaciones al Modelo de Tratado de Doble Imposición de la OCDE y sus comentarios. Cabe recordar que los comentarios al modelo fueron modificados en varias oportunidades, y tienen un valor interpretativo relevante a la hora de atender a conflictos que surgen en casos concretos vinculados a la aplicación de un tratado de doble imposición que se ha negociado con base en ese modelo⁴⁸.

3.2. Consideraciones de Política Fiscal

En tal sentido, nos parece interesante comenzar el análisis del reporte por la última sección vinculada a las consideraciones de política fiscal que un Estado debe tener en cuenta al momento de celebrar un tratado del estilo, o, incluso, para evaluar si algún tratado que está en vigencia debe ser modificado o terminado. Así, se propuso incorporar una nueva sección al respecto en los comentarios de la introducción al Modelo de Tratado aprobado por la OCDE, tal como se ha reflejado en el último Modelo publicado en el año 2017⁴⁹.

En esencia, se señaló que como este tipo de tratados tiene como objetivo evitar casos de doble imposición, lo primero que debe evaluar un Estado es determinar si existen casos concretos en los que ello ocurre en los vínculos comerciales con ese otro Estado con quien se tiene intención de negociar; y, en su caso, la entidad o relevancia de esos casos. Asimismo, y a *contrario sensu* de lo expuesto anteriormente, los Estados deben evaluar si existe la posibilidad de que, en el caso de que se suscriba el tratado,

⁴⁸ Asimismo, cabe señalar que la relevancia de los comentarios excede aquellas situaciones que se enmarcan en los tratados de doble imposición inspirados en el modelo de la OCDE. En Argentina, por ejemplo, los tribunales especializados en la materia han tomado como referencia tanto los comentarios a ese Modelo como las Directrices en materia de precios de transferencia en casos en los que resulta aplicable exclusivamente la legislación interna o en casos de convenios basados en un modelo distinto al de la OCDE (cfr., a modo de ejemplo, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala III, en Expte. nro. 17157/2012 “*Toyota Argentina SA (TF 26860-I) C/DGP*”, del 8 noviembre de 2012; y Tribunal Fiscal de la Nación, Sala D, “*Molinos Río de la Plata s/ recurso de apelación*”, 14/08/2013).

⁴⁹ Págs. 12 a 14.

pudieran emerger casos de doble imposición. Ello es así, debido a que el mecanismo que utilizan estos tipos de convenios para evitar la doble imposición, es decir, la distribución de potestades de imposición entre los Estados, se realiza sobre la base de que, en general, cuando un Estado restringe su potestad de gravar una determinada materia lo hace bajo el supuesto de que es gravada por el otro Estado. Una vez determinada la existencia de riesgos de doble imposición, los Estados deben ponderar su relevancia, pues muchos de esos casos pueden tener solución bajo las previsiones normativas que generalmente están regladas en las normas domésticas de cada Estado a través del método de la exención o del crédito fiscal. En la legislación de Argentina, a modo de ejemplo, esas normas se encuentran en los artículos 168, y concordantes, de la ley de Impuesto a las Ganancias, utilizando el mecanismo del crédito fiscal por impuesto análogo pagado en el exterior respecto de la renta de fuente extranjera⁵⁰.

Otro punto, constituye determinar si existe un riesgo concreto de que la imposición en el Estado de la fuente resulte excesiva, en particular, a través de tipos de retención muy altos. En este caso, si hay un interés del Estado contratante en consolidar los vínculos comerciales e impulsar su desarrollo, dicha imposición excesiva podría ser corregida por las estipulaciones típicas de los convenios para evitar la doble imposición.

Por otro lado, el reporte destaca como un elemento adicional de relevancia el efecto que puede tener la cláusula prevista en el artículo 24 del Modelo de la OCDE que protege las inversiones extranjeras contra el trato discriminatorio, otorgando un ámbito mayor de protección y certeza a los contribuyentes de cada Estado contratante. Además, también se plantea como elemento de análisis, la predisposición del otro Estado a colaborar en materia administrativa, es decir, cuán dispuestos están a prestar asistencia administrativa y cuál es, concretamente, la capacidad del otro Estado de prestar ese tipo de asistencia para promover la recaudación impositiva del otro.

Sin embargo, si los riesgos de doble imposición no son considerables, se destaca que no es necesario celebrar este tipo de tratados para mejorar y promover la cooperación y la asistencia administrativa, ya que es posible acceder a ese tipo de medidas por otro tipo de acuerdos circunscriptos a esa materia, tal como la Convención Multilateral de Asistencia Administrativa Mutua en materia impositiva que ha sido

⁵⁰ Ley 20.628 (texto ordenado por Decreto 649/97 – Boletín Oficial: 6 de agosto de 1997).

promovida por la OCDE y el Consejo de Europa, y tiene la adhesión de más de 127 países⁵¹.

Esas mismas consideraciones, deben ser tenidas en cuentas respecto de aquellos tratados que se encuentran en vigencia, con el objeto de constatar si durante la vida de ese acuerdo han surgido elementos que hayan dado lugar a problemas BEPS; es decir, a situaciones de erosión de la base imponible y/o el traslado de beneficios; en particular, derivadas de modificaciones en la legislación interna de alguno de los Estados parte. Para el caso de que existan esas preocupaciones, el reporte propone establecer ciertas prescripciones en los tratados para proteger su base imponible por medio de restricciones que permita al Estado evitar que el contribuyente goce de los beneficios del tratado cuando “se beneficien de ciertas normas tributarias preferenciales o respecto de cambios drásticos que pueda introducir el otro Estado contratante en su legislación interna una vez firmado el convenio”⁵². En Argentina, se ha creado recientemente una “Comisión Evaluadora de Convenios Tributarios internacionales” con el objeto de evaluar iniciativas para suscribir nuevos convenios, y de renegociar o denunciar aquellos que se encontraran vigentes⁵³.

Al respecto, cabe señalar que los países en vías de desarrollo son los principales interesados en realizar este tipo de evaluaciones, porque, como ya se ha precisado, los convenios de doble imposición no constituyen el único mecanismo para limitar los problemas de doble imposición. Ello, pues si esa es la finalidad que los Estados exclusivamente quieren alcanzar, existen medidas unilaterales que pueden satisfacer el mismo objetivo con resultados equivalentes, sin que el país receptor de las inversiones, es decir, el país de la fuente, restrinja su potestad tributaria en beneficio del país de la residencia, tal como ocurre en la estructuración típica de los modelos de Convenios de Doble Imposición de la OCDE y de Naciones Unidas. En tal sentido, en aquellas situaciones donde las relaciones bilaterales no sean simétricas, es decir, en las que intervenga un país desarrollado y un país en vías de desarrollo, se debería hacer un balance de cuáles son los beneficios concretos que un tratado de doble imposición puede aportar a esa relación; concretamente, el país en vías de desarrollo debería analizar si está

⁵¹ https://read.oecd-ilibrary.org/taxation/the-multilateral-convention-on-mutual-administrative-assistance-in-tax-matters_9789264115606-en#page2; <http://www.oecd.org/tax/exchange-of-tax-information/mauritania-joins-international-efforts-against-tax-evasion-and-avoidance.htm>

⁵² OECD (2016), *Impedir la utilización abusiva de convenios fiscales*, Acción 6 – Informe final 2015, pág. 102.

⁵³ Resolución Conjunta del Ministerio de Hacienda y de Relaciones Exteriores y Culto nro. 2 del 17 de octubre de 2018 (Boletín Oficial: 22 de octubre de 2018).

dispuesto a resignar recaudación fiscal para aumentar la inversión extranjera y en qué medida⁵⁴.

Por ejemplo, en oportunidad de comentar un pronunciamiento del Tribunal Fiscal de la Nación al que haremos referencia más adelante, el doctor Antonio Figueroa señaló que durante las negociaciones del Convenio de Doble Imposición llevadas a cabo con Chile en la década de 1970, las partes adoptaron una estructura diametralmente opuesta al modelo de Tratado de la OCDE. Allí se adoptó como criterio rector el principio exclusivo de la fuente, porque ambas partes entendían que era el más adecuado a los intereses legítimos de los países de la región. Incluso, destacó que ambas comitivas participaron en la reunión del Grupo de Expertos de Naciones Unidas celebradas en Ginebra en 1979 en las que se aprobó el primer modelo de Tratado para Evitar la Doble Imposiciones de la Organización de las Naciones Unidas, pese a sus severas críticas al articulado propuesto⁵⁵. Este mismo autor, suele destacar el trabajo del profesor Philip Himmermann, de la Universidad de Hamburgo, que “tomando en cuenta nuestras apreciaciones acerca de las implicancias reales de los CDI evaluó (...), los efectos del tratado suscripto entre Argentina y Alemania federal, demostrando que el primero resignó recaudación a favor de Alemania y que ello no se vio compensado por nuevas o mayores inversiones en Argentina”⁵⁶.

3.3. Modificaciones propuestas en los Convenios de Doble Imposición.

El reporte de la Acción 6 de BEPS, establece como objeto principal prevenir que personas o entidades no se aprovechen de los beneficios de un tratado en circunstancias inadecuadas. Ello, en general, ocurre en dos tipos de situaciones: A) aquellas en las que se quieren eludir las limitaciones previstas en los propios tratados; y, B) aquellas circunstancias en las que se aprovechan de las cláusulas un tratado para evitar o eludir la aplicación de una norma doméstica. En tal sentido, si bien el informe hace una aproximación más amplia de la temática, como ya señalamos, en este trabajo vamos a

⁵⁴ Al respecto, y para profundizar, cfr. Dagan, Tsilly: “*The Tax Treaties Myth*”, 32 N.Y.U. J. INT’L LAW & POL. 939, 2000; y, Baistrocchi, Eduardo: “*The use and interpretation Tax Treaties in the Emerging World: Theory and Implications*”, British Tax Review, 2008, págs. 379/380.

⁵⁵ Figueroa, Antonio H.: “*El convenio argentino-chileno para evitar la doble imposición internacional: el caso ‘Molinos Rio de la Plata S.A.’*”, Thomson Reuters, PET 2014 (febrero-533), 1.

⁵⁶ Figueroa, Antonio H.: “*Finalidad y evolución de los CDI – Trataos Tributarios Amplios para Evitar la Doble Imposición Internacional*”, en Asorey – García, *op. cit.*, pág. 645.

puntualizar en las propuestas que tienen por objeto lidiar con aquellos casos en los que una persona intenta eludir las limitaciones previstas en el propio convenio.

Al respecto, cabe recordar que el primer requisito para poder acceder a los beneficios de un CDI, es que la persona o entidad sea “residente” de, aunque sea, uno de los dos Estados parte del Tratado. Es decir, que la residencia en uno de los dos Estados parte, de conformidad con la ley doméstica de cada país, funciona como la puerta de entrada a los beneficios regulados en las cláusulas de estos tratados. Sin embargo, algunos contribuyentes tienen acceso a estructuras complejas de planificación fiscal que les permiten gozar de los beneficios que un CDI puede ofrecer, sin reunir ellos mismos la calidad de residentes de alguno de los países miembro de ese tratado. Es por ello, que el reporte enfoca su análisis en el *treaty shopping*, que típicamente comprende a aquellos casos en los que personas o entidades que son residentes de un tercer estado acceden indirectamente a los beneficios de aquel. Obviamente, esta no es una práctica novedosa. Como ya señalamos, la OCDE ya había tomado nota de ellas y en 1977, como una primera medida, había introducido el concepto de “beneficiario efectivo” en su Modelo de CDI, para contrarrestar ese tipo de conductas. De esta forma, se pretende constatar que la persona o entidad que reciba el pago de dividendos, intereses o regalías sea el beneficiario efectivo o final de la renta, tal como está regulado en los artículos 10, 11 y 12 del Modelo de Tratado de Doble Imposición de la OCDE y de Naciones Unidas. Como se comentó, con el pasar de los años, y tal como se aclara en el reporte, la OCDE llevó a cabo varios estudios y elaboró distintos informes⁵⁷ que derivaron en la inclusión y modificación de los comentarios al artículo 1 del Modelo, y la modificación en el año 2014 de aquellos artículos a fin de clarificar los pormenores del concepto “beneficiario efectivo”; ello así, pues esa medida anti elusiva resulta útil para contrarrestar la interposición de un agente que está obligado a pasar la renta que fluye a través de él, pues no es el “verdadero” titular de aquella. No obstante, existen otros tipos de prácticas elusivas que no pueden ser limitadas con ese tipo de medidas.

Frente a este tipo de maniobras disvaliosas, tales como el *treaty shopping*, el Reporte final de la Acción 6 propuso tres tipos de medidas para evitarlas:

⁵⁷ 1998 reports on Double Taxation ante the Use of Base Companies and Double Taxation and the Use of Conduit Companies; 1998 report of Harmful Tax Competition; an Emerging Global Issue, entre otros.

3.3.1. Título y Preámbulo de los Convenios de Doble Imposición.

La intención de declarar expresamente que entre los objetivos del convenio se encuentra prevenir la doble imposición o la imposición reducida a través de la elusión fiscal; específicamente, evitar la creación de oportunidades para el *treaty shopping*.

Al respecto, cabe recordar que el propósito principal de los tratados de doble imposición, o por lo menos su propósito originario, era prevenir o evitar la doble imposición, y así se reflejó en los borradores y el modelo de 1963 y 1977, respectivamente. Sin embargo, en este último, se introdujo en los comentarios del artículo 1 que los tratados no deberían contribuir a la elusión o evasión. En el año 2003, se aclaró expresamente en el modelo de la OCDE que uno de los propósitos de los Convenios de Doble Imposición era prevenir la elusión y la evasión.

En esta oportunidad, el informe final de este reporte BEPS se propuso incluir modificaciones con ese objeto, tanto en el título del Modelo de Tratado como en el preámbulo. En efecto, en la versión de 2017 del Modelo, que ya adoptó en parte estas propuestas, se estableció como título: “*Convención entre (Estado A) y (Estado B) para eliminar la doble imposición con respecto a los impuestos a la renta y el capital y la prevención de la evasión y elusión fiscal*”⁵⁸. Por otra parte, y a diferencia de lo que ocurría en los modelos anteriores en los que se hacía una sugerencia mediante una nota al pie del modelo, en el actual preámbulo del modelo se expresó que el “(Estado A) y (Estado B), deseando seguir desarrollando las relaciones económicas y para mejorar la cooperación en materia tributaria, con la intención de acordar una Convención para la eliminación de la doble imposición con respecto a los impuestos a la renta y el capital sin crear oportunidades para la no imposición o una reducción en la imposición a través de la evasión y elusión (incluyendo arreglos o estructuras de *treaty shopping* con la finalidad de obtener los beneficios provistos en esta Convención para el beneficio indirecto de residentes de terceros países), han acordado lo siguiente:...”⁵⁹ (el subrayado no es del original).

⁵⁸“Convention between (State A) and (State B) for the elimination of double taxation with respect to taxes on income and on capital and the prevention of tax evasion and avoidance”; OECD (2017), *Model Tax Convention on Income and on Capital: Condensed Version 2017*, OECD Publishing. http://dx.doi.org/10.1787/mtc_cond-2017-en (traducción libre).

⁵⁹ “(State A) and (State B), Desiring to further develop their economic relationship and to enhance their cooperation in tax matters, Intending to conclude a Convention for the elimination of double taxation with respect to taxes on income and on capital without creating opportunities for non-taxation or reduced

Al respecto, Luc De Broe y Joris de Luts señalaron que, en la actualidad, el modelo de la OCDE se limita de distribuir potestad tributaria entre los Estados parte sin interferir en la forma en que los países la ejercen mediante su legislación doméstica. Es decir, que uno de los Estados al que le fue otorgada la potestad exclusiva de gravar a través del CDI puede decidir no ejercerla, dando lugar a situaciones de doble no imposición respecto de las cuales no puede decirse que no se encuentren en conformidad con el objeto y propósito de las provisiones de ese CDI⁶⁰. En consecuencia, señalan que al proponer la incorporación de tales términos en el título y preámbulo del Tratado, la OCDE espera que de aquí en adelante los tribunales interpreten los Tratados a la luz de esos objetivos⁶¹. Sin embargo, destacan que “como los tratados solo distribuyen potestad tributaria sin obligar a los estados a ejercer esas competencias, no se puede argumentar que un objetivo de los tratados de doble imposición sea la prevención de la doble no imposición. Por lo tanto declaraciones vagas en el título y/o en el preámbulo de un tratado bilateral de doble imposición que el objetivo de un tratado constituye la prevención de la elusión fiscal o la doble no imposición causadas por estrategias elusivas puede resultar injustificado y va a ofrecer una guía poco práctica para las administraciones tributarias y las cortes con respecto a cómo determinar los términos del tratado para prevenir la elusión fiscal”; máxime, cuando de conformidad con el derecho internacional, el objeto y el propósito del tratado no puede dejar de lado las provisiones sustantivas del propio tratado⁶². Sin perjuicio de ello, también se ha señalado que esas incorporaciones pueden eventualmente resultar de utilidad⁶³.

taxation through tax evasion or avoidance (including through treaty-shopping arrangements aimed at obtaining reliefs provided in this Convention for the indirect benefit of residents of third States), Have agreed as follows:” (traducción libre).

⁶⁰ Luc De Broe y Joris de Luts: “*BEPS action 6: Tax Treaty Abuse*”, 43 Intertax, Issue 2, 2015, parr. 56. Disponible en: https://library.cronerico.uk/iectr-wkus_tal_15926-2015043002-klicchictaxi430201.

⁶¹ *op. cit.* par. 58.

⁶² *op. cit.* parr. 59 y 60.

⁶³ Brauner: *op. cit.*, pág. 1006.

3.3.2. Cláusula de limitación de beneficios (LOB rule).

Al respecto, el grupo de trabajo propuso la incorporación en los tratados de doble imposición, y, obviamente, en el Modelo de la OCDE, una cláusula específica que limita el acceso a los beneficios del tratado de que se trate aun cuando la persona física o jurídica sea considerada residente de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1 del tratado respectivo⁶⁴. Es decir, que con este tipo de normas se pretende limitar el ámbito subjetivo de aplicación de un tratado. En términos generales, el primer artículo de este tipo de convenios internacionales es el que regula cuándo una persona es considerada “residente” de uno de los dos Estados parte, de forma tal que pueda reclamar y obtener los beneficios del tratado. Sin embargo, con la introducción de este nuevo artículo, la persona no solo debe ser residente de uno de los Estados parte, sino que también debe reunir los requisitos estipulados por esta reglamentación, y, de esa forma, constituirse en una “persona calificada” para acceder a los beneficios del tratado.

En los hechos, constituye una limitación con una aproximación más objetiva a la aplicación del artículo 1 del convenio con la finalidad de determinar la substancia de la conexión del contribuyente con el Estado de su residencia. Esos pormenores, al estar estipulados de un modo concreto en la norma, otorgan a este tipo de medidas anti-elusivas un mayor grado de certeza con respecto a otras. Sin embargo, se ha destacado que su aplicación puede resultar particularmente compleja, especialmente para las autoridades fiscales de los países en desarrollo⁶⁵. La sociedad civil se ha expresado en un sentido análogo, es decir, destacando las dificultades que pueden generar este tipo de cláusulas; en particular, por las oportunidades de *treaty shopping* y la complejidad tanto para las autoridades fiscales como para los contribuyentes⁶⁶.

El reporte, propone dos versiones de ese artículo, cuyos pormenores y precisiones obviamente están libradas a lo que en definitiva consideren necesario los Estados durante el proceso de negociación. Sin perjuicio de ello, a continuación se transcribe el modelo simplificado de artículo que propone el reporte:

⁶⁴ Las cláusulas de limitación de beneficios no constituyen una novedad en el ámbito de la tributación internacional, toda vez que Estados Unidos, Japón, India y México la suelen incorporar en su red de CDI's. En efecto, Estados Unidos fue de los primeros países en proponer este tipo de normas debido a la preocupación generada al constatar que residentes de terceros países, pudieran obtener los beneficios de un TDI mediante la interposición de una sociedad constituida en un Estado parte. En consecuencia, para “combatir ese abuso, los Estados Unidos han incluido cláusulas de limitación de beneficios en sus tratados de doble imposición desde 1970” (Stone, Mark: “LOB Provisions in the 2015 Draft U.S. Model Tax Treaty”, Tax Notes Int'l, Volumen 80, Nro. 7, Noviembre 16, 2015, p. 626 –traducción libre-).

⁶⁵ Luc De Broe y Joris de Luts: *op. cit.*, parr. 18.

⁶⁶<https://bepsmonitoringgroup.wordpress.com/2015/06/16/comments-on-beps-action-6-prevent-treaty-abuse/>

ARTÍCULO X

ACCESO A LOS BENEFICIOS

1. Disposición que denegaría los beneficios del convenio a un residente de un Estado contratante que no sea una “persona calificada” de acuerdo con el apartado 2.

2. Definición de las situaciones en que un residente de un Estado contratante sería una “persona calificada”, que incluiría:

- a) Una persona física;*
- b) Un Estado contratante, sus subdivisiones políticas y entidades de su propiedad;*
- c) Ciertas entidades que cotizan en bolsa y sus filiales;*
- d) Ciertas entidades sin ánimo de lucro o fondos de pensiones;*
- e) Otras entidades que cumplan determinados requisitos de propiedad;*
- f) Ciertos instrumentos de inversión colectiva.*

3. Disposición que otorgaría los beneficios del convenio respecto de ciertas rentas obtenidas por una persona que no constituya una persona calificada siempre y cuando dicha persona ejerza activamente una actividad económica en su Estado de residencia y la renta en cuestión se obtenga en relación con esa actividad o sea incidental a la misma.

4. Disposición que otorgaría los beneficios del convenio a una persona que no constituya una persona calificada siempre y cuando la entidad se encuentre participada al menos en un porcentaje determinado por personas que puedan acogerse a beneficios equivalentes.

5. Disposición que permitiría a la autoridad competente de un Estado contratante conceder los beneficios del convenio a una persona a la que, de otra manera, se le denegarían de acuerdo con los apartados 1 a 4.

6. Definiciones aplicables a efectos de los apartados 1 a 5⁶⁷.

⁶⁷ Texto de la versión en castellano del Reporte Final: OCDE (2016), *Impedir la utilización abusiva de convenios fiscales, Acción 6 – Informe final 2015, Proyecto de la OCDE y del G-20 sobre la Erosión de la Base Imponible y el Traslado de Beneficios*, Éditions OECD, Paris, págs. 21 y ss. <http://dx.doi.org/10.1787/9789264257085-es>.

Como se puede observar de las distintas prescripciones que establece el artículo propuesto por la Acción 6, se deben cumplir ciertas condiciones que demuestren la vinculación de un determinado sujeto con alguno de los Estados contratantes. Ello es así, porque el objeto de este tipo de tratados es que puedan aprovecharse de él quienes verdaderamente desarrollen algún tipo de actividad en ellos o incentivar a que eso suceda, en aras de promover el desarrollo económico y aumentar las relaciones entre ambos Estados. Los primeros apartados del inciso 2, *a priori*, no ofrecen demasiadas complicaciones porque hacen referencia a una condición objetiva del sujeto de que se trata, por ejemplo: un individuo o un estado contratante, y sus subdivisiones políticas. Sin embargo, a continuación se puede observar la estipulación de los fondos de pensión e instrumentos de inversión colectiva (CIV's, por sus siglas en inglés), cuyos pormenores estarán sujetos a cuestiones muy particulares de la realidad e intereses de cada país, y al tratamiento tributario que esas categorías de contribuyentes tengan en cada uno de ellos⁶⁸. Asimismo, se establece el *test* denominado habitualmente “test de propiedad y de erosión de la base”, para el caso de que el residente sea una persona distinta a una persona física. Así, ese sujeto podrá ser considerado una persona *calificada* y así acceder a los beneficios del Tratado, cuando las personas que sean los propietarios de una parte sustancial de los beneficios cumplan con alguna de las condiciones estipuladas en los apartados del 1 al 4 (apartado e)), es decir, sean personas calificadas⁶⁹.

Por otra parte, también se establecen algunas excepciones a la regla establecida en este nuevo artículo, es decir, que, en ciertas circunstancias, se podrán otorgar los beneficios del Tratado a personas consideradas residentes pero que no reúnen la calidad de persona “calificada”. En el tercer párrafo del artículo, se prevé esa excepción cuando un residente de un Estado lleve adelante un actividad económica de manera activa en el Estado contratante de su residencia, y solo respecto de la renta obtenida por esa actividad; debe haber una relación sustancial entre la actividad desarrollada en el país de la residencia y la actividad que se lleva cabo en el otro país contratante donde se obtiene la renta en cuestión, y esa renta se obtenga en relación a esa actividad o sea incidental.

⁶⁸ Al respecto de los Instrumentos de Inversión Colectiva (IIC), cabe señalar que si bien la inclusión de una norma expresa está sujeta a la decisión que, en definitiva, tomen los países contratantes, los comentarios expresan que probablemente sea necesario regularlos en este artículo, pues de lo contrario no estarían incluidos en ninguno de los otros incisos. Ello pues, en general, no cotizan en bolsa, los titulares de los derechos son residentes de terceros países, etc. (comentario nro. 31).

⁶⁹ En los comentarios al artículo, se señala que si bien el texto hace referencia (o está pensado) particularmente para las sociedades privadas, también resultaría aplicable a los fideicomisos o *trusts*; y, a los fines de determinar la participación de los beneficiarios en el fideicomiso, en vez de las acciones se tendrían que considerar los derechos de participación en el fideicomiso (comentario nro. 27).

También, un residente que no sea considerado persona “calificada” en los términos el convenio podrá acceder a los beneficios de aquel, respecto de un elemento de renta, cuando personas que sean “beneficiarios equiparables” posean más del 75% de los derechos a los beneficios del sujeto residente. Ello ocurre cuando el beneficiario pudiera acceder a un beneficio mejor o similar si el elemento de renta de que se trate hubiera fluido directamente hacia él beneficiario⁷⁰.

El último inciso del artículo prevé otra excepción, que aplica tanto cuando el residente de uno de los Estados contratantes no solo no es una persona calificada en los términos expuestos, sino que tampoco podría acceder a los beneficios del tratado de conformidad con las dos causales excepcionales descriptas anteriormente (es decir, residentes que desarrollen una actividad económica de manera activa o que resulten “beneficiarios equiparables”). En este caso, un residente puede solicitar a la autoridad competente del Estado al que se le reclama la aplicación de los beneficios del tratado. Este apartado, establece que las autoridades del Estado requerido deberán consultar con las de la contraparte, y analizar si - de conformidad con sus normas internas y la práctica administrativa-, el establecimiento, adquisición o mantenimiento del residente, o el desarrollo de sus operaciones, tiene como uno de sus propósitos principales la obtención de los beneficios del Convenio.

3.3.3. Una Cláusula General Anti-abuso basada en el propósito principal de las transacciones.

Como señalamos anteriormente, una de las recomendaciones del reporte final de la Acción 6 del Plan de Acción *Beps*, fue la inclusión de una cláusula general anti-abuso en los convenios para evitar la doble imposición, denominada la cláusula del propósito principal. En tal sentido, mientras la cláusula de limitación de beneficios dispone una serie de requisitos *prima facie* objetivos, pues hacen referencia a cómo se ha conformado, adquirido y operado la sociedad o entidad, en este caso se trata

⁷⁰ Al respecto, cabe señalar que los comentarios propuestos reflejan la preocupación de algunos países respecto de las posibilidades de *treaty shopping* que ofrece este apartado. También, hay que aclarar que deberá incluirse en el apartado especial, una definición del concepto “beneficiario equiparable”. En su versión simplificada, los comentarios al artículo definen ese sujeto como “cualquier persona que pudiera acogerse, respecto de un elemento de renta, a un beneficio acordado por un Estado contratante de acuerdo con su legislación interna, este Convenio o cualquier otro instrumento internacional que fuera equivalente o más favorable que el previsto por este Convenio para ese elemento de renta, siempre que, si esa persona no fuera residente de ninguno de los Estados contratantes, el Estado contratante mencionado en primer lugar tuviera con el Estado de residencia de la persona un convenio en vigor para el intercambio efectivo y completo de información en materia tributaria” (pág. 54, del reporte).

de una regla que habilita analizar operación por operación. En consecuencia, una vez examinados los hechos y circunstancias relevantes, se deberá determinar si es *razonable* denegar los beneficios de un tratado. Cabe señalar que en los comentarios del artículo 1 del Modelo de Tratado de Doble Imposición de la OCDE correspondiente al año 2014, ya se recomendaba denegar los beneficios de un convenio en circunstancias análogas a las reguladas por esta cláusula⁷¹. Por tales motivos, se ha destacado que la propuesta de trasladar este tipo de previsiones de los comentarios al tratado constituye un cambio significativo⁷². Sin embargo, no se produjo una transcripción exacta de ese “guiding principle” que existía en los comentarios al artículo 1 en el Modelo de los años 2003-2014 porque, como se verá, se disminuye el umbral anti-elusivo para denegar los beneficios de un TDI⁷³.

El reporte de la acción 6 incorporó esa cláusula como un inciso (el último) del artículo cuya inclusión se propició en el Modelo de Tratado de Doble Imposición de la OCDE. Quedó redactado de la siguiente manera:

“7. 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.”

⁷¹ Cfr. párrafos nro. 9.4 y 9.5.

⁷² Herzfeld, Mindy: “*Treaty Abuse — The Principal Purpose Test*”, Tax Notes International, February 1 – 2016, pág. 388.

⁷³ El “*guiding principle*” al que se hace referencia, y tal como estaba previsto en el párrafo 9.5 de los Comentarios al artículo 1 del Modelo de la OCDE, establecía que los beneficios de un CDI no tendrían que estar disponibles cuando un propósito principal para entrar o realizar un negocio fuera obtener o asegurar una posición tributaria más favorable y ello, en esas circunstancias, sea contrario al objeto y propósito de las provisiones relevantes del CDI. En consecuencia, como señala Mindy Herzfeld en el artículo citado, se pasó de un standard que requería que el aprovechamiento de los beneficios del TDI fuera el propósito principal (*main purpose*) del negocio o acuerdo, a otro que solamente requiere que sea uno de los propósitos principales (*one of the principal purposes*). En un sentido similar: Cuhna, *op. cit.*, pág. 487. Para De Broe y Luts, por su parte, resulta inaceptable que los beneficios de un CDI puedan ser denegados únicamente porque uno de los motivos de un negocio sea obtener esos beneficios -*op. cit.*, parr.26-.

Por otra parte, Vikram Chand también ha sostenido que el “*guiding principle*” puede hacer las veces de una cláusula general anti-elusiva implícita en aquellos tratados que no contengan una regulación al respecto; sin embargo, solo podría ser aplicada en los convenios celebrados con posterioridad al año de su introducción, es decir, enero del 2003 (Chand, Vikram: “*The Principal Purpose Test in the Multilateral Convention: An in-depth Analysis*”, Intertax, Volume 46, Issue 1, 2018, pág. 20).

Como puede observarse, este artículo habilita a las administraciones tributarias de los Estados contratantes a restringir o limitar el acceso a los beneficios del tratado en los casos que la operación, acuerdo o negocio bajo análisis, haya tenido como uno de sus propósitos principales la obtención de esos beneficios. Además, cabe destacar que del propio texto surge que la obtención de los beneficios del tratado no debe ser la única finalidad buscada por la operación, el acuerdo o negocio bajo análisis, sino que basta con que pueda concluirse *razonablemente* que sea “uno de sus propósitos principales”, para que limitar el acceso a esos beneficios.

Esta cláusula, incluye un test subjetivo y un test objetivo para que los beneficios de un tratado sean otorgados. El test *subjetivo*, por un lado, constituye determinar si uno de los propósitos principales de un negocio o arreglo constituyó la obtención de beneficios previstos en el tratado ya sea de manera directa o indirecta. En ese caso, los beneficios del tratado no serán otorgados salvo que se cumpla con el test *objetivo*, que radica en constatar si el acceso a esos beneficios, de conformidad con los hechos y circunstancias del caso, se encuentra amparado por el objeto y propósito del tratado⁷⁴.

Al respecto, Michael Lang ha señalado que “las propuestas de la OCDE facilitan que las autoridades fiscales asuman la existencia de un abuso. Bajo ninguna forma requiere que el ‘único propósito’ del arreglo consista en la obtención de un beneficio fiscal. Ni si quiera tiene que ser un propósito ‘esencial’, ‘principal’, o ‘central’. En su lugar, es suficiente con que uno de los propósitos principales de una transacción sea obtener un beneficio”⁷⁵. En efecto, la amplitud del artículo propuesto deja un amplio grado de discrecionalidad para las administraciones tributarias, pues son ellas las que deberán evaluar los hechos y circunstancias de cada caso y determinar si corresponde restringir el acceso a los beneficios del tratado respecto de un elemento de renta o patrimonio. En tal sentido, Chand⁷⁶ y Lang⁷⁷ también han señalado que el estándar probatorio requerido en la cláusula tiene una tendencia favorable a las autoridades fiscales, pues aquellas solo deben probar que “resulta razonable concluir (...) que la

⁷⁴ Kok, R.: “*The Principal Purpose Test in Tax Treaties under BEPS Action 6*”, Intertax, V. 44, Issue 5, 2016, pág. 407. En un mismo sentido: Chand, Vikram: “*The Principal Purpose Test in the Multilateral Convention: An in-depth Analysis*”, *op. cit.*

⁷⁵ Lang, Michael: “*BEPS Action 6: Introducing an Antiabuse Rule in Tax Treaties*”, Tax Notes International, Volume 74, N° 7, may 19, 2014. (traducción libre).

⁷⁶ Chand, Vikram: “*The Guiding Principle and the Principal Purpose Test*”, International Taxation, Vol. 12, June 2015, pág. 34.

⁷⁷ Lang, Michael: *op. cit.*, pág. 658.

obtención de ese beneficio era uno de los propósitos principales”; mientras que, en la excepción a esa regla, los contribuyentes deben *determinar* (establish) que la concesión del beneficio sería conforme con el objeto y finalidad de las disposiciones del convenio. En un artículo posterior, Chand agrega que si no estuviera clara la presencia de abuso, elusión, o un acuerdo artificial, el beneficio de la duda debería favorecer al contribuyente⁷⁸.

Por otra parte, caben destacar dos cuestiones que son muy importantes con relación a esta cláusula que son planteadas en el reporte. En primer lugar, y como ya comentamos, puede ser introducida en los nuevos convenios para evitar la doble imposición o como modificación en los ya existentes, juntamente con la cláusula de limitación de beneficios (LOB). Estas cláusulas, cabe aclarar, pueden coexistir sin contradicción. Es decir, que aun cuando un residente sea una persona “calificada” en los términos del artículo propuesto, está prevista la posibilidad de que le sean denegados los beneficios del tratado si la operación o negocio en cuestión tuvo entre sus principales propósitos la obtención de los beneficios que estipula en Convenio⁷⁹. Por otro lado, al final del artículo se establece que no se denegará el acceso a esos beneficios, cuando se determine que el otorgamiento de aquellos, en esas circunstancias, sea concordante con el objeto y propósito de las estipulaciones relevantes de la Convención. Esto no puede obviarse ni dejarse de lado, y, al momento de analizar las circunstancias del caso concreto deberá prestarse especial atención, pues uno de los objetivos - si no el principal - de los convenios para evitar la doble imposición es, precisamente, promover el intercambio de bienes y servicios y facilitar los movimientos de capital y personas, mediante la armonización de los sistemas tributarios de dos países para que estos no configuren ni constituyan un obstáculo para que ello ocurra. En consecuencia, a los fines de la aplicación de esta cláusula, será esencial que las administraciones tributarias de los Estados contratantes puedan diferenciar aquellos acuerdos o negocios que tengan como uno de sus objetivos principales el acceso a los beneficios de los TDI’s, de aquellos que tengan verdaderas razones comerciales. Ello, sin perder de vista que el costo impositivo

⁷⁸ Chand, Vikram: “*The Principal Purpose Test in the Multilateral Convention*”,..., *op. cit.*, pág. 21.

⁷⁹ Este aspecto de la regulación, también es criticado por la doctrina porque resultaría contrario al principio *lex specialis derogat legi generali*. Ello, al señalar que ésta cláusula resulta aplicable “no obstante las restantes disposiciones de este Convenio” (*notwithstanding*). Por ello, si un determinado acuerdo o negocio ya cumple con las normas especiales de un CDI como puede ser una cláusula de limitación de beneficios, los autores consideran contradictorio que luego puedan ser denegados los beneficios del tratado con base en una norma más general (cfr. Chand: *The Guiding Principle*..., *op. cit.* pág. 486; y De Broe y Luts: *op. cit.*, párr. 27y 28).

de una operación es uno de los elementos que normalmente - y por razones obvias - se tienen en cuenta para concretar un acuerdo, negocio u operación.

Ahora bien, al margen del análisis *ex post* que puedan realizar las administraciones tributarias de los arreglos, negocios u operaciones ya realizadas, cabe preguntarse si esta cláusula general anti-abuso propuesta por el reporte de la Acción otorga suficiente previsibilidad a los contribuyentes para que puedan organizar su actividad con un cierto margen de certeza con relación a que, en un futuro, pueda o no ser objeto de impugnación⁸⁰. En tal sentido, la redacción de la cláusula ha sido objeto de varias críticas. No solo por los términos de su redacción, particularmente amplios y de notoria – ¿y deliberada? – vaguedad, sino también porque el reporte no ha presentado una guía respecto de cómo debe ser aplicada y porque los ejemplos allí ensayados no resultan de gran ayuda. Cunha, señala que la “redacción de la PPT *rule* revela dos elementos distintivos que crean incerteza: (a) el Test del Propósito Principal, y (b) la razonabilidad como estándar probatorio. Esos elementos deniegan a los contribuyentes la posibilidad de conocer con anticipación si tienen derecho a acceder a los beneficios del tratado o cómo será ejercida la autoridad por las autoridades fiscales”. En particular, agrega que “la vaguedad de la PPT *rule* requiere que las autoridades fiscales determinen qué constituye un ‘propósito principal’ y un ‘arreglo abusivo’ en una aproximación de caso por caso”⁸¹.

Por otra parte, es del caso señalar que los países en el proceso de negociación probablemente traigan e incorporen particularidades propias de cada uno de ellos al momento de delinear y precisar la redacción final de este artículo. En efecto, el informe recuerda y trae a colación que algunos países tienen en su legislación interna un mecanismo institucional especial para habilitar la aplicación de este tipo de cláusulas, concretamente, un proceso de aprobación o la intervención de una comisión de

⁸⁰ Al respecto, se ha señalado que “...la naturaleza de la elusión fiscal es que los contribuyentes y sus asesores desarrollan constantemente nuevas transacciones para las cuales no existen precedentes. La evolución de la elusión fiscal implica que las normas anti-elusivas deban operar como un estándar *ex post* en muchas, sino en la mayoría, de las situaciones relevantes” (cfr. Morse, Susan C. y Deutsch, Robert: “*Tax Anti-Avoidance law in Australia and the United States*”, The Intl. Lawyer, V. 49, nro. 2, 2015, pág. 112 - traducción libre-).

⁸¹ Cunha, Rita: “*BEPS Action 6: Uncertainty in the Principal Purpose Test Rule*”, Global Taxation 2, 60, 2016. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2796565>. Las consultoras, también, han destacado este aspecto; en particular, porque cada país va a aplicar e interpretar esta cláusula de acuerdo a su criterio y probablemente resulte dificultoso para aquellos contribuyentes que normalmente realizan transacciones transnacionales en muchos Estados y pretenden obtener los beneficios que promueven estos tipos de tratados (cfr. PWC, Tax Insights from Tax Controversy and Dispute Resolution, October 6, 2016 - <https://www.pwc.com/gx/en/tax/newsletters/tax-controversy-dispute-resolution/assets/pwc-TCDR-OECD-BEPS-anti-abuse-themes.pdf>).

especialistas en la materia, que analiza las circunstancias del caso y se expide respecto de la aplicación de la facultad que este tipo de cláusulas otorga a las administraciones tributarias. Esta experiencia puede ser fructífera al momento de negociar y redactar este tipo de cláusulas, sin embargo, se ha destacado que la falta de una guía propia puede redundar en que la aplicación del artículo no sea homogénea y este fuertemente influenciada por la legislación local y sus principios⁸².

⁸² Herzfeld, Mindy: *op. cit.*, pág. 391.

4. La Acción 6 de BEPS y Argentina.

4.1 Argentina y los Convenios de Doble Imposición.

La introducción de la iniciativa BEPS, y, en particular, el reporte final de la Acción 6 encontraron un ambiente político muy propicio para su adopción en la Argentina. En línea con ese estado de cosas, el país fue uno de los primeros 67 Estados signatarios de la Convención Multilateral para Aplicar las Medidas Relacionadas con los Tratados Fiscales para Prevenir la Erosión de las Bases Imponibles y el Traslado de Beneficios, en consonancia con la intención de la nueva administración de reforzar los lazos con la OCDE y ser un miembro activo de la organización⁸³.

Sin embargo, se ha señalado que “Argentina ha seguido una conducta errática con relación a la decisión política referida a la conveniencia (o no) de celebrar tratados: internamente, los pactos fiscales y federales, los convenios multilaterales y leyes de distribución y coparticipación nunca han sido promulgadas en contextos democráticos amplios, y las pocas normas internas ya sancionadas permanecen durante décadas prorrogadas de hecho ante la imposibilidad de reformarlas. Por ello, nuestro país se enfrenta al desafío de mantener externamente con el resto de los países un sistema convencional que no puede sostener ordenadamente con las provincias”⁸⁴.

Esa posición se ha manifestado en el proceso histórico. En tal sentido, hasta el año 1992 solo 8 convenios de doble imposición estuvieron vigentes, y, con posterioridad a esa fecha, el número se incrementó hasta tener 20. De esos, la gran mayoría tuvo como basamento el modelo de la OCDE ortodoxo, solo dos se negociaron con base en el modelo del Pacto Andino, el de Bolivia y Chile (ley 23.228, hoy sin vigencia), y, por último, el suscrito con Brasil que constituyó un caso atípico⁸⁵. En los principios de ésta década, se denunciaron tres de esos convenios: los acuerdos suscritos con Suiza⁸⁶, España y Chile. En el caso del convenio con Austria, había sido denunciado

⁸³<https://www.minhacienda.gob.ar/argentina-firmo-un-historico-acuerdo-multilateral-para-optimizar-el-esquema-tributario-internacional/>

⁸⁴ García, Fernando D.: “*Fuentes del Derecho Internacional Tributario*”, en Asorey - García, *Tratado de Derecho Intl. Tributario*, Buenos Aires, La Ley, 2013, T. I, , pág. 52.

⁸⁵ García, Fernando D.: *op. cit.*, pág. 78.

⁸⁶ Al respecto, se ha señalado que la razón principal para la terminación de este CDI era una cláusula establecida en el Protocolo Adicional, en que se equiparaba el tratamiento de las regalías al previsto bajo la ley suiza, en los hechos implicaba que las regalías de fuente argentina no tributaban en absoluto. Asimismo, se señaló que el Estado argentino estaba interesado en modificar el tratamiento de la actividad aseguradora, e introducir un mecanismos de intercambio de información más amplio. cfr. Teijeiro, Guillermo O.: “*Anti-avoidance measures of general nature and scope – GAAR and other rules*”, Cahiers

mediante una nota cursada el 26 de junio de 2008. Todos ellos, en razón de resultados no deseados por el gobierno argentino que, pese a haber podido negociar con el otro Estado alguna modificación que permitiera darle un cauce diplomático a la situación, el Poder Ejecutivo Nacional unilateralmente comunicó su denuncia⁸⁷. En efecto, en esa oportunidad, el entonces Administrador Federal de Ingresos Públicos, señaló que “la Republica Argentina decidió modificar la política de negociación implementada en algunos convenios fiscales suscriptos en el pasado, en los cuales se había limitado la potestad de imposición sobre el patrimonio con respecto a determinados activos, como son las participaciones en el capital de las sociedades”⁸⁸.

Al margen de esto último, la posición actual del país con relación a ciertas modificaciones propuestas por la iniciativa BEPS es semejante a la del gobierno anterior. Ello puede observarse en los últimos convenios celebrados por ambas administraciones, es decir, el Acuerdo entre la República Argentina y los Estados Unidos Mexicanos, el Convenio celebrado con la Republica de Chile (que reemplazó al ratificado por ley 23.228), el Protocolo de Enmienda al Convenio para Evitar la Doble Imposición entre la República Argentina y la República Federativa del Brasil⁸⁹, el Convenio celebrado con los Emiratos Árabes Unidos⁹⁰, el Convenio celebrado con España, el Convenio celebrado con el Estado de Qatar, y los Convenios recientemente celebrados

de Droit Fiscal, IFA Seoul Congress 2018, V. 103, nota al pie nro. 49, pág. 17).

(https://www.academia.edu/36919989/IFACahier2018Vol.103a_Argentina.pdf)

⁸⁷ El convenio con Austria era atípico, “debido a que estaba inspirado en el Tratado celebrado con anterioridad a la Primera Guerra Mundial entre Austria y Hungría (...) pero tenía una importante implicancia recaudatoria en el Impuesto a los Bienes Personales de Argentina (...), como consecuencia de la significativa tenencia de bonos de deuda soberana extranjera por parte de residentes locales” (cfr. García, Fernando D.: *op. cit.*, pág. 79).

Otra de las razones de la denuncia del convenio con Austria, se debió al caso de los “bonos austriacos”. “Varias empresas habían acumulado bonos emitidos por el gobierno de Austria. El Convenio firmado por Argentina y Austria decía en su art. 13 (ganancias de capital): “Las Ganancias provenientes de la enajenación de cualquier otro bien no mencionado en los aparts. 1 a 3 (los bonos y otros títulos no se mencionaban) serán únicamente imponibles en el Estado contratante en el cual tales bienes esté situados al momento de la enajenación. La norma aclaraba que los títulos públicos se situaban en lugar de emisión. Cuando en 2002 se produce la formidable devaluación de su moneda, las compañías entendieron que la diferencia de cambio positiva no estaba alcanzada con el impuesto argentino, por aplicación de la cláusula citada. El fisco reaccionó diciendo que esa ganancia – es decir, la diferencia de cambio producida por la tenencia de un título en dólares que, considerado en pesos argentinos, pasó a multiplicar casi cuatro veces su valor – no estaba exenta bajo el convenio. Y uno de los argumentos empleados fue que esa ganancia no se gravaba en Austria. La cuestión no llegó a los tribunales”. (cfr. Tarsitano, Alberto: “*Interpretación y prohibición de abuso de convenio para evitar la doble tributación internacional*”, en Asorey – García, *op. cit.*, cita 38 de pág. 363)

⁸⁸ Echegaray, Ricardo (2013, 3 de enero). La denuncia y cese de aplicación del convenio con España. *El Cronista* (Online). Disponible en: <https://www.cronista.com/opinion/La-denuncia-y-cese-de-aplicacion-del-convenio-con-Espana-20130103-0058.html>

⁸⁹ Ley 27.441 (Boletín Oficial: 23 de mayo de 2018).

⁹⁰ Ratificado por la Ley 27.496, y entró en vigencia el 4 de febrero de 2019 (cfr. https://tratados.cancilleria.gob.ar/tratado_ficha.php?id=kp6jlp).

con la Republica de Turquía y la República Popular China. En ellos se introducen, con ciertas particularidades, algunas de las recomendaciones propuestas por la Acción 6⁹¹.

Por ejemplo, en el Memorándum de Entendimiento suscrito el 11 de marzo de 2013 relativo al nuevo Convenio con el Reino de España, además de lo ya señalado, se aclaró que: el Convenio no impedirá aplicar las disposiciones internas relativas a la prevención de la evasión fiscal, y que “las disposiciones de los artículos 10, 11, 12 y 13 no se aplicarán cuando el fin primordial o uno de los fines primordiales de cualquier persona relacionada con la creación o cesión de las acciones u otros derechos que generan los dividendos, la creación o cesión del crédito que genera los intereses, o la creación o cesión del derecho que genera los cánones o regalías, sea el de conseguir el beneficio de dichos artículos”. Para Teijeiro, esta norma puede ser vista como predecesora de la PPT prevista en el reporte final de la Acción 6 de BEPS y del MLI, en la red de tratados de Argentina⁹². El nuevo CDI suscrito con Suiza⁹³, establece en su artículo 1, punto 1, que no se considerará residente “a las personas que estén sujetas a imposición en ese Estado exclusivamente por las rentas procedentes de fuentes situadas en ese Estado o por el patrimonio situado en el mismo”. Ello, de forma tal de que residentes de otros países no puedan aprovechar de los beneficios del convenio mediante la interposición de una sociedad en alguno de los países que pueda generar casos de doble no imposición.

El nuevo CDI suscrito con Chile⁹⁴ incluye, por primera vez, una cláusula de limitación de beneficios y la *PPT rule*, de conformidad con la Acción 6 de BEPS. Una concepción similar, tiene el nuevo convenio con México que, además de la *LOB clause* y la *PPT rule*, establece que las disposiciones del CDI no impedirán la aplicación de normas internas en materia de capitalización exigua y empresas extranjeras controladas, ni de cualquier otra “normativa anti-abuso que se encuentre vigente en la legislación interna de los Estados Contratantes”⁹⁵. Similar, aunque más escuetas, son la prescripciones del CDI suscrito con los Emiratos Árabes Unidos. En efecto, ese acuerdo contiene una cláusula de limitación de beneficios, y una suerte de PPT que habilitaría a una persona, que no tiene derecho a acceder a los beneficios del tratado, a solicitar al

⁹¹Los convenios celebrados con Qatar (Washington, 14 de abril de 2018), Turquía (Buenos Aires, 1 de diciembre de 2018) y con China (Buenos Aires, 2 de diciembre de 2018), no están en vigencia.

⁹² Teijeiro, Guillermo O.: *Anti-avoidance measures...*, pág. 17.

⁹³ Ley 27.010 (Boletín Oficial: 11 de diciembre de 2014).

⁹⁴ Ley 27.274 (Boletín Oficial: 30 de septiembre de 2016).

⁹⁵ Ley 27.334, art. 28, inciso 6) (Boletín Oficial: 21 de diciembre de 2016).

Estado contratante el acceso a aquellos, siempre y cuando “el establecimiento, adquisición y mantenimiento de dicha persona, y la realización de sus operaciones, no tuvieron como uno de sus propósitos principales la obtención de beneficios conforme a este Convenio”⁹⁶. Por su parte, los CDI celebrados con Qatar, Turquía y China, contienen tanto el título y el preámbulo propuesto en la iniciativa BEPS, como la cláusula PPT⁹⁷.

El Protocolo con Brasil merece un comentario aparte por la relación que existe entre ese país y la Argentina. El convenio anterior entre Brasil y Argentina había sido suscripto el 17 de mayo de 1980, y su articulado no había sufrido modificaciones ni actualizaciones de acuerdo con los modelos más recientes de la OCDE y ONU. Así, además introducir modificaciones en ese sentido, el Protocolo modificadorio aprobado por la ley 27.441, en primer lugar, modificó el título y el preámbulo, expresando que uno de los objetivos es la prevención de la elusión fiscal, y que ambos países tienen como intención eliminar la doble imposición sin crear oportunidades para la doble no imposición o la imposición reducida, concordemente con la propuesta de la iniciativa BEPS. También, se introdujeron cambios en el concepto de establecimiento permanente, modificando la lista específica de excepciones, y se incorporaron cambios en el concepto de dividendos, incorporando un plazo mínimo de tenencia de las acciones para gozar de la limitación de la retención en la fuente y el concepto de “beneficiario efectivo”, aplicable tanto a dividendos como a intereses y regalías. Entre otros cambios, se adoptó el método del crédito fiscal para eliminar la doble imposición, y, principalmente, se incluyó el *Principal Purpose Test (PPT)* con ciertas limitaciones. Por último, se estableció una particularidad respecto de los servicios o asistencia técnica, atribuyendo potestad tributaria a ambos estados y definiendo qué se entiende por “servicios técnicos”; y, una cláusula de “nación más favorecida”⁹⁸.

Con anterioridad a estos acuerdos, y con algunas salvedades, los convenios de doble imposición denunciados y en vigencia de la Argentina no tenían (ni tienen, hasta tanto no se perfeccionen las modificaciones derivadas de la entrada en vigencia del MLI) normas generales anti-elusivas como las propuestas actualmente por BEPS. En términos generales, algunos de ellos establecen la prevención de la evasión fiscal en su título; la mayoría prevé la cláusula del “beneficiario efectivo” para el pago o

⁹⁶ Cfr. artículo 25.

⁹⁷ Cfr. artículos 25, 27, y 28, respectivamente.

⁹⁸ <http://kluwertaxblog.com/2017/09/05/brazils-absence-multilateral-beps-convention-new-amending-protocol-signed-brazil-argentina/>

distribución de dividendos, intereses y regalías - siguiendo el modelo de la OCDE y de ONU - ⁹⁹; algunos hacen referencia a la aplicación de las normas internas en materia de capitalización exigua¹⁰⁰; y, otros, a la aplicación de normas internas de transparencia fiscal internacional (*CFC rules*)¹⁰¹. Solo dos, establecen una suerte cláusula anti-abuso con respecto al pago de intereses y regalías, al disponer que las limitaciones relativas a la retención en la fuente establecidas en los respectivos artículos no son aplicables cuando la intención de las partes de los respectivos contratos de préstamo o licencia sea obtener los beneficios del tratado¹⁰². El convenio con Reino Unido, particularmente, establece que la reducción o limitación de la retención en la fuente sobre intereses no resultará aplicable cuando el “beneficiario efectivo” este exento en el Estado de la residencia sobre ese tipo de renta¹⁰³. Teijeiro, incluye otros convenios que contienen una referencia indirecta a la temática, al aplicar una limitación cuando se realizan ajustes correlativos en empresas asociadas en virtud de las normas de precios de transferencia, en casos de fraude, negligencia u omisión culposa ¹⁰⁴.

Uno de esos convenios, el último negociado a fines de la década de 1990, suscripto en año 2001 con la Federación de Rusia, y aprobado por ley 26.185 en el año 2006¹⁰⁵, incorporó un clausula novedosa para los convenios que Argentina tenía en vigencia en esa época. Así, en el punto 6 de su Protocolo, se establece que “la autoridad competente de un Estado Contratante puede, de común acuerdo con la autoridad competente del otro Estado Contratante, denegar los beneficios del presente Convenio a cualquier persona, o con respecto a cualquier transacción que ésta pudiera realizar, si el otorgamiento de dichos beneficios constituyera un abuso de las disposiciones del Convenio”. Si bien en sus lineamientos generales se asemeja a una típica cláusula general

⁹⁹ Australia, Bélgica, Canadá, Dinamarca, Finlandia, Francia, Holanda, Italia, Noruega, Reino Unido, Rusia y Suecia.

¹⁰⁰ Dinamarca, Canadá, Finlandia, España (ley 26.918), Países Bajos, Noruega y Suecia. Al respecto, en los restantes, se ha señalado que las normas internas de capitalización exigua no podrían ser aplicadas en virtud del artículo de no discriminación (cfr. Verstraeten, Axel A.: “*El Abuso de Tratados: Treaty Shopping y ‘Treaty Override’*”, en Asorey - García, Tratado de Derecho Intl. Tributario, Buenos Aires, La Ley, 2013, T. I, , pág. 826.

¹⁰¹ España (ley 26.918 – Boletín Oficial: 18 de diciembre de 2013), de conformidad con el memorándum de entendimiento.

¹⁰² Reino Unido y Suecia.

¹⁰³ Art. 11.8.a. (cfr. Verstraeten, Axel A., *op. cit.*, pág. 819)

¹⁰⁴ Canadá, Holanda, Dinamarca, Finlandia, Noruega, Qatar, Rusia y Suecia. cfr. (Teijeiro, Guillermo O.: “*Abuso o uso impropio de tratados de doble imposición. Medidas unilaterales y bilaterales para prevenirlo. La experiencia en el derecho comparado y en la Argentina*”, Buenos Aires, Revista Derecho Fiscal, Nro. 5, 2007, pág. 237).

¹⁰⁵ Figueroa, Antonio: “*Nuevo tratado tributario amplio con España*”, Thomson Reuters, IMP 2013-11, 103.

anti-elusiva, no deja de resultar llamativo que su aplicación esté sujeta al común acuerdo de ambos Estados contratantes, porque, en definitiva, hace que su utilización por parte de las autoridades sea mucho más restringida.

Sin perjuicio de las normas anti-elusivas que pudieran estar previstas en los convenios de doble imposición celebrados por Argentina, cabe señalar que no han habido muchos precedentes jurisprudenciales ni decisiones administrativas en las que se debatieran casos de abuso o elusión en los que medie o se utilicen con esos fines alguno de esos Convenios. En particular, se destacan algunos dictámenes de la autoridad fiscal argentina¹⁰⁶, y, en las últimas dos décadas, casos controvertidos que derivaron en la denuncia de cuatro convenios que la Argentina tenía en vigencia; tres de ellos, los suscriptos con Suiza, Chile y España, solo en el año 2012¹⁰⁷. Solo uno de estos casos, se materializó en la causa judicial “*Molinos Rio de la Plata S.A. c/ DGP*” que tramitó ante el Tribunal Fiscal de la Nación, tiene sentencia de la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, y está pendiente de resolución en la Corte Suprema de Justicia de la Nación con dictamen de la Procuración General de la Nación. De este precedente, nos referiremos en el apartado siguiente.

Salvo esas particularidades a las que hicimos referencia, no existe en el ordenamiento jurídico argentino una norma general anti-abuso vigente que resulte *directamente* aplicable a casos, concretamente, a acuerdos o negocios, que se hayan realizado en el marco de un convenio de doble imposición. Ello es así, claramente, dejando de lado las modificaciones que, eventualmente, serán introducidas por el Acuerdo Multilateral elaborado en virtud de la Acción 15 de la iniciativa BEPS que ha sido suscripto por la Argentina. Sin embargo, en nuestro ordenamiento jurídico doméstico, concretamente, en la ley Nacional de Procedimientos Tributarios, existe una norma de larga data - con un enfoque de “realidad económica” – que permite dejar de lado las herramientas jurídicas utilizadas por las partes y analizar las consecuencias impositivas de esos acuerdos. A ella nos referiremos en un próximo apartado.

¹⁰⁶ Dictamen 59/1986 y Dictamen (DAT) 57/1996.

¹⁰⁷ Fraga – Verstraeten: “*Algunas consideraciones acerca de la denuncia del Convenio entre Argentina y España*”, Thompson Reuters, Práctica Profesional 2012-173, 64.

4.2. Convenio Multilateral contra BEPS (MLI) y la posición de la Argentina.

Como ya señalamos, Argentina fue uno de los primeros países en suscribir el 7 de junio de 2017 la Convención Multilateral, cuyas negociaciones habían concluido en noviembre de 2016¹⁰⁸. Este acuerdo, tiene como objetivo la incorporación, de manera práctica y simplificada, de las modificaciones propuestas por la iniciativa BEPS en la mayor parte de convenios de doble imposición que están en vigencia. Los resultados de la iniciativa BEPS comprenden estándares mínimos, estándares internacionales reforzados y enfoques comunes¹⁰⁹. Se estima que 1.103 tratados internacionales de 78 países serán modificados de un total de 2.362 tratados firmados entre las jurisdicciones que suscribieron en el MLI (por sus siglas en inglés).

Al respecto, el Secretario General de la OCDE, Ángel Gurría, señaló que *“la conclusión de este instrumento multilateral marca un punto trascendental en la historia de los convenios de doble imposición. Nos estamos moviendo hacia una rápida implementación de las amplias reformas acordadas bajo el Proyecto BEPS en más de 1.200 convenios de doble imposición de todo el mundo. Además, de ahorrarle a los Estados signatarios la carga de las negociaciones bilaterales, la Convención resultará en mayor certeza y previsibilidad para los negocios, y un mejor funcionamiento del sistema tributario internacional para el beneficio de nuestros ciudadanos”*¹¹⁰.

Como primer paso, los Estados deben identificar cuáles son los convenios que quieren incluir en el marco de aplicación del MLI. Además, se incluyeron cláusulas de aplicación automática, y otras en donde se le otorga a los signatarios la posibilidad de elegir entre opciones alternativas sobre un mismo aspecto. Para que esas cláusulas surtan efecto y se apliquen efectivamente al convenio de que se trate, es necesario que ambas jurisdicciones hayan coincidido en su elección y así lo hayan notificado a la OCDE, que actúa como depositaria de este convenio. La posición de cada signatario en el marco del convenio ya está disponible en el sitio web de la OCDE, que ha proporcionado una base de datos y herramientas adicionales en su sitio web, para facilitar la aplicación de la convención y, en consecuencia, de los convenios modificados,

¹⁰⁸ <https://www.minhacienda.gob.ar/argentina-firmo-un-historico-acuerdo-multilateral-para-optimizar-el-esquema-tributario-internacional/>

¹⁰⁹ Rajmilovich, Darío: *“La Convención Multilateral para aplicar las medidas relacionadas con los Tratados Fiscales para prevenir BEPS (MLI) (Acción 15 del BEPS). El caso de la República Argentina”*. Thomson Reuters - Checkpoint, Suplemento Tributario Internacional, 2017.

¹¹⁰ <http://www.oecd.org/tax/treaties/multilateral-instrument-BEPS-tax-treaty-information-brochure.pdf>

tanto para los contribuyentes como para las administraciones tributarias¹¹¹.

Argentina incluyó todos sus tratados¹¹², salvo dos: el de Alemania y el de Uruguay. Asimismo, tampoco quedaron comprendidos los tratados con Brasil y Bolivia debido a que esas jurisdicciones no suscribieron el MLI¹¹³. También, se incluyeron: el acuerdo con México aun cuando no estaba vigencia dado que faltaba la notificación de la aprobación parlamentaria; y el de Emiratos Árabes Unidos, que restaba, en ese momento, su aprobación legislativa y el intercambio de notas diplomáticas. Argentina hizo reservas puntuales respecto de los convenios con Chile y México, dado que esos acuerdos fueron suscriptos recientemente, y contienen sus propias cláusulas anti-abuso y de limitación de beneficios. Por otra parte, cabe señalar que si bien Brasil no suscribió el MLI, como comentamos, ha celebrado recientemente con Argentina un protocolo modificatorio del convenio que se encontraba en vigencia entre ambos países¹¹⁴.

Al respecto, cabe señalar que Argentina no ha receptado las previsiones de la Sección VI del acuerdo que regula el arbitraje vinculante, manteniendo su posición histórica al respecto, pero sí incorporó la Sección III vinculada a la Acción 6 de la iniciativa BEPS. Esta parte, configura una de las cuestiones más trascendentales de la iniciativa, porque fue una de las pocas en las que se logró obtener consenso entre los Estados parte, y se materializó en modificaciones concretas. De esta manera, “todos los 1.103 CTAs aplicarán el Test del Propósito Principal (PPT) mientras que adicionalmente 12 jurisdicciones, entre ellas Argentina, eligieron suplementar PPT con la cláusula de Limitación de Beneficios Simplificada”¹¹⁵. Además, con las excepciones de los acuerdos

¹¹¹ <http://www.oecd.org/tax/treaties/application-toolkit-multilateral-instrument-for-beps-tax-treaty-measures.htm>. También, se ha publicado recientemente un peer review respecto del progreso, de cada estado signatario, en la adopción de las modificaciones introducidas por el MLI (cfr. OECD (2019), *Prevention of Treaty Abuse - Peer Review Report on Treaty Shopping: Inclusive Framework on BEPS: Action 6, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project*, OECD Publishing, Paris. <https://doi.org/10.1787/9789264312388-en>)

¹¹² En vigencia: Australia, Bélgica, Canadá, Chile, Dinamarca, Finlandia, Francia, Italia, México, Países Bajos, Noruega, Federación Rusa, España, Suecia, Suiza, y Reino Unido. No vigente: en ese momento, el suscripto con los Emiratos Árabes Unidos.

¹¹³ Según la administración fiscal brasilera, su ausencia en la iniciativa se basó en la complejidad del MLI, que derivaría en largas discusiones en el congreso brasilero, demorando la aprobación del MLI por años, y tendría un resultado no deseado. En consecuencia, como la red de tratados brasilera es relativamente pequeña, se decidió que sería mejor modificar y actualizar cada tratado a través de negociaciones bilaterales, para someter cada uno de ellos al Congreso Nacional (cfr. Tomazela, Ramón: “*Brazil’s absence from the Multilateral BEPS Convention and the new amending protocol signed between Brazil and Argentina*”, Kluwer International Tax Blog, 2017. Disponible en: <http://kluwertaxblog.com/2017/09/05/brazils-absence-multilateral-beps-convention-new-amending-protocol-signed-brazil-argentina/>).

¹¹⁴ cfr. Tomazela, Ramón: *op. cit.*

¹¹⁵ CTA significa Covered Tax Agreements, y constituyen los convenios que los Estados parte del MLI decidieron que quedaran comprendidos en las modificaciones introducidas por ese gran acuerdo marco.

con Chile y México, el resto de los convenios cubiertos por el MLI reemplazarán su preámbulo, expresando la intención común de eliminar la doble imposición sin crear oportunidades para la no imposición o la reducción de la imposición a través de la evasión o elusión fiscal, incluso a través de arreglos que constituyan prácticas de *treaty shopping*¹¹⁶.

En suma, una vez que entre en vigencia el MLI y se materialicen las modificaciones de los convenios de conformidad con el criterio adoptado por la Argentina, el Test del Propósito Principal (PPT) reemplazará a todas las cláusulas generales antielusivas que tengan los acuerdos cubiertos por el MLI. En consecuencia, es improbable que el futuro existan situaciones en las que se pueda recurrir en un contexto de convenio a la cláusula de “realidad económica”. No solo por una cuestión de especialidad, sino también de jerarquía normativa. En todo caso, “realidad económica” estará disponible para aquellos casos que no impliquen un “abuso de tratado” en sí mismo, sino para aquellos casos en los que se pretenda aprovechar o utilizar indebidamente una norma doméstica¹¹⁷.

4.3. Transparencia Fiscal Internacional y la ley 27.430 de Reforma Tributaria.

Antes de continuar con el análisis de la cláusula de “realidad económica” y su interacción con los convenios de doble imposición, nos resulta importante hacer referencia a las normas de transparencia fiscal previstas en la legislación doméstica, que han funcionado como cláusula anti-elusiva específica para evitar un diferimiento de impuesto argentino mediante estructuras de planificación fiscal internacional. Con la reciente reforma impositiva introducida mediante la ley 27.430¹¹⁸, las reglas de transparencia fiscal han sido sustancialmente modificadas, de forma tal que a la fecha incluye un gran abanico de supuestos para evitar el diferimiento impositivo, lo cual merece un comentario para comprender la magnitud del cambio.

Rajmilovich, Darío: *op. cit.*

¹¹⁶ <https://www.ey.com/gl/en/services/tax/international-tax/alert--argentina-signs-multilateral-convention-to-implement-tax-treaty-related-measures-to-prevent-beps>.

¹¹⁷ En un sentido similar, Teijeiro, Guillermo O.: “*Anti-avoidance measures...*”, pág. 19.

¹¹⁸ Boletín Oficial: 29 de diciembre de 2017. Al respecto, cabe señalar que esta ley constituyó una reforma integral, tanto de impuestos en particular, como el impuesto a las ganancias, como así también de la ley de Procedimiento Fiscal, el Código Aduanero, y la ley Penal Tributaria. Cabe destacar que, se reglamentó el procedimiento de acuerdo mutuo en materia de convenios de doble imposición y también un procedimiento para determinación conjunta de precios de operaciones internacionales.

En tal sentido, cabe señalar que este tipo de normas tiene como objeto contrarrestar las prácticas de los contribuyentes que, mediante la interposición de sociedades subsidiarias controladas en países con una menor tasa efectiva de tributación, buscan diferir el impuesto por sus ganancias de fuente extranjera, o trasladar las rentas de la controlante a una subsidiaria o dentro de un mismo grupo. De ahí que el nombre de esta regla anti-abusiva, en inglés, sea Controlled Foreign Company (CFC). Este tipo de normas surgieron en la década de 1960's y su utilización se fue expandiendo a varios países. En general, obligan a incorporar las ganancias de la sociedad controlada al de la sociedad residente controlante, independientemente de que aquella haya distribuido o puesto a disposición las utilidades del ejercicio. Estas normas, no tienen solamente una finalidad recaudatoria, sino que buscan - principalmente - un efecto disuasorio, al proteger la base de imposición fiscal del país de la residencia de la sociedad controlante, y desincentivar que las empresas trasladen los beneficios a otras sociedades intra grupo ubicadas en el extranjero¹¹⁹. Al respecto, cabe señalar que estas normas no entran en conflicto con las prescripciones de los convenios de doble imposición porque son parte de las normas domésticas del impuesto, relativa a la imposición de un Estado respecto de sus propios residentes¹²⁰.

En Argentina, el régimen anterior estaba regulado, esencialmente, por las modificaciones introducidas a la ley 20.628 (T.O. 1997) del impuesto a las ganancias, por las leyes 25.063 y la 25.239, y el decreto 1037/00. En efecto, ese régimen era menos sofisticado que el actual, y se aplicaba solamente respecto de accionistas residentes en el país de sociedades por acciones constituidas o ubicadas en países de nula o baja tributación cuyas rentas pasivas fueran superior al 50%¹²¹. Estas normas no implicaban desconocer el ente ubicado en el exterior, sino que se modificaba el criterio de imputación de las rentas obtenidas por esa sociedad, toda vez que el residente en el país tenía que

¹¹⁹ OECD (2015), *Designing Effective Controlled Foreign Company Rules, Action 3 - 2015 Final Report*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris, pág 13.

<http://dx.doi.org/10.1787/9789264241152-en>

¹²⁰ Poch, Guillermo Jaime: “*Transparencia Fiscal Internacional*”, en García, Fernando D., *Convenios para evitar la doble imposición internacional*, Buenos Aires, La Ley, 2010, pág. 353; y, OECD (2017), *Model Tax Convention on Income and on Capital: Condensed Version 2017*, OECD Publishing, párr. 81 (pág. 78). http://dx.doi.org/10.1787/mtc_cond-2017-en

¹²¹ Durante la vigencia de este régimen, existió una lista taxativa de países (por ejemplo, Belice, Bahamas, etc.), jurisdicciones (BVI, Madeira), y regímenes especiales (las SAFI uruguayas), considerados de baja y nula tributación (cfr. Decreto nro. 1037/00). Esta lista, fue reemplazada por una lista de países, dominios, jurisdicciones, y regímenes tributarios cooperantes en materia transparencia fiscal, pero con una dinámica distinta, pues toda referencia que se hiciera en la ley a “países de baja o nula tributación” debería aplicarse a aquellos que no se encontraran en la lista, concretamente, los “no cooperantes” (Decreto nro. 589/13).

imputar las ganancias en el ejercicio de su devengamiento, es decir, aun cuando la sociedad extranjera no hubiese distribuido dividendos (“percibido”)¹²². Además, si bien en el decreto reglamentario se hacía referencias a participaciones indirectas, la ley solo abarcaba al primer grado de vinculación directa con la sociedad extranjera y ello permitía que se pudiera evitar el régimen de transparencia fiscal con la mera interposición de una sociedad en un país que no fuera de baja o nula tributación o en una jurisdicción cooperante (según el periodo).

Con la reforma tributaria realizada por la ley 27.430, se introdujo un nuevo artículo 133 con diversas precisiones y modificaciones que abarcan un universo más amplio de casos que la ley anterior, ya que comprende a todos los tipos societarios, entes, trusts y tanto a las participaciones directas como las indirectas¹²³. Según se ha señalado¹²⁴, este nuevo régimen está en línea con las recomendaciones expuestas en el informe final de la Acción 3 de la iniciativa BEPS¹²⁵.

En primer lugar, el nuevo inciso d) incorporado al artículo 133 regula expresamente la forma de imputación de las ganancias obtenidas por trust, fideicomisos, fundaciones y demás estructuras o contratos constituidos, domiciliados o celebrados en el exterior, las que se imputarán al sujeto residente que las controle, en el ejercicio del cierre de aquellos. Aclara que se considera que existe control cuando los activos se mantienen en poder del sujeto residente, y, especialmente, cuando: (i) los trust, fideicomisos y fundaciones sean revocables; (ii) el constituyente sea el beneficiario; o (iii) cuando el residente tiene poder de decisión -directa o indirectamente- sobre la inversión de los activos, etc.

Seguidamente, el nuevo inciso e) incorporado al artículo 133, establece que las ganancias de los entes que no tienen personalidad fiscal en la jurisdicción donde se encuentren, se imputaran directamente al accionista, socio, participe, controlante o beneficiario, al ejercicio fiscal en el que finalice el ejercicio de tales sociedades o entes. Es decir, si el articulado de la ley anterior hacía referencia sólo a accionistas de sociedades por acciones en el exterior, la modificación actual hace referencia a todo tipo de ente y

¹²² Fernández Sabella, Florencia: “*El nuevo régimen de transparencia fiscal que propone la reforma*”, Thomson Reuters Checkpoint, IMP – Práctica Profesional 2018-XX,55.

¹²³ Para que se imputen los resultados de las participaciones indirectas, todos los entes que componen la cadena deben estar alcanzados por las disposiciones de los incisos d), e) y f) del artículo 133 de la ley.

¹²⁴ Fernández Sabella: *op. cit.*. Sin embargo, no ha estado exento de críticas: Rigoni, Gabriela: “*Nuevo Régimen de Transparencia Fiscal Internacional*”, en Kaplan, Hugo Enrique (Dir.) y Volman, Mario (Sub. Dir.), *Reforma Tributaria*, Buenos Aires, Errepar, 2018, págs. 255 y ss.

¹²⁵ OECD (2015), *Designing Effective Controlled Foreign Company Rules, Action 3 - 2015 Final Report*, OECD Publishing, Paris. <http://dx.doi.org/10.1787/9789264241152-en>

participación que se tenga en aquel. No queda claro, sin embargo, si este nuevo inciso hace referencia a participaciones indirectas o si sólo refiere a la tenencia directa de dichos participantes¹²⁶.

Por último, y de forma residual, se incluyó el inciso f) ¹²⁷ al artículo 133 que aplica sólo en el supuesto de que no apliquen los incisos a), b), c), d) y e). En efecto, constituye lo central del nuevo régimen, y establece que las ganancias obtenidas por residentes en el país por su participación **directa o indirecta** (aquí sí lo prevén en forma expresa) en sociedades u entes constituidos, domiciliados o ubicados en el extranjero, serán imputadas por sus accionistas, sociedades, titulares, controlantes, o beneficiarios, al cierre del ejercicio fiscal de aquellas. Ello, siempre y cuando se cumplan, **concurrentemente**, una serie de condiciones de control, del tipo de rentas obtenidas, y de la tasa de imposición en el país donde se encuentre la sociedad extranjera. En efecto, exige una participación igual o superior al 50% en el patrimonio, resultados o derechos de voto; porcentaje que no se requerirá cuando el residente pueda disponer de los activos del ente; tenga derecho a elegir la mayoría de directores o administradores que sean quienes definan las decisiones, o pueda removerlos; tenga derecho a los beneficios actuales del ente; o, independientemente de la participación, cuando al menos un 30% del activo del ente provenga de inversiones en rentas pasivas de fuente argentina exentas para beneficiarios del exterior. También, deberá tratarse de sociedades que no tengan medios materiales o personales para realizar su actividad¹²⁸; o, cuando sus ingresos se originen o provengan en un 50% o más de rentas pasivas¹²⁹; o generen en forma directa o indirecta gastos deducibles para sujetos vinculados residentes en el país. En este último caso, se aplicará el régimen solo sobre esas rentas. Por último, se exige que el importe ingresado en el extranjero, en su caso, imputable a esas rentas, sea inferior al 75% del impuesto que

¹²⁶ La reglamentación, es la que agrega que las participaciones directas o indirectas en trust's, fideicomisos, fundaciones o estructuras análogas constituidas en el exterior que no cumplan los requisitos de los incisos d) y e), se le aplicarán las normas del inciso f) siempre se verifiquen las situaciones previstas en ese inciso (artículo VI. 8. a continuación del 165 del Decreto Reglamentario nro. 1344/98).

¹²⁷ No aplica para entidades financieras regidas por la ley 21.526, compañías de seguros comprendidas en la ley 20.091, y fondos comunes de inversión regidos por la ley 24.083.

¹²⁸ El accionista residente, deberá, en todo caso, acreditar que la sociedad extranjera tiene una organización que responde a motivos económicos válidos y resulta adecuada para llevar adelante el negocio o actividad. También, en el caso de no lo tenga, puede acreditar que una tercera sociedad controlada y constituida en el mismo país provee de esos servicios, siempre y cuando no se encuentre en un país no cooperante o de baja o nula tributación (cfr. artículo VI. 1. a continuación del 165 del Decreto Reglamentario nro. 1344/98).

¹²⁹ Según la reglamentación, se considerará rentas pasivas a: dividendos o distribución de utilidades, regalías, intereses (salvo que el ente que las reciba sea una entidad financiera, o se trate préstamos intragrupo), alquiler de inmuebles (salvo que sea la actividad principal), aquellas derivadas de instrumentos derivados, enajenación de acciones, etc. (artículo VI. 6. a continuación del 165 del Decreto Reglamentario nro. 1344/98).

hubiera correspondido según el impuesto argentino. Esto se presume, sin admitir prueba en contrario, en el caso que la sociedad o entidad se encuentre en jurisdicciones no cooperantes o de baja o nula tributación¹³⁰.

En tal sentido, en caso que aplique el régimen de transparencia descripto, se desconoce la existencia de la sociedad o ente del exterior, y, en consecuencia, corresponde aplicar los mecanismos de imputación, exenciones, tasas reducidas y demás particularidades, de acuerdo a cada tipo de renta como si la obtuviera directamente el residente local de conformidad con la norma argentina vigente al periodo fiscal de su imputación¹³¹.

4.4. Clausula anti-abuso doméstica. Realidad económica.

A diferencia de otros países, incluso latinoamericanos, la República Argentina tiene en su legislación doméstica una cláusula general anti-abuso o anti-elusiva que se incorporó en el año 1946 a la ley 11.683 Procesal Tributaria¹³². En el texto actual, esa cláusula se enmarca en dos artículos, el 1° y 2°, y tiene como inspiración el pensamiento de Enno Becker y la Ordenanza Fiscal alemana de 1919. Además, y “con matices se expandió hacia el Modelo de Código Tributario para la América Latina que, a su vez, influyó sobre otras legislaciones de los países latinoamericanos”¹³³.

En términos generales, el primero de esos artículos nos indica que al interpretar las disposiciones de las leyes impositivas, se “*atenderá al fin de las mismas y a su significación económica*”. El segundo conforma la verdadera cláusula “anti-abuso”, y establece que “*para determinar la verdadera naturaleza del hecho imponible se atenderá a los actos, situaciones y relaciones económicas que efectivamente realicen, persigan o establezcan los contribuyentes. Cuando éstos sometan esos actos, situaciones o relaciones a formas o estructuras jurídicas que no sean manifiestamente las que el*

¹³⁰ La reforma tributaria de la Ley 27.430 también incorporó las definiciones de “jurisdicciones no cooperantes” como aquellas con las cuales la República Argentina no tiene firmado un acuerdo para intercambiar información o un tratado para evitar la doble imposición con cláusula amplia de intercambio de información, el cual se encuentre vigente y dicho intercambio se lleve a cabo. Asimismo, definió a las “jurisdicciones de baja o nula tributación” como aquellas jurisdicciones, entres, territorios, y regímenes especiales que establezcan una tributación corporativa menor al 60% de la tasa de renta corporativa que aplica nuestro país (es decir, una tasa efectiva menor al 18% para el año 2019 o una tasa efectiva menor al 15% a partir del año 2020).

¹³¹ Fernández Sabella: *op. cit.*; y Cacace, Héctor Osvaldo: “Reforma Tributaria: El Nuevo Régimen de Transparencia Fiscal Internacional (TFI)”, Revista ECONO, FCE, UNLP N° 17, Año 9, Diciembre 2018, pág 12.

¹³² Ley 11.683 (Texto Ordenado por Decreto 821/98).

¹³³ Tarsitano, Alberto: “La norma general antiabuso. ¿el fin de la elusión? Las experiencias argentina y peruana”. Revista Análisis Tributario, Lima, n° 291 – Abril 2012, págs. 17/23. Pág 19.

derecho privado ofrezca o autorice para configurar adecuadamente la cabal intención económica y efectiva de los contribuyentes se prescindirá en la consideración del hecho imponible real, de las formas y estructuras jurídicas inadecuadas, y se considerará la situación económica real como encuadrada en las formas o estructuras que el derecho privado les aplicaría con independencia de las escogidas por los contribuyentes o les permitiría aplicar como las más adecuadas a la intención real de los mismos”.

Alberto Tarsitano, ha señalado que “a pesar de la antigüedad de estos preceptos, no se ha construido en torno a ellos una doctrina administrativa o jurisprudencial consistente, lo que genera gran incertidumbre y hace que existan muchas dificultades a la hora de definir, bajo la habilitación de esta disposición, cuándo un esquema de planificación tributaria se califica como economía de opción, como elusión o, incluso, como evasión”¹³⁴. Esa dificultad no estuvo presente exclusivamente en el ámbito administrativo o judicial nacional e internacional, sino que la propia doctrina tuvo sus divergencias al momento de encuadrar los acuerdos o negocios de los particulares en las normas tributarias, con avances y retrocesos, en el sentido de su aplicación restringida en razón de su ambigüedad e incertidumbre¹³⁵.

En Argentina, la controversia quedó representada históricamente por el contrapunto entre Dino Jarach, prestigioso jurista italiano radicado en la Argentina, y Francisco Martínez, entonces presidente del Tribunal Fiscal de la Nación. El primero, partiendo de un criterio económico, señaló que “la manifestación de voluntad por las partes vale por su contenido empírico (*intentio facti*), antes que por la representación de las consecuencias jurídicas (*intentio juris*), con abstracción de los efectos lícitos que tal negocio jurídico produzca en otra relación ajena a la tributaria”. Es decir, “confiere preminencia a la intención empírica sobre la intención jurídica, de donde se sigue que cuando estas dos intenciones no coincidan, el intérprete debe reemplazar la intención jurídica con la figura o institución (forma) más acorde a la sustancia económica”; de aquí la convergencia en Jarach entre la teoría de la realidad económica y las técnicas anti-elusión¹³⁶. Tarsitano, resumió los errores que marcó Martínez a esa aproximación: “(i)

¹³⁴ Tarsitano: “*La Norma General...*”, pág. 21.

¹³⁵ Giuliani Fonrouge, Carlos María, *Derecho Financiero*, Buenos Aires, Lexis Nexis Depalma, 2003, T I, pág. 101 y ss..

¹³⁶ Tarsitano, Alberto: “*La norma general...*”, pág. 19. En el prólogo de la tercera edición, Jarach aclaró que su pensamiento también sostiene la doctrina “según la cual la elusión del impuesto (...) no constituye sino un caso particular de aplicación del principio de consideración económica, y que su definición no depende necesariamente del requisito subjetivo de la intención de evadir el impuesto ni la teoría del abuso de derecho” (Jarach, Dino, *El Hecho Imponible*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2004, pág. XXXI).

concibe el negocio jurídico como una declaración o manifestación de voluntad vacía de contenido, pasando por alto que el negocio jurídico tiene siempre un sustrato económico o de otro tipo; (ii) no advierte que el derecho es contenido al cual se imprime una forma, puesto que tiene como materia o sustrato relaciones humanas - económicas o de otro tipo - que se advierten jurídicas, sin perder esa sustancia ; y (iii) Divergencia o discrepancia consciente entre el tipo de negocio elegido y la finalidad económica que las partes quieren alcanzar, solo puede haberla en el negocio simulado, en el indirecto y en el fiduciario, y solo a ellos reconduce el principio calificador contenido en artículo 2° de la Ley 11.683”¹³⁷. Esta último punto, se emparenta a la tesis que permite dejar de lado a las estructuras propuestas o utilizadas por los particulares, solo cuando medie simulación, fraude a la ley y/o el abuso de derecho.

Como señalamos, no ha habido una gran cantidad de precedentes judiciales en los que se haya aplicado esa norma (solo uno, en materia de convenios), y la jurisprudencia no ha seguido una línea recta en los términos de su aplicación¹³⁸. Al respecto, se ha señalado que, en el “tratamiento en conjunto del principio de la realidad económica y la simulación, como si fuesen institutos complementarios, el contenido normativo del primero pierde precisión”, pues “relega su carácter de norma fiscal antielusiva general, para presentarse más como la especie impositiva de un negocio jurídico anómalo”¹³⁹. Como señala Mariano Braccia, “nada hay más opuesto a la elusión fiscal (y al principio de la realidad económica, como una de sus manifestaciones) que la simulación”, pues cuando los particulares realizan algún acuerdo o negocio con el fin de mejorar su situación fiscal sostienen la realidad y *sustancia* de esos acuerdos para pretender obtener la ventaja impositiva derivada de aquellos. El acto simulado, por el contrario, refiere a hechos inexistentes o tiene como objeto ocultar o encubrir su verdadero carácter.

En suma, concordamos con ese autor cuando sostiene que para desestimar los efectos de una determinada transacción o negocio, la autoridad fiscal no tiene que recurrir a institutos del derecho privado como la simulación, fraude a la ley,

¹³⁷ Tarsitano, Alberto: “*La norma general...*”, pág 20, cita nro. 11.

¹³⁸ Al respecto, cabe señalar que tanto la Corte Suprema de Justicia de la Nación, como los tribunales judiciales y administrativos, han aplicado esta cláusula en distintas ocasiones en las que estuvo en juego la aplicación de una norma tributaria doméstica. A los fines de este trabajo, preferimos hacer un breve desarrollo de sus consideraciones y evitar el análisis particularizado de esos precedentes, para ingresar directamente al caso en el que estaba cuestionada una estructura de planificación fiscal internacional en la que mediaba la aplicación de un Convenio de Doble Imposición.

¹³⁹ Braccia, Mariano: “*Aplicación del principio de la realidad económica: una lección de la Corte Suprema de Justicia*”, Thomson Reuters, PET 2011 (agosto-473), 4.

abuso de derecho, etc., sino que el propio artículo 2° de la ley 11.683 autoriza a realizar un análisis de los hechos y las circunstancias del caso para “determinar su situación económica real, su sustancia efectiva, más allá de la mera forma expuesta”.

4.5. Realidad económica y su aplicación a Convenios de Doble Imposición.

Con anterioridad al año 1992, la aplicación de la cláusula de “realidad económica” a transacciones internacionales, estaba principalmente dirigida a aquellas realizadas por extranjeros o empresas extranjeras que generaban ganancias de fuente argentina; ello, teniendo en cuenta que hasta finales de 1990’s, este país tributaba exclusivamente en base a la territorialidad¹⁴⁰. En los últimos años, varios países de Latinoamérica han incorporado cláusulas generales anti-abuso; sin embargo, se ha señalado que Argentina ha recurrido a ella de una manera particularmente agresiva¹⁴¹.

Al respecto, y como ya se comentó, se ha recorrido un largo camino que ha permitido aceptar, progresivamente, la utilización de normas anti-elusivas domésticas a situaciones o acuerdos celebrados en un contexto de convenios internacionales de doble imposición. Asimismo, en una breve reseña a los comentarios modificados al modelo de la OCDE, explicamos cómo esa organización habilitó -progresivamente- la utilización de esas normas, ya sea que se interprete como una recalificación de la norma doméstica del impuesto o como un abuso a los términos del propio convenio, y que ello no implica, necesariamente, un incumplimiento del tratado (*treaty override*) ni de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados¹⁴².

En el ordenamiento jurídico argentino, los tratados internacionales celebrados con las demás naciones y organismos internacionales, tienen una jerarquía superior a las leyes¹⁴³. Por lo tanto, la utilización del principio de la “realidad económica” contenido en la ley 11.683 como fundamento para no permitir el aprovechamiento de los beneficios de un tratado internacional, requiere de un proceso hermenéutico armonizador. Importantes referentes de la doctrina en la materia han aceptado su utilización, de

¹⁴⁰ Teijeiro, Guillermo O.: “*Anti-avoidance measures...*”, pág. 7. Asimismo, y para observar la posición de los tribunales argentinos en esos casos, confrontar: Fallos 286:97 “*Parke Davies*”, 287:79 “*Mellor Goodwin*”; 288:333 “*Ford Motor Argentina*”; y, 307:118 “*Kellog Co. Argentina*”, entre otros.

¹⁴¹ Guillermo O. Teijeiro: “*LoB Clauses, PPT Standard, and the Latin American Treaty Network Choices*”, Kluwer International Tax Blog, June 5 2015. Disponible en: https://www.academia.edu/14161570/LoB_Clauses_PPT_Standard_and_the_Latin_American_Treaty_Network_Choices

¹⁴² Cfr. apartado 2.4. *ut supra*.

¹⁴³ Artículo 75, inciso 22, de la Constitución Nacional.

conformidad, obviamente, con lo términos del convenio de que se trate y las limitaciones de la propia cláusula¹⁴⁴. Como señalamos, la autoridad fiscal argentina¹⁴⁵, y también la autoridad de aplicación en materia de convenios de doble imposición, han compartido esa posición¹⁴⁶; sin embargo, como observaremos en el punto siguiente, esta aproximación no está exenta de divergencias.

Esos contrapuntos, han quedado de manifiesto en el único caso en el cual la autoridad fiscal de este país ha utilizado su cláusula anti-elusiva doméstica a una situación de presunto “abuso” de un convenio de doble imposición que ha sido judicializado. Por esa razón, podemos analizar la solución y los fundamentos que han expresado para resolver el caso: el Tribunal Fiscal de la Nación¹⁴⁷, un organismo administrativo técnico y especializado en materia tributaria; la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, la alzada y primera instancia de revisión judicial de aquel organismo; y la Procuración General de la Nación, un órgano extra poder creado por la Constitución Nacional con autonomía funcional que tiene como principal función – entre muchas otras –, velar por el cumplimiento de las normas¹⁴⁸. Al respecto, cabe señalar que aún se encuentra pendiente de una resolución definitiva por parte del máximo tribunal judicial de la Argentina, la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

¹⁴⁴ Tarsitano, Alberto: “*La prohibición de abuso de convenio para evitar la doble imposición internacional*”, Suplemento Enfoque Internacional de la Revista Análisis Tributario, Lima, N° 12, 2014, pág. 36; Teijeiro, Guillermo O.: “*Abuso o uso impropio de tratados de doble imposición...*”, pág. 238; ¹⁴⁴ Teijeiro, Guillermo O.: “*Anti-avoidance measures...*”, pág. 13; con algunos matices, Rajmilovich, Dario, *Convenios para Evitar la Doble Imposición*, op. cit., págs. 147/149. Estos autores, también hacen referencia a la posición de Juan Carlos Vicchi, en: *Argentina Branch Reporter Interpretation of Double Taxation Conventions*, LXXVIIIa Cahiers de Droit Fiscal International (1993), pág. 169; y, Diaz Sieiro, en: *Argentine Anti-Avoidance Rules: Application under Domestic and International Convention Law*, Tax Notes International, October 2003, pág. 89.

¹⁴⁵ Dictamen (DAT) nro. 57/96.

¹⁴⁶ Dictamen DNI nro. 64/09 y 799/10.

¹⁴⁷ El Tribunal Fiscal de la Nación es un organismo administrativo creado por la ley 15.265 en el año 1960, es autónomo y autárquico, y, actualmente, se encuentra bajo la órbita del Ministerio de Hacienda y Finanzas Públicas. Entiende en la resolución de recursos de apelación interpuestos contra resoluciones dictadas por la autoridad fiscal y aduanera, la Administración Federal de Ingresos Públicos, tanto en materia de tributación interna (DGI), como materia aduanera (DGA). Las resoluciones que dicta el Tribunal se apelan directamente ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, primera paso de revisión judicial.

Actualmente, está conformado por 7 Salas, integradas por tres vocales cada una de ellas: 3 salas con competencia aduanera (integradas solo por abogados) y 4 con competencia impositiva (integradas por 2 abogados y 1 contador cada una). Los vocales que la integran, están equiparados a los jueces de la Cámara Contencioso Administrativa Federal en sus remuneraciones, estabilidad, incompatibilidades y régimen previsional.

¹⁴⁸ Art. 120 de la Constitución Nacional, y ley 27.148 (Boletín Oficial: 28 de junio de 2015).

Este análisis no es frugal, debido a que nos va a permitir analizar cuál es el acercamiento de los tribunales administrativos y jurisdiccionales a un caso como el de la especie, la utilización que se hizo de la cláusula de la “realidad económica”, y, en su caso, si la incorporación de PPT a los convenios celebrados por Argentina resulta una novedad valiosa en nuestro ordenamiento o una cláusula redundante que poco puede aportar a la solución de los pocos casos que normalmente ocurren en nuestro país sobre la materia.

4.5.1 El caso “Molinos Rio de la Plata”.

El presente caso es muy relevante para la jurisprudencia nacional, pues es uno de los primeros casos en los que la justicia determinó que ha habido un abuso de convenio para obtener una doble no imposición y aplicó la cláusula anti-abusiva de “realidad económica”. El caso refiere a una empresa argentina llamada Molinos Rio de la Plata S.A. que, por medio de una estructura de planificación fiscal, organizó los negocios de su operatoria en el extranjero de manera tal que el Fisco Nacional argentino no pudo tributar por las ganancias de fuente extranjera distribuidas por las subsidiarias del exterior en forma de dividendos, pues aquellas se distribuyeron en un primer momento a una sociedad holding constituida en Chile. Esas ganancias, en definitiva, no fueron gravadas ni en Chile ni en Argentina, debido a que el convenio de doble imposición entonces vigente entre ambos países - ley 23.228 - habilitaba solo a Chile a gravarlas y aquel país había decidido no hacerlo, configurándose un caso de doble no imposición.

Al respecto, cabe señalar que el convenio de doble imposición entonces vigente entre la Argentina y Chile, fue negociado y suscripto en 1976, como parte de un conjunto de convenios bilaterales acordados por los gobiernos de facto de ambos países¹⁴⁹. En ese momento, los dos Estados aplicaban criterios jurisdiccionales distintos en materia de impuesto a la renta: Argentina, el principio de la fuente, y Chile, el de renta mundial¹⁵⁰. El acuerdo en cuestión, se negoció tomando como modelo de Convenio de Doble Imposición el modelo formulado por el Pacto Andino, que pretendía satisfacer en “mayor medida la demanda recurrente de los países en vías de desarrollo, al ampliar el

¹⁴⁹ Este Convenio fue denunciado por la Argentina por medio de un acto publicado el 16 de junio de 2012 en el Boletín Oficial de la Nación. Sin embargo, el 15 de mayo de 2015 se suscribió uno nuevo, con base en el criterio de la residencia, y se incorporaron varias cláusulas anti-elusivas.

¹⁵⁰ Figueroa, Antonio: “*El Convenio argentino-chileno para evitar la doble imposición internacional: el caso ‘Molinos Rio de la Plata S.A.’*”, Thomson Reuters, PET 2014 (febrero-533), 1.

derecho de imponer tributos por parte del país de la fuente”¹⁵¹. Esa característica, se manifiesta al estipular que, como regla, todas las rentas activas son gravadas exclusivamente por el país de la fuente, y, en cuanto aquí interesa, el convenio entre Argentina y Chile establecía en su artículo 11 que los dividendos solo serían gravados por el Estado donde estuviere domiciliada la empresa que los distribuye.

Muchos años después de la entrada en vigencia de ese convenio, ambos Estados introdujeron cambios relevantes en la forma de gravar las rentas. Por un lado, en el año 1998 comenzó a regir en Argentina la ley 25.063, en virtud de la cual se introdujo efectivamente el criterio de renta mundial en el impuesto a las ganancias. Por el otro, Chile introdujo en el año 2002 una modificación en su propio impuesto, propiciando la constitución de “sociedades plataforma de negocios”. Estas, constituyen vehículos de inversión en ese país que permiten a inversores extranjeros controlar desde allí sus inversiones en terceros países, sin que tengan que tributar por los ingresos derivados de aquellas. Estas sociedades se deben constituir de conformidad con la ley chilena y estar físicamente establecidas allí; sin embargo, no se las considera domiciliadas ni residentes a los fines del impuesto a la renta, por lo que las rentas de fuente extranjera no están gravadas, ya sea por la generación misma ni por su remesa al exterior. Por el contrario, las ganancias de fuente chilena sí están gravadas¹⁵². Para completar el cuadro, cabe agregar que el Servicio de Impuestos Internos de Chile, organismo recaudador de dicho país, sostuvo que las “sociedades plataforma” estaban habilitadas para aplicar las normas del Convenio¹⁵³.

Ahora bien, tomando en cuenta esta situación, Molinos Rio de la Plata S.A., sociedad comercial argentina, constituyó en Chile a Molinos Holding conservando el 99,99% del capital accionario, mediante aportes en efectivo y de acciones correspondientes a las firmas Alimentos del Plata S.A. y Molinos Overseas S.A. radicadas en la República Oriental del Uruguay. Posteriormente, Molinos Rio de la Plata aumentó el capital de Molinos Holding mediante aportes de las acciones de Molinos del Perú S.A., sociedad peruana, Molinos Uruguay S.A., sociedad uruguaya; y, de Molinos del Plata SL, Delverde Industrie Alimentari Sp A. y Molinos IP, empresas radicadas en España, Italia y Suiza, respectivamente. Asimismo, Molinos Holding constituyó Molinos Chile S.A.,

¹⁵¹ García – Verstraeten: “¿Abuso de tratado? (primera parte)”, Thompson Reuters, PET 2013 (octubre-525), 1.

¹⁵² García – Verstraeten: “¿Abuso de tratado?”, *Op. Cit.*

¹⁵³ Cfr. Oficio nro. 5029, del 02.10.2003 del Departamento de Impuestos Directos. Disponible en: www.sii.cl/pagina/jurisprudencia/adminis/2003/renta/ja573.doc

junto con la empresa asociada Novaceites S.A., en Chile¹⁵⁴.

En esencia, en virtud del régimen de “sociedades plataforma”, los dividendos que distribuyeran las empresas extranjeras, es decir, las que no están radicadas en Chile, no estarían gravadas en cabeza de Molinos Holding. De la misma manera, en caso de que Molinos Holding distribuyera dividendos entre sus accionistas – básicamente, la sociedad argentina Molinos Rio de la Plata S.A. -, solo podrían ser gravados en Chile, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 11 del convenio de doble imposición entre los países vecinos. En definitiva, y en cuanto aquí interesa, como solo Chile podía gravar los dividendos distribuidos por una sociedad allí domiciliada y, en virtud de la incorporación del régimen de “sociedades plataforma” decidió no hacerlo, se configuró un caso de doble no imposición. Ello, pues los dividendos percibidos y luego distribuidos por Molinos Holding, no tributaron ni en Chile ni en Argentina.

4.5.2 La posición del Fisco Nacional.

La autoridad fiscal argentina, sostuvo que la empresa Molinos Rio de la Plata S.A., constituyó Molinos Holding como parte de una estructura de planificación fiscal “con el solo fin de beneficiarse de las disposiciones del Convenio”¹⁵⁵. Por tales motivos, impugnó las declaraciones juradas presentadas por la empresa, incorporó los dividendos distribuidos por Molinos Holding, y determinó el impuesto a las ganancias por los ejercicios fiscales 2004 – 2009. También, formuló la denuncia penal correspondiente que eventualmente fue desestimada. En esencia, el Fisco sostuvo que la estructura propiciada por la empresa Molinos configuró un abuso de tratado, pues “Molinos Chile Holding no tenía sustancia económica, siendo una mera sociedad conducto a los fines de sustraer de imposición rentas que, de no ser giradas en pleno abuso de tratado a la sociedad plataforma chilena, se encuentran gravadas por el Impuesto a las

¹⁵⁴ Cfr. Punto. 14, del 6 Apartado, del dictamen de la Procuradora Fiscal ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación del 28 de noviembre de 2017, en la causa CAF 1351/2014/CAI-CS1 “*Molinos Rio de la Plata SA c/ Dirección General Impositiva s/ Recurso Directo de Organismo Externo*”.

https://www.mpf.gob.ar/dictamenes/2017/LMonti/noviembre/Molinos_Rio_CAF_1351_2014.pdf

¹⁵⁵ A los fines expositivos, y como resulta la posición más actual del Fisco argentino, se tomará en consideración la posición esgrimida por la autoridad fiscal ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación; concretamente, en su contestación al recurso extraordinario interpuesto por la empresa. Sin embargo, cabe señalar que la autoridad tuvo varias intervenciones en esta causa, y, además, también tuvieron participación en la tramitación administrativa de ésta causa, áreas de la administración central como la Dirección Nacional de Impuestos. <http://scw.pjn.gov.ar/scw/viewer.seam?id=fVbfAFOz4I!%2FNFPeCWmhDJCxlLfl5sCTaGzz2tIDyCtY%3D&tipoDoc=despacho&cid=5792798>

Ganancias argentino dado el concepto de 'renta mundial'". También, sostuvo que la controversia no radica en la creación del sistema de "sociedades plataforma", sino en la utilización abusiva del convenio al pretender gozar beneficios que no le correspondían. Destacó que el ordenamiento local cuenta con herramientas para interpretar los negocios jurídicos de los particulares más allá de la figura jurídica adoptada por aquellos (la "realidad económica"), y que ello no configura la aplicación unilateral del derecho argentino ni establecer su preminencia por sobre el Convenio. Por el contrario, señaló que frente a la ausencia en los Convenios de normas del estilo, los Comentarios al Modelo de Convenio de la OCDE sostienen que no existe incompatibilidad entre las previsiones de un Convenio y las normas anti-elusivas del derecho interno. Descartó de plano, además, los motivos económicos expuestos por Molinos para la constitución de la sociedad holding en Chile, pues considera que "no solo resulta manifiestamente incompatible con la realidad económica, sino además ilícita"¹⁵⁶. Por otro lado, de la descripción formulada por el Tribunal Fiscal de la Nación, surge que la autoridad fiscal también consideró que Argentina no tenía tratado firmado con Uruguay ni con Perú para evitar la doble imposición, que el esquema accionario fue modificado con el objeto de obtener los beneficios derivados de la aplicación del tratado con Chile, y que Molinos Holding no cobró dividendo alguno de Molinos Chile S.A., pues esa renta sí estaba gravada. Además, destacó que Molinos Rio de la Plata S.A. era el verdadero "beneficiario efectivo" de la renta, y que Molinos Holding actuó como un mero conducto. Al respecto, destacó que la OCDE incorporó esa figura en su Modelo de 1977, con la finalidad de aclarar que no puede estar sujeto a los beneficios de los tratados quien no reviste la calidad de propietario del ingreso, y, en este caso, la sociedad chilena no puede ser considerada "beneficiaria efectiva" de los dividendos que motivaban el ajuste.

4.5.3.1 Fundamentos de la resolución del Tribunal Fiscal de la Nación.

La resolución del Tribunal Fiscal de la Nación se integró por el voto concordante de dos vocales. La primera Vocal, comienza el análisis del caso por afirmar que la estructura propiciada por el contribuyente podría ser válida "si lo que intentaba obtener con la constitución del holding en Chile era una reducción de la carga impositiva, pero lo que no puede admitirse desde ningún punto de vista, es que el resultado de tal

¹⁵⁶ cfr. *op. cit.* 69, pág. 26.

proceder sea la nula tributación”¹⁵⁷. Ésta, no es una afirmación que se puede comentar al pasar, porque configura el punto de partida sobre el cual se trató construir los fundamentos del rechazo del recurso de apelación interpuesto por el particular contra el ajuste de la autoridad fiscal. Ello, porque a pesar de que el convenio suscripto entre Argentina y Chile propiciaba que solo uno de los Estados podía gravar las rentas sobre la base del criterio de la fuente, asume que aquellas debían estar gravadas¹⁵⁸; y, en caso de que no lo hiciera, el Estado de la residencia recuperaría la potestad tributaria de gravar las rentas de fuente extranjera que el Estado de la fuente resignó de tributar. Ello, claramente, sin que estuviera prevista en este convenio una cláusula en la que se estipulara expresamente esa situación, similar a una “*subject to tax clause*”.

Sin perjuicio de esa afirmación, la Vocal preopinante recuerda que los tratados deben interpretarse de buena fe, de conformidad con lo dispuesto por los artículos 31 y 33 del Convenio de Viena, y, que con el dictado de la ley 19.840 y la introducción del régimen de las “sociedades plataforma de inversiones” Chile “modificó de forma unilateral las cláusulas contenidas en el Tratado para evitar la doble imposición”. Agregó que, si bien el Estado argentino había efectuado consultas para resolver las dificultades derivadas de esa situación, ello no impedía que ínterin se pudiera utilizar la norma anti-elusiva doméstica para que la empresa tribute “en su justa medida”. Para fundamentar la utilización del artículo 2° de la ley 11.683, se remitió a distintas citas de doctrina, a la incorporación del concepto de “beneficiario efectivo” en el Modelo de la OCDE, y a la modificación introducida en el año 2003 en los Comentarios a ese Modelo que habilitó las utilización de cláusulas domesticas anti-abuso para contrarrestar situaciones de *treaty shopping*. Con cita de Andrés Edelstein, se sostuvo que “resultaría inconsistente que el Estado de la fuente eximiera al residente del otro estado que actúa como ‘conducto’ o ‘vehículo’ de un tercer Estado que es el que recibe efectivamente el beneficio del ingreso respectivo”, y que al utilizar la sociedad chilena, Molinos anuló la carga fiscal “apartándose del objeto y el fin que se buscó con el Convenio en examen”.

¹⁵⁷ Considerando V, *in fine*.

¹⁵⁸ Es decir, introduce un concepto análogo al “single tax principle” propiciado por Reuven S. Avi – Yonah. Este autor, plantea que la reglas del derecho internacional tributario, en esencia, sostienen que toda renta debe tributar aunque sea una vez de conformidad con el principio del beneficio, es decir, que las rentas activas tienen que tributar primero en la fuente y las rentas pasivas deben tributar primero en la residencia. En suma, aquel principio “sugiere que cuando el país que tiene jurisdicción primaria bajo el principio del beneficio se abstiene de gravar las rentas transfronterizas, el otro país (residencia para las rentas activas, y fuente para las pasivas) debe gravarlas en su lugar” . cfr. Avi – Yonah, Reuven S.: “*Full Circle? The Single Tax Principle, BEPS, and the New US Model*”, University of Michigan Law & Economics Research Paper Series, Paper n° 15-019, 2015, -traducción libre-. Disponible en: <http://www.ssrn.com/abstract=2673463>

En suma, sostuvo que: el régimen introducido por la ley 19.849 de Chile provocó un “cambio radical de las previsiones contenidas en el Convenio”, que no pudo ser tenida en cuenta al momento de su celebración porque fue sancionada casi 20 años después que aquel entrara en vigencia; y, además, que no existe vínculo económico entre el holding chileno y las empresas ubicadas en Uruguay y Perú, pues aquella tiene una estructura meramente “conductora”, encuadrando en un supuesto de *treaty shopping*.

Por su parte, el segundo Vocal interviniente adhirió a lo expuesto por la preopinante, y destacó: que Molinos Holding se había constituido poco tiempo después de la entrada en vigencia del régimen de “sociedades plataforma de inversiones”; y que tenía una estructura conductora, pues había distribuido en Molinos Río de la Plata prácticamente la totalidad de los dividendos que había recibido de las subsidiarias situadas en Uruguay y Perú. Señaló que, si bien en nuestro ordenamiento legal no había definiciones de “beneficiario efectivo” o de “conducto directo”, la doctrina y la jurisprudencia¹⁵⁹ “otorga preeminencia a la sustancia del negocio sobre la forma” (*substance over form*) o a su análogo doméstico “realidad económica”, y que ello no constituye la aplicación directa de una norma interna por sobre un tratado internacional, sino la “aplicación de principios y conceptos de derecho internacional” con el fin de “evitar un uso abusivo - y por ende ilegítimo – de los mismos”¹⁶⁰. En suma, sostuvo que la constitución de Molinos Holding tuvo como finalidad exclusiva la capitalización de las acciones que anteriormente pertenecían a Molinos Río de la Plata, y aprovecharse de los beneficios tributarios derivados del régimen presentado, pues aquella no tenía otra importancia o presencia comercial en la actividad negocial del contribuyente. Por último, expuso que el hecho de que se hubiera pactado la exclusiva potestad tributaria a uno de los Estados, “no habilita a pensar que (...) constituye una decisión unilateral incuestionable de este último – y en mero ejercicio de su soberanía – desgravar las distribuciones de dividendos. Ello es así – aunque parezca una obviedad señalarlo –, por cuanto al generarse una “doble no imposición” se subvierte el sustancial – y valorable – propósito que tiene en consideración todo estado contratante al momento de negociar y suscribir un convenio para evitar la doble imposición: justamente evitar que exista una

¹⁵⁹ Al respecto, hizo referencia distintos pronunciamientos de tribunales extranjeros en los que se dejó de lado la posición del contribuyente, tales como: “Aiken Industries, Inc. C. Comisiones of Internal Revenue” 56 T.C. 925, 1971 WL 2468 (1971), del Corte Fiscal de Estado Unidos; “Indofood International Finance Ltd. Y JP Morgan Chase Bank N.A.” del Tribunal de Apelaciones del Reino Unido (2006); “Bank of Scotland” del Supremo Tribunal Administrativo de Francia (2006); entre otros.

¹⁶⁰ Considerando IV.- del voto del dr. Magallón.

situación de doble imposición internacional”.

Al contrario de lo expuesto por el Vocal, no nos parece nada obvio, en atención al momento en que fue negociado y suscripto el convenio entre Argentina y Chile. En efecto, Antonio Figueroa señaló que en esa época, las situaciones de doble no imposición eran moneda corriente, y todavía lo son en aquellos países que aplican el principio de jurisdiccional objetivo de la fuente. Con relación a este CDI, concretamente, comentó que “adoptar en un tratado bilateral el principio exclusivo de la fuente, como el negociado entre Argentina y Chile en 1976, produce el mismo efecto antes indicado, planteado en la relación argentino-uruguaya hasta 1997. (...) quienes lo negociamos - argentinos y chilenos-, no desconocíamos la hipótesis de la doble no imposición, ni omitimos considerarla. Primaba, sobre todo, el respeto integral a la soberanía de cada uno de los estados contratantes. (...). Por ello, no cabe, en modo alguno, interpretar que la doble imposición sea un efecto no previsto dentro del esquema técnico del tratado: resultaba un efecto propio, singular, del principio exclusivo adoptado, que debe ser interpretado como la consecuencia lógica de esa opción”¹⁶¹.

4.5.3.2 Decisión de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal.

En su primer paso judicial, la empresa tampoco encontró reparo en sus defensas. Así, la Sala I de Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal¹⁶², centró su análisis en si la utilización de la norma anti-elusiva doméstica afecta principios de derecho internacional, y si la constitución de Molinos Holding tuvo como único y principal interés canalizar las rentas provenientes de empresas radicadas en terceros países, de modo tal aprovecharse de las previsiones del convenio ya descripto y la norma doméstica chilena.

Luego, recordó que el principal objetivo de esos acuerdos es el “incentivo del crecimiento económico, de la inversión, y del comercio internacional como factor dinamizador del desarrollo de un país”, sin embargo, señaló que existe un “fin secundario” constituido por la “mejora de la administración fiscal (...) por medio de la reducción del fraude, la elusión y la evasión fiscal” que, en este acuerdo, surgiría del

¹⁶¹ Figueroa Antonio H.: “*El convenio argentino-chileno...*”, *op. cit.*

¹⁶² La Sala I estuvo integrada por los doctores, Clara Do Pico, Rodolfo Facio y Carlos M. Greco. La sentencia fue dictada el 19 de mayo de 2016, y la causa tramitó bajo el número 1351/2014.

artículo 22¹⁶³. Asimismo, destacó que “también forman parte de los objetivos de los CDI la prevención y persecución de aquellas disciplinas que puedan comportar un uso abusivo del tratado. Esencialmente se distingue entre violación directa o indirecta de las normas del tratado, fenómeno este último conocido como “treaty shopping”¹⁶⁴. Básicamente, señaló que esas prácticas alteran el ámbito subjetivo de aplicación del tratado, y los Estados deben interpretar las normas de forma que tal que los impuestos no sean indebidamente eludidos, por ello, sostuvo que los artículos 1° y 2° de la ley 11.683 eran sin lugar a dudas aplicables como normas anti-elusión de los convenios de doble imposición.

En tal sentido, señaló que la constitución de Molinos Holding tuvo como único objetivo establecer una estructura conductora aprovechándose de los beneficios tributarios derivados de la aplicación conjunta del convenio y de la norma interna chilena, pues aquella sociedad giró inmediatamente los dividendos recibidos de las subsidiarias ubicadas en Uruguay y Perú, a la sociedad argentina. Esa falta de vinculación económica, da cuenta de la configuración de un “abuso de tratado”, pues si los dividendos se hubieran girado directamente a la sociedad argentina habrían estado alcanzadas por el impuesto a las ganancias¹⁶⁵. También, destacó que hasta tanto el Estado argentino planteara la problemática, no se encuentra impedido de “perseguir aquellos negocios ejercicios en franco ‘abuso de tratado’”¹⁶⁶.

4.5.3.3. Dictamen de la Procuradora Fiscal ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Como ya anticipamos, la causa aún no ha tenido una resolución definitiva. Sin embargo, la Procuradora Fiscal ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha introducido una posición interesante para la solución de la causa, si se quiere, más formalista, y, en definitiva, diametralmente opuesta a la tesitura sostenida en las

¹⁶³ “Consultas e información. Las autoridades competentes de los Estados Contratantes celebrarán consultas entre sí e intercambiarán la información necesaria para resolver, de mutuo acuerdo, cualquier dificultad o duda que se pueda originar en la aplicación del presente convenio y para establecer los controles administrativos necesarios para evitar el fraude y la evasión. La información que se intercambie en cumplimiento de lo establecido en el párrafo anterior, está considerada secreta y no podrán transmitirse a ninguna persona distinta a las autoridades encargadas de la administración de los impuestos que son materia del presente convenio.

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

¹⁶⁴ Considerando VIII.

¹⁶⁵ Considerando XI *in fine*.

¹⁶⁶ Considerando XII.

instancias anteriores. En primer lugar, destacó que el convenio no contenía normas anti-abuso, específicamente, “disposiciones del estilo de las ‘cláusulas del beneficiario efectivo’”, como sí tienen otros tratados suscriptos por la Argentina (por ejemplo, Reino Unido, Suecia, y Noruega). Sin embargo, a punto seguido, sostuvo que la posición de la autoridad fiscal, mantenida por las intervenciones anteriores, demostraba un “doble error”: sostener que la sanción de la ley 19.840 que introdujo el régimen de “sociedades plataforma de inversiones” configuró un apartamiento o modificación unilateral del convenio suscripto entre Argentina y Chile, y que la autoridad fiscal pudo utilizar las normas domésticas frente a situaciones consideradas abusivas. Primero, señaló que la introducción de la ley 19.840 configuró un ejercicio de las potestades tributarias propias del Estado chileno que no pueden ser discutidas. En todo caso, expresó que el Estado argentino podría haber renegociado el convenio o denunciarlo, retomando su potestad tributaria, y, pese a ello, no lo hizo¹⁶⁷. Además, agregó que esas conductas que implican modificaciones de los compromisos tributarios solo deben tener efectos hacia el futuro, debido a los principios de reserva de ley tributaria y de seguridad jurídica que rigen en la materia. En segundo lugar, destacó que no puede aplicarse una norma interna frente a las disposiciones de un tratado internacional, en atención a la jerarquía normativa que tienen en el ordenamiento argentino¹⁶⁸, y porque la Convención de Viena establece que los Estados no pueden invocar disposiciones de derecho interno como justificación del incumplimiento del tratado. En suma, concluyó que como el convenio entonces vigente entre Argentina y Chile se basaba en el criterio de la fuente, no era posible abrir juicio sobre la conducta tomada por Molinos, en cuanto a si actuó como lo hizo solo para disminuir su carga tributaria o si lo hizo siguiendo una estrategia de negocios.

4.6. Reflexiones.

El caso “Molinos” no constituye solamente el primer precedente jurisprudencial en materia de abuso de convenio en la Argentina, sino que las distintas intervenciones que tuvieron lugar en su tramitación demuestran posiciones diametralmente opuestas.

Por un lado, encontramos una aproximación más fiscalista, que está

¹⁶⁷ Al respecto, destacó que Argentina negoció un nuevo tratado sobre la base del criterio de la residencia, y ha incorporado varias previsiones anti-abuso. Ese tratado se suscribió el 15 de mayo de 2015, y fue ratificado mediante la ley 27.274.

¹⁶⁸ De conformidad con los artículos 31 y 75, inciso 22, de la Constitución Nacional, los tratados internacionales tienen una jerarquía superior a las leyes.

dispuesta a utilizar todo el “arsenal” anti-elusivo disponible para denegar los beneficios de un convenio a un caso de doble no imposición internacional. Incluso, utilizando conceptos e institutos que son propios de un modelo de convenio totalmente distinto al que estaba en vigencia entre Argentina y Chile. En efecto, como comentamos, ese acuerdo estaba estructurado sobre el modelo de la fuente y otorgaba, en el caso, potestad tributaria exclusiva a Chile. Sin embargo, no hubo reparos en señalar, entre otras cuestiones: (i) que era imposible admitir que existiera un caso de doble no imposición; (ii) que Chile había modificado unilateralmente el convenio; (iii) que Molinos Holding no era el beneficiario efectivo; y (iv) que un fin secundario de ese acuerdo era la prevención de la elusión fiscal, entre otros. Tampoco tuvieron mayores cuestionamientos para reconciliar la utilización de la “realidad económica” a un caso regulado por un tratado internacional. En ningún momento se tuvo en cuenta que, tanto cuando se negoció ese convenio como cuando entró en vigencia, Argentina gravaba exclusivamente las ganancias de fuente argentina. En consecuencia, las ganancias de fuente extranjera – en este caso chilenas – de un residente argentino eran irrelevantes para el Fisco Nacional. También que, por medio de la interpretación propuesta, se le permitía recuperar al Estado de la residencia la potestad de gravar las ganancias de fuente extranjera. Ello, pese a que en el caso de que el sujeto no revistiera la calidad de “beneficiario efectivo”, se le permite gravar plenamente al Estado de la fuente sin las limitaciones previstas en los artículos 10, 11 y 12 del modelo de convenio de la OCDE/ONU. Es decir que, en este caso, habilitaría a Chile y no a la Argentina.

Por el otro lado, se encuentra una posición más formalista, pues, en términos generales, se señaló que Chile tenía atribuida la potestad exclusiva de gravar y no lo hizo. Se expresó que el acuerdo no había previsto una cláusula anti-elusiva, y que no podía aplicarse al caso una norma jerárquicamente inferior para denegar los beneficios de un tratado internacional. Ello porque, en todo caso, debió denunciarse el convenio o negociar diplomáticamente la modificación de sus términos, de forma tal de evitar estructuras de planificación fiscal como las propuestas por la empresa; tal como ya lo había hecho en otra oportunidad¹⁶⁹. Entiendo que este convenio introducía ciertas particularidades para su resolución, sin embargo, la posición descripta pudo haber valorado algunos otros elementos, aunque sea para descartarlos.

En tal sentido, en este trabajo se ha intentado describir brevemente la

¹⁶⁹ Ley 26.232 (Boletín Oficial: 26 de abril de 2007).

tendencia actual en materia de convenios de doble imposición y de medidas anti-elusivas. También, se ha privilegiado o focalizado en las medidas propuestas por la OCDE y su modelo de convenio. Sin embargo, en el caso en cuestión, se podría haber analizado: si la estructura propuesta por el contribuyente era abusiva; si el convenio debía ser interpretado en los mismos términos que al momento de su negociación; o si ese tipo de convenio siquiera podía ser utilizado abusivamente por los contribuyentes¹⁷⁰. Además, si no podía elaborarse una aproximación hermenéutica que permitiera denegar los beneficios de ese convenio a partir de la obligación de interpretar los tratados internacionales de buena fe; es decir, sin que ocurriera un fenómeno anómalo de *treaty override*.

En mi opinión, estas últimas cuestiones resultaban relevantes para la resolución del caso, y ameritaban que el dictamen de la Procuración General de la Nación se refiriera expresamente respecto de ellas. Si bien el convenio estipulaba una clara división de potestades tributarias entre Chile y Argentina, igualmente podía considerarse que la sociedad chilena se había constituido con el único objeto de aprovechar los beneficios del tratado. Ello es así, porque este caso difiere de aquellos en los que la sociedad se hubiera interpuesto en un Estado que grava exclusivamente sobre la base del criterio de la fuente, toda vez que, en la especie, la doble no imposición estaba dada exclusivamente por la vigencia de los términos del convenio. No se puede prescindir de ese análisis, porque si bien el efecto tributario puede ser el mismo (doble no imposición), el marco jurídico que habilita ese resultado es diferente. Por otra parte, al margen de las cuestiones relativas a este convenio en particular, la postura que prohíbe sin más la utilización de la norma anti-elusiva doméstica en un contexto de convenio, requería de otra elaboración. Máxime, teniendo en cuenta el grado de desarrollo de la doctrina nacional y comparada en la materia, así como la jurisprudencia extranjera que ha habilitado su utilización con distintos fundamentos.

Otro elemento que puede generar controversia en un futuro, son aquellas situaciones de abuso que ocurran con anterioridad a la entrada en vigencia de las modificaciones introducidas por el MLI. Por ello, se destacan las dudas o preguntas que se pudo haber planteado la Procuración General de la Nación al momento de emitir su dictamen. Concretamente, el convenio entre Argentina y Chile no tenía una cláusula anti-abuso, entonces, los Estados parte ¿no tenían ninguna herramienta más que la denuncia

¹⁷⁰ Ello, tal como descarta Figueroa, Antonio H., en: “*El convenio argentino-chileno...*”, *op. cit.*; y, también, cometan al pasar, García y Verstraeten, en: “*¿Abuso de tratado? (primera parte)*”, *op. cit.*, con referencia a la nota al pie nro. 31.

para evitar posibles abusos por parte de los contribuyentes? No se podía, por ejemplo, haber realizado una interpretación que permitiera desconocer los beneficios del tratado a un acuerdo abusivo a partir de la obligación de interpretar las previsiones del convenio de buena fe, de conformidad con el artículo 31 del Convención de Viena para el Derecho de los Tratados? Ello, tal como lo han hecho los tribunales suizos o de Israel¹⁷¹, y lo ha sugerido la doctrina¹⁷².

En definitiva, la controversia de ese caso, aunque sea en parte, estuvo determinada por las particularidades del convenio anterior entre Argentina y Chile que, con la nueva estructura de convenios a partir de la entrada en vigencia del MLI, van a perder actualidad. Sin embargo, obviamente, en el futuro nos vamos a enfrentar con los desafíos que implica la introducción de cláusulas que resultan novedosas para nuestro ordenamiento jurídico. Hasta hace pocos años, por ejemplo, Argentina no tenía en sus convenios de doble imposición cláusulas de limitación de beneficios (*LOB clause*). La OCDE, si bien no se oponía a su incorporación, tampoco las incluía en su modelo de convenio; en consecuencia, nos encontramos en aguas desconocidas respecto de su alcance y aplicación a la realidad argentina. Asimismo, tampoco contábamos en nuestro ordenamiento con normas de transparencia fiscal tan amplias como en la actualidad que, junto con las modificaciones de los convenios, seguramente han generado y generaran un gran cambio en la forma en que las empresas multinacionales radicadas en la Argentina normalmente vienen estructurando sus negocios. Por ejemplo, si hubiéramos tenido el régimen de transparencia fiscal actual, la sociedad chilena hubiera sido transparente, toda vez que era una sociedad controlada por la sociedad argentina, cuyos ingresos estaban conformados sustancialmente por rentas pasivas, y el impuesto a ingresar por la no residente era inferior al 75% del impuesto argentino. De esta forma, si bien probablemente no hubiera existido esa estructura con un régimen semejante, el Fisco Nacional se hubiera ahorrado un dolor de cabeza.

¹⁷¹ Desax, Marcus – Busenhardt, Martin: “Swiss Tribunal Rules on Ownership And Treaty Abuse Issues Regarding Total Return Swaps”, Tax Notes Int’l, May 7, 2012, p. 563. ; Duff, David G.: “Responses to Tax Treaty Shopping: A Comparative Evaluation”, 2010, pág. 16. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1688689> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1688689>

¹⁷² Rolim, João Dácio: “The General Anti-Avoidance Rule: Its Expanding Role in International Taxation”, Revista Direito Tributario Internacional Atual n° 02, 2017, págs. 110/112, y sus citas; Duff, David G., op. cit., pág. 14.

5. Conclusiones.

Al inicio de este trabajo, se planteó como objetivo analizar cuál es el estado de situación de nuestro país con relación a la problemática referida en la Acción 6 del Proyecto BEPS; en qué medida correspondería adoptar las recomendaciones que propone el informe final; si aquellas ya tienen recepción en nuestro ordenamiento; y las eventuales consecuencias que podrían derivar de su adopción. Ello, fue extensamente desarrollado en los apartados anteriores, con particular énfasis en las propuestas de la Acción 6 de la iniciativa y en la descripción que se hizo de los convenios que la Argentina tiene en vigencia, y los que ha celebrado recientemente. Se destacó que, algunos de ellos, han incorporado, entre otras, cláusulas del estilo PPT *rule* o de Limitación de Beneficios. También, las consecuencias que tendría en este aspecto la entrada en vigencia del MLI en los tratados en vigencia de antigua data. Asimismo, se pretendió describir el estado actual del ordenamiento en la materia, para poder determinar si la adopción de las recomendaciones propuestas por la iniciativa resultarían beneficiosas para la Argentina.

Al respecto, se señaló que si bien a la Argentina se le ha atribuido una conducta errante en la materia, ha encontrado un cierto cause en los últimos años. En efecto, la última década se inició con la denuncia de tres convenios de doble imposición de una red de tratados que de por sí no era demasiado amplia. Sin embargo, salvo el caso del tratado con Austria que había sido denunciado unos años antes, todos fueron renegociados, e, incluso, se celebraron varios convenios con países con los cuales Argentina no tenía relaciones bilaterales en la materia. El Estado argentino, evidentemente, considera que este tipo de acuerdos bilaterales resultan propicios para una mayor integración internacional. El esfuerzo es aún mayor, si se considera el particular interés del gobierno actual en que la Argentina sea un miembro pleno de la OCDE.

Argentina, como se explicó, ha negociado recientemente varios acuerdos tomando como base la estructura general del modelo de la OCDE/ONU con algunas variaciones. Si bien escapa a este trabajo considerar si aquel resulta beneficioso en términos económicos, se destacó la desconfianza que doctrinarios de relevancia han explicitado respecto de la distribución de potestades tributarias que se estipula en aquellos, con particular énfasis, entre países con un relación asimétrica¹⁷³. Sin embargo,

¹⁷³ Baistrocchi, Eduardo: *“The use and interpretation Tax Treaties in the Emerging World: Theory and Implications...”*; Dagan, Tsilly: *“The Tax Treaties Myth...”*; y Figueroa, Antonio H.: *“El convenio argentino-chileno...”*, y, *“Nuevo tratado tributario amplio con España...”*, op. cit.

creo que la política exterior del país en este aspecto trasciende a la ecuación económica con la que se pueda analizar el flujo de inversiones derivado de la puesta en vigencia de estos tratados, porque es posible considerar que lo que se busca con ellos es dotar a las inversiones extranjeras de algún grado mayor de protección o seguridad jurídica, de forma tal de abstraerlas de los vaivenes ya estructurales que ha tenido nuestro país en los - por lo menos - últimos 30 años. Ello, además de profundizar los mecanismos de intercambio de información con respecto a las rentas y el patrimonio de contribuyentes argentinos en el exterior, y la cooperación administrativa. A su vez, y en alguna medida, seguir la tendencia a la baja de las tasas efectivas de imposición implementada por varios países, incluso desarrollados.

En tal sentido, cabe señalar que la intención de la iniciativa BEPS tuvo como objeto rediseñar las normas que regulan el sistema tributario internacional de forma tal de que las ganancias fueran tributadas en las jurisdicciones donde ocurre la actividad económica y donde el valor es creado. Sin embargo, el consenso no solo no atravesó las 15 acciones de la iniciativa, sino que tampoco hubo una propuesta de introducir modificaciones sustanciales en el propio sistema que creó la problemática que la iniciativa se propuso solucionar. En palabras de Avi – Yonah, las propuestas son zapatos nuevos para la misma ruta vieja, pues se reforzaron los viejos principios mediante una reformulación de las reglas actuales¹⁷⁴. Aun así, es notable que la comunidad internacional haya tomado en consideración y puesto en relevancia los problemas que genera la planificación fiscal agresiva. No solo a los países en vía de desarrollo, sino también a los países más desarrollados, que se encontraron particularmente afectados en un contexto de austeridad. Además, y al margen de los problemas presupuestarios derivados de la merma en la recaudación, estas prácticas se enfrentan de bruces con principios básicos como la justicia y la equidad. Es por ello, que si bien se ha señalado que el proyecto BEPS no es tan revolucionario como parece, la aproximación multilateral y comprensiva resulta un esfuerzo valorable.

Al respecto, Avi-Yonah y Hu mencionan algo que merece ser destacado. Explican que, en los Estados Unidos

“el apoyo social a la globalización está basado en la existencia de una red de seguridad social. Si se percibe que los ricos y las grandes corporaciones no pagan la porción que se considera justa, la voluntad

¹⁷⁴ Avi-Yonah, Reuven S. y Hu, Haiyan: “*Evaluating BEPS*”, *op. cit.*, pág. 6.

del resto de la sociedad de pagar impuestos para soportar esa red de seguridad se erosiona. Una vez que la cultura de no pagar impuestos se establece, es muy difícil que cambie. Necesitamos hacer algo con respecto tanto a la evasión como a la elusión fiscal antes de que sea demasiado tarde”¹⁷⁵.

En suma, es posible señalar que la hipótesis planteada al inicio de este trabajo se confirma, aunque sea, parcialmente. Ello es así, porque, pese a las críticas que los diversos autores han expresado respecto de cuestiones puntuales, y en virtud de la descripción que se hizo en el apartado precedente del caso “Molinos”, se considera que la incorporación del Estado argentino al MLI resulta una decisión afortunada. En especial, en lo relativo a la adopción de cláusulas del estilo PPT o de Limitación de Beneficios. En efecto, se pudo explicitar cuál fue la reacción de los distintos operadores directamente interesados cuando no existen normas directamente aplicables a un caso. También, se pudo poner de manifiesto cómo se pueden expresar posiciones diametralmente opuestas respecto de un mismo caso. En consecuencia, se estima que la homogenización de conceptos y la previsión de este tipo de institutos, resultará beneficiosa -por lo menos en este aspecto- tanto para los contribuyentes como para la autoridad fiscal.

En ese sentido, las críticas expuestas respecto de algunas de las modificaciones de esta iniciativa, en particular, por la ambigüedad y amplitud de las normas que se propusieron, no tienen mayor cabida si se considera que una gran cantidad de países tienen en vigencia algún tipo de cláusula general anti-elusiva o doctrinas judiciales elaboradas con esa misma finalidad. En efecto, casi todos los miembros de la OCDE, todos los BRICS (Brasil, Rusia, India, China y Sudáfrica), y el G20 completo salvo México, tiene algún tipo de medida o herramienta del estilo¹⁷⁶. En consecuencia, en menor o en mayor medida, a esos Estados y sus contribuyentes las propuestas no les deberían resultar totalmente ajenas o extrañas.

Por tales motivos, si bien este tipo de cláusulas atentan contra la necesidad de certeza, seguridad jurídica, y previsibilidad, también existen razones de justicia y equidad, que justifican que los Estados las utilicen para encontrar y devolver el equilibrio a la situación actual. Ello, no implica que el incumplimiento de convenios internacionales (*treaty override*) sea una práctica aceptable. Las normas que regulan el derecho internacional no han variado, y claramente es deseable que los Estados tengan

¹⁷⁵ Avi-Yonah, Reuven S. y Hu, Haiyan: “*Evaluating BEPS*”, *op. cit.*, pág. 11 (traducción propia).

¹⁷⁶ Rolim, João Dácio: “*The General Anti-Avoidance Rule...*”, *op. cit.*, pág. 111.

un incentivo a cumplir con los términos de las obligaciones asumidas¹⁷⁷. Sin embargo, anteriormente la comunidad internacional se había fijado exclusivamente en los problemas derivados de los casos de doble imposición, y ahora también ha hecho foco en los problemas generados por la doble no imposición. El desafío, constituye armonizar esos “objetos y propósitos” de forma tal que no sean incompatibles.

Por ello la introducción de las propuestas de la iniciativa BEPS resultará beneficiosa para el ordenamiento jurídico argentino. La adopción de medidas como la cláusula de Limitación de Beneficios y la Regla del Propósito Principal tendrá un efecto particularmente positivo en nuestro país porque la adopción de estándares internacionales proveerá certeza y limitará las ambiciones recaudatorias de la autoridad fiscal. Teniendo en cuenta la posición de la autoridad fiscal en el caso “Molinos”, es posible que inicialmente el Fisco Nacional esté impulsado a utilizar las nuevas herramientas, e incluso “realidad económica” en los casos en los que no resulte aplicable la PPT rule. Ello, especialmente, en aquellos casos donde exista una fuerte reducción o casi nula tributación, porque, en la actualidad, son claramente contrarios a los propósitos de los convenios. También, es probable que esa posición sea respaldada por el Tribunal Fiscal de la Nación, de conformidad con los fundamentos expuestos en el caso concreto analizado¹⁷⁸. Sin embargo, la experiencia internacional compartida y los comentarios que eventualmente se realicen sobre estas normas, seguramente funcionaran como un dique de contención sobre las facultades de la autoridad fiscal.

Como se señaló, además, las nuevas normas de transparencia fiscal requerirán de nuevas estructuras de planificación y probablemente disuadan aquellas que en la actualidad eran consideradas agresivas¹⁷⁹, por lo que el ámbito objetivo de aplicación de este tipo de cláusulas probablemente se reduzca. En tal sentido, no cabe soslayar que las normas actuales en materia tributaria permitían la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios (BESP), y ello motivó esta iniciativa. En consecuencia, a medida que los agentes del sistema (autoridades fiscales y particulares) se adapten al funcionamiento de las nuevas normas y recomendaciones, podrá eventualmente lograrse un equilibrio entre la equidad pretendida y la certeza que,

¹⁷⁷ OECD (1989), *Recommendation of the Council concerning Tax Treaty Override*, OECD/LEGAL/0253. Disponible en: <https://legalinstruments.oecd.org/public/doc/83/83.en.pdf>

¹⁷⁸ Hay que considerar que ese tribunal administrativo tenía muchos cargos vacantes al momento de la sentencia en el caso “Molinos”, y recientemente fueron nombrados nuevos Vocales, por ende, habrá que esperar para determinar cuál es su aproximación con respecto a casos o estructuras de planificación fiscal como la ensayada en el caso “Molinos”.

¹⁷⁹ OCDE, Åsa Johansson, Øystein Bieltvedt Skeie and Stéphane Sorbe, Op. Cit., nro. 44.

especialmente, los particulares demandan en materia tributaria.

En definitiva, es posible observar cómo una red de tratados basados en modelos distintos ha generado inconvenientes sin ser demasiado extensa, y cómo los avatares de la historia argentina no han permitido delinear una aplicación homogénea de sus herramientas anti-elusivas. En consecuencia, una modificación extensiva en esta materia, simplificará la interpretación de las cláusulas y permitirá recurrir sin preocupaciones a los comentarios al modelo de la OCDE - pese a que sean *soft law* y no sean vinculantes -, e incluso a la experiencia extranjera como guía en el ejercicio hermenéutico de aquellas, con el objeto de adaptarlas y adoptarlas en la realidad local. Ello, sin necesidad de recurrir unilateralmente a la aplicación de normas domésticas que puedan derivar en el incumplimiento de obligaciones internacionales.

Por lo demás, y no menos importante, la aplicación de estas herramientas por parte de las autoridades fiscales, deberá estar bajo un celoso escrutinio de la sociedad; en este aspecto, han tomado gran relevancia distintos actores de la sociedad civil, tales como Tax Justice Network y el BEPS Monitoring Group. Por último, deberá, obviamente, deberá estar sujeta a una revisión judicial suficiente; máxime, cuando se ha señalado en reiteradas oportunidades que cuanto más discrecional sea la atribución o competencia, mayor debe ser el grado de motivación exigido por parte de las autoridades¹⁸⁰.

¹⁸⁰ conf. doctrina de Fallos: 314:625; 315:1361; 324:1860.

BIBLIOGRAFÍA

Artículos.

Avi-Yonah, Reuven S., *The Structure of International Taxation: A Proposal for Simplification*, 74 TEX. L. REV. 1301, 1349, 1996.

Avi-Yonah, Reuven S., *Double Tax Treaties: An Introduction*, Diciembre 2007. Disponible en: <https://ssrn.com/abstract=1048441> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1048441>

Avi-Yonah, Reuven S. – Haiyan Hu, *Evaluating BEPS*, Erasmus Law Review, Vol. 10, Issue 1, Agosto 2017. Disponible en: <http://ssrn.com/abstract=2716125>

Avi – Yonah, Reuven S., *Full Circle? The Single Tax Principle, BEPS, and the New US Model*, Law & Economics Research Paper Series, Paper n° 15-019. Disponible en: <http://www.ssrn.com/abstract=2673463>

Báez, Andrés, *El Plan BEPS y Los Países en Vías de Desarrollo (BEPS and Developing Countries)*, Abril 2017. Disponible en: <https://ssrn.com/abstract=2956284>

Baistrocchi, Eduardo, *The use and interpretation Tax Treaties in the Emerging World: Theory and Implications*, British Tax Review, 2008. Disponible en: <https://ssrn.com/abstract=1273089>

Baker, Philip, *Improper Use of Tax Treaties, Tax Avoidance and Tax Evasion*, UN-ITC project, Papers on Selected Topics in Administration of Tax Treaties for Developing Countries, Paper No. 9-A, May 2013.

Bernstein, Jack, *BEPS Action 6 – Trying to curtail treaty shopping*, Tax Notes International, Diciembre 2014.

Brauner, Yariv, *Treaties in the Aftermath of BEPS*, 41 Brook. J. Int'l L. (2016). Disponible en: <http://brooklynworks.brooklaw.edu/bjil/vol41/iss3/3>

Braccia, Mariano F., *La interpretación teleológica como instrumento antielusivo*, Thomson Reuters, PET 2011 (noviembre-479), 1.

Braccia, Mariano F., *Método para aplicar el principio de la realidad económica*, Thomson Reuters, PET 2012 (febrero-485), 1.

Braccia, Mariano F., *Proyecto BEPS y sus implicancias para el derecho tributario internacional*, Thomson Reuters, PET 2014 (noviembre-551), 1-Consultor Tributario, 45.

Braccia, Mariano F., *Aplicación del principio de la realidad económica: una lección de la Corte Suprema de Justicia*, Thomson Reuters, PET 2015 (noviembre-574), 1.

Braccia, Mariano F., *Interpretación de las leyes tributarias: textualismo y finalismo en la reciente jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, Thomson Reuters, PET 2015 (noviembre-574), 1.

Braccia, Mariano F., *El nuevo enfoque BEPS sobre el abuso de convenio*, Thomson Reuters, PET 2016 (abril-583), 1.

Cacace, Héctor Osvaldo, *Reforma Tributaria: El Nuevo Régimen de Transparencia Fiscal Internacional* (TFI), Revista ECONO, FCE, UNLP N° 17, Año 9, Diciembre 2018.

Chand, Vikram, *The Guiding Principle and the Principal Purpose Test*, International Taxation, Vol. 12, Junio 2015.

Chand, Vikram, *The Principal Purpose Test in the Multilateral Convention: An in-depth Analysis*, Intertax, Volume 46, Issue 1, 2018. Disponible en; https://serval.unil.ch/resource/serval:BIB_23CFCBC2370E.P001/REF

Cooper, Graeme S., *Tax Treaty Policy of Developing Countries Post-BEPS*, Singapore Management University School of Accountancy Research Paper No. 2016-S-45, 2016. Disponible en: <https://ssrn.com/abstract=2722837> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2722837>

Cunha, Rita, *BEPS Action 6: Uncertainty in the Principal Purpose Test Rule*, Global Taxation 2, 60, 2016. Disponible en: <https://ssrn.com/abstract=2796565>.

Dagan, Tsilly, *The Tax Treaties Myth*, 32 N.Y.U. J. INT'L LAW & POL. 939, 2000.

De Broe, Luc y de Luts, Joris, *BEPS action 6: Tax Treaty Abuse* (2015), 43 Intertax, Issue 2, pp. 122–146. Disponible en: https://library.cronerico.uk/iectr-wkus_tal_15926-2015043002-klicchictaxi430201.

Desax, Marcus – Busenhardt, Martin, *Swiss Tribunal Rules on Ownership And Treaty Abuse Issues Regarding Total Return Swaps*, Tax Notes Int'l, Mayo 2012.

Duff, David G., *Responses to Tax Treaty Shopping: A Comparative Evaluation*, 2010. Disponible en: <https://ssrn.com/abstract=1688689> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1688689>

Elliffe, Craig Macfarlane, *The Lesser of Two Evils: Double Tax Treaty Override or Treaty Abuse?*, British Tax Review, No 1, 2016, pages 62-88. Disponible en: <https://ssrn.com/abstract=2745612>

Fernández Sabella, Florencia, *El nuevo régimen de transparencia fiscal que propone la reforma*, IMP – Práctica Profesional 2018-XX,55.

Figuerola, Antonio H., *Análisis de la Ley 26.185: Convenio para evitar la doble imposición con la Federación de Rusia*, Thomson Reuters, IMP 2007-15, 1437.

Figuerola, Antonio H., *Nuevo tratado tributario amplio con España*, Thomson Reuters, Publicado en: IMP 2013-11, 103.

Figuerola, Antonio H., *El convenio argentino-chileno para evitar la doble imposición internacional: el caso “Molinos Río de la Plata S.A.”*, Thomson Reuters, PET 2014 (febrero-533), 1.

Figuerola, Antonio H., *El plan de acción OCDE contra la erosión de la base imponible y el traslado de los beneficios. BEPS (base erosion and profit shifting)*, Thompson Reuters, IMP 2014-11, 61-Consultor Tributario, 61.

Figuerola, Antonio H., *El nuevo tratado para evitar la doble imposición internacional suscrito con Chile* (primera, segunda y tercera parte), Thompson Reuters, IMP 2015-10, 61, IMP 2015-12, 49, IMP 2016-7, 107.

Figuerola, Antonio H., *El acuerdo para evitar la doble tributación internacional suscrito con México* (primera y segunda parte), Thompson Reuters, IMP - Práctica Profesional 2017-XIV, 85 y 2017-XV, 49.

Fraga, Diego – Verstraeten, Axel A., *Algunas consideraciones acerca de la denuncia del Convenio entre Argentina y España*, Thompson Reuters, Práctica Profesional 2012-173, 64.

García, Fernando D. y Verstraeten, Axel A., *¿Abuso de tratado?* (primera y segunda parte), Thompson Reuters, PET 2013 (octubre-525), 1 y PET 2013 (noviembre-526), 1.

Gotlib, Gabriel, Castelli, María Paula, Ferreyra Fernández, Constanza Kaplún, Brian, *Actualidad tributaria después de BEPS. El Convenio Multilateral*, Thomson Reuters – Checkpoint, Suplemento Especial de Tributación Internacional, Septiembre 2017.

Herzfeld, Mindy, *Treaty Abuse — The Principal Purpose Test*, Tax Notes International, Febrero 2016.

Herzfeld, Mindy, *The Case against BEPS – Lessons for Coordination*, University of Florida Levin College of Law Research Paper No. 18-3, 2017. Disponible en: <https://ssrn.com/abstract=2985752> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2985752>

Kok, R., *The Principal Purpose Test in Tax Treaties under BEPS Action 6*, Intertax, V. 44, Issue 5, 2016.

Lang, Michael, *BEPS Action 6: Introducing an Antiabuse Rule in Tax Treaties*, Tax Notes International, Volume 74, N° 7, Mayo 2014.

Larkin, Barry, *A matter of substance*, Tax Notes International, Enero 2018.

Morse, Susan C. y Deutsch, Robert, *Tax Anti-Avoidance law in Australia and the United States*, The International Lawyer, V. 49, nro. 2, 2015.

T. Pagone, *The Australian GAAR Panel*, Lecture delivered at the Oxford University Centre for Business Taxation Conference, London, 10 February 2012. Disponible en: <http://www.austlii.edu.au/au/journals/VicJSchol/2012/2.pdf>

Rajmilovich, Darío, *La Convención Multilateral para aplicar las medidas relacionadas con los Tratados Fiscales para prevenir BEPS (MLI) (Acción 15 del BEPS). El caso de la República Argentina*, Thomson Reuters - Checkpoint, Suplemento Tributario Internacional, Buenos Aires, 2017.

Rolim, João Dácio, *The General Anti-Avoidance Rule: Its Expanding Role in International Taxation*, Revista Direito Tributario Internacional Atual n° 02, 2017.

Rosenzweig, Adam H., *News Analysis: Building a framework for a Post-BEPS World*, Tax Notes International, Junio 2014.

Stone, Mark, *LOB Provisions in the 2015 Draft U.S. Model Tax Treaty*, Tax Notes International, Volumen 80, Nro. 7, Noviembre 2015.

Tarsitano, Alberto, *La cláusula general antiabuso en el Modelo de Código Tributario para América Latina*, en: *Modelos de Código Tributario para América Latina: tendencias actuales de tributación*, Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, 2010, págs.. 347 a 368.

Tarsitano, Alberto, *La norma general antiabuso, ¿el fin de la elusión?, las experiencias argentina y peruana*, Revista Análisis Tributario, Lima, Abril 2012, págs. 17 a 23.

Tarsitano, Alberto, *La prohibición de abuso de convenio para evitar la doble imposición internacional*, Suplemento Enfoque Internacional de la Revista Análisis Tributario, Lima, N° 12, 2014.

Teijeiro, Guillermo O., *Abuso o uso impropio de tratados de doble imposición. Medidas unilaterales y bilaterales para prevenirlo. La experiencia en el derecho comparado y en la Argentina*, Buenos Aires, Revista Derecho Fiscal, Nro. 5, 2007.

Teijeiro, Guillermo O., *LoB Clauses, PPT Standard, and the Latin American Treaty Network Choices*, Kluwer International Tax Blog, June 5 2015.

Teijeiro, Guillermo O., *Anti-avoidance measures of general nature and scope – GAAR and other rules*, Cahiers de Droit Fiscal, IFA Seoul Congress 2018, V. 103. Disponible en: https://www.academia.edu/36919989/IFACahier2018Vol.103a_Argentina.pdf.

Tomazela, Ramón: “*Brazil’s absence from the Multilateral BEPS Convention and the new amending protocol signed between Brazil and Argentina*”, Kluwer International Tax Blog, 2017. Disponible en: <http://kluwertaxblog.com/2017/09/05/brazils-absence-multilateral-beps-convention-new-amending-protocol-signed-brazil-argentina/>.

van Weeghel, Stef y Emmerink, Frank, *Global Developments and Trends in International Anti-Avoidance*, IBDF, Bulletin for International Taxation, Agosto 2013. Disponible en: https://sven-giegold.de/wp-content/uploads/2015/03/Stef-van-Weeghel_PwC_article_EN.pdf

Weber, Dennis, *The Reasonableness Test of the Principal Purpose Test Rule in OECD BEPS Action 6 (Tax Treaty Abuse) versus the EU Principle of Legal Certainty and the EU Abuse of Law Case Law* (August 28, 2017), Erasmus Law Review, Vol. 10, No. 1, 2017. Disponible en: <https://ssrn.com/abstract=3026302>.

Libros.

Bilardi, Cristian, *Origen y Evolución del Derecho Internacional Tributario*, en Asorey, Rubén O. – García, Fernando D. (directores), *Tratado de Derecho Internacional Tributario*, Buenos Aires, La Ley, 2013, Tomo I.

García Cozzi, José María, *La doble imposición y la doble no imposición internacional*, en Asorey, Rubén O. – García, Fernando D. (directores), *Tratado de Derecho Internacional Tributario*, Buenos Aires, La Ley, 2013, Tomo I.

García, Fernando D., *Fuentes del Derecho Internacional Tributario*, en Asorey, Rubén O. – García, Fernando D. (directores), *Tratado de Derecho Internacional Tributario*, Buenos Aires, La Ley, 2013, Tomo I.

Giuliani Fonrouge, Carlos María, *Derecho Financiero*, Buenos Aires, Lexis Nexis Depalma, 2003, T I.

Gotlib, Gabriel y Vaquero, Fernando M., *El tratamiento de rentas de fuente extranjera en el régimen de transparencia fiscal. Remisiones a ley extranjera y relación con convenios internacionales*, en García, Fernando D., *Convenios para evitar la doble imposición internacional*, Buenos Aires, La Ley, 2010.

Jarach, Dino, *El Hecho Imponible*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2004.

Meloni, Eduardo O., *Modelos de convenciones para evitar la doble imposición sobre la renta y el patrimonio*, en Asorey, Rubén O. – García, Fernando D. (directores), *Tratado de Derecho Internacional Tributario*, Buenos Aires, La Ley, 2013, Tomo I.

Poch, Guillermo Jaime, *Transparencia Fiscal Internacional*, en García, Fernando D., *Convenios para evitar la doble imposición internacional*, Buenos Aires, La Ley, 2010.

Rigoni, Gabriela, *Nuevo Régimen de Transparencia Fiscal Internacional*, en Kaplan, Hugo Enrique (Dir.) y Volman, Mario (Sub. Dir.), *Reforma Tributaria*, Buenos Aires, Errepar, 2018.

Rajmilovich, Darío, *Convenios Para Evitar la Doble Imposición*, Buenos Aires, Errepar, 2011.

Tarsitano, Alberto, *Interpretación y prohibición de abuso de convenio para evitar la doble tributación interanacional*, en Asorey, Rubén O. – García, Fernando D. (directores), *Tratado de Derecho Internacional Tributario*, Buenos Aires, La Ley, 2013, Tomo I.

Verstraeten, Axel A., *El Abuso de Tratados: Treaty Shopping y “Treaty Override”*, en Asorey, Rubén O. – García, Fernando D. (directores), *Tratado de Derecho Internacional Tributario*, Buenos Aires, La Ley, 2013, Tomo I.

Periódicos.

Lawrence, Felicity, (2010, 29 de noviembre). *The Guardian* (online). Disponible en: <https://www.theguardian.com/business/2010/nov/29/sabmiller-india-africa-actionaid-report>

Griffiths, Ian, (2012, 4 de abril). Amazon: £7bn sales, no UK corporation tax. *The Guardian* (online). Disponible en: <https://www.theguardian.com/technology/2012/apr/04/amazon-british-operation-corporation-tax>;

Bergin, Tom (2012, 15 de octubre). *Reuters* (online). Disponible en: <http://uk.reuters.com/article/us-britain-starbucks-tax-idUKBRE89E0EX20121015>

(2012, 16 de octubre). *BBC Online*. Disponible en: <http://www.bbc.com/news/business-19967397>;

Chew, Jonathan, (2016, 11 de marzo). 7 Corporate Giants Accused of Evading Billions in Taxes. *Fortune* [online]. Disponible en: <http://fortune.com/2016/03/11/apple-google-taxes-eu/>.

(2012, 12 de noviembre). Starbucks, Google and Amazon grilled over tax avoidance. *BBC Online*. Disponible en: <http://www.bbc.com/news/business-20288077>.

Echegaray, Ricardo (2013, 3 de enero). La denuncia y cese de aplicación del convenio con España. *El Cronista* (Online). Disponible en: <https://www.cronista.com/opinion/La-denuncia-y-cese-de-aplicacion-del-convenio-con-Espana-20130103-0058.html>.

Stampler, Laura (2019, 15 de febrero). Amazon Will Pay a Whopping \$0 in Federal Taxes on \$11.2 Billion Profits. *Fortune* (online). Disponible en: <http://fortune.com/2019/02/14/amazon-doesnt-pay-federal-taxes-2019/>.

Jurisprudencia.

USSC, “*Gregory v. Helvering*”, 293 U.S. 465 (1935).

Fallos: 286:97 “*Parke Davies*”.

Fallos: 287:79 “*Mellor Goodwin*”.

Fallos: 288:333 “*Ford Motor Argentina*”.

Fallos: 307:118 “*Kellog Co. Argentina*”.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala III, en Expte. nro. 17157/2012 “*Toyota Argentina SA (TF 26860-I) C/DGP*”, del 8 noviembre de 2012;

Tribunal Fiscal de la Nación, Sala D, “*Molinos Río de la Plata s/ recurso de apelación*”, del 14 de agosto de 2013.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala I, en Expte. Nro. 1351/2014/CAI-CS1 “*Molinos Rio de la Plata SA c/ Dirección General Impositiva s/ Recurso Directo de Organismo Externo*”, del 15 de mayo de 2016.

Procuración General de la Nación, dictamen en Expte. Nro. CAF 1351/2014/CAI-CS1 “*Molinos Rio de la Plata SA c/ Dirección General Impositiva s/ Recurso Directo de Organismo Externo*”, del 28 de noviembre de 2017.

Legislación y Dictámenes.

Ley 11.683 (Texto Ordenado por Decreto 821/98 - Boletín Oficial: 20 de julio de 1998).

Ley 20.628 (texto ordenado por Decreto 649/97 – Boletín Oficial: 6 de agosto de 1997).

Ley 25.063 (Boletín Oficial: 30 de diciembre de 1998).

Ley 25.239 (Boletín Oficial: 31 de diciembre de 1999).

Ley 26.232 (Boletín Oficial: 26 de abril de 2007).

Ley 26.918 (Boletín Oficial: 18 de diciembre de 2013).

Ley 27.010 (Boletín Oficial: 11 de diciembre de 2014).

Ley 27.148 (Boletín Oficial: 28 de junio de 2015).

Ley 27.274 (Boletín Oficial: 30 de septiembre de 2016).

Ley 27.334 (Boletín Oficial: 21 de diciembre de 2016).

Ley 27.430 (Boletín Oficial: 29 de diciembre de 2017).

Ley 27.441 (Boletín Oficial: 23 de mayo de 2018).

Ley 27.496 (Boletín Oficial: 4 de enero de 2019).

Decreto 1037/00 (Boletín Oficial: 14 de noviembre de 2000).

Resolución Conjunta del Ministerio de Hacienda y de Relaciones Exteriores y Culto nro. 2 del 17 de octubre de 2018 (Boletín Oficial: 22 de octubre de 2018).

Dictamen 59/1986.

Dictamen (DAT) nro. 57/96

Dictámenes DNI nro. 64/09 y 799/10.

Documentos institucionales.

OECD (1989), *Recommendation of the Council concerning Tax Treaty Override*, OECD/LEGAL/0253. Disponible en:

<https://legalinstruments.oecd.org/public/doc/83/83.en.pdf>bm

OECD (1998), *Harmful Tax Competition: An Emerging Global Issue*, OECD Publishing, Paris. Disponible en: <https://doi.org/10.1787/9789264162945-en>.

OECD (2013), *Plan de acción contra la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios*, OECD Publishing. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.1787/9789264207813-es>.

OECD (2015), *Designing Effective Controlled Foreign Company Rules, Action 3 - 2015 Final Report*. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.1787/9789264241152-en>

OECD (2016), *Impedir la utilización abusiva de convenios fiscales, Acción 6 – Informe final 2015*, Éditions OCDE, Paris, pág. 20. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.1787/9789264257085-es>

OECD (2017), *Model Tax Convention on Income and on Capital: Condensed Version 2017*, OECD Publishing. Disponible en: http://dx.doi.org/10.1787/mtc_cond-2017-en

OECD (2019), *Prevention of Treaty Abuse - Peer Review Report on Treaty Shopping: Inclusive Framework on BEPS: Action 6, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project*, OECD Publishing, Paris. Disponible en: <https://doi.org/10.1787/9789264312388-en>

Gacetillas y Sitios Institucionales.

<http://www.oecd.org/tax/treaties/multilateral-convention-to-implement-tax-treaty-related-measures-to-prevent-beps.htm>

<http://www.oecd.org/countries/argentina/argentina-refuerza-su-cooperacion-con-la-ocde-a-traves-de-un-nuevo-plan-de-accion.htm>

https://read.oecd-ilibrary.org/taxation/the-multilateral-convention-on-mutual-administrative-assistance-in-tax-matters_9789264115606-en#page2;

<http://www.oecd.org/tax/exchange-of-tax-information/mauritania-joins-international-efforts-against-tax-evasion-and-avoidance.htm>

<http://www.oecd.org/tax/treaties/multilateral-instrument-BEPS-tax-treaty-information-brochure.pdf>

<http://www.oecd.org/tax/treaties/application-toolkit-multilateral-instrument-for-beps-tax-treaty-measures.htm>

<http://www.cancilleria.gob.ar/argentina-mas-cerca-de-la-ocde;>

<http://www.telam.com.ar/notas/201711/223485-estiman-que-el-ingreso-de-argentina-a-la-ocde-tomara-diez-anos.html>;

PWC, Tax Insights from Tax Controversy and Dispute Resolution, October 6, 2016.
Disponible en: <https://www.pwc.com/gx/en/tax/newsletters/tax-controversy-dispute-resolution/assets/pwc-TCDR-OECD-BEPS-anti-abuse-themes.pdf>

<https://www.ey.com/gl/en/services/tax/international-tax/alert--argentina-signs-multilateral-convention-to-implement-tax-treaty-related-measures-to-prevent-beps>.

<http://www.parliament.uk/edm/2012-13/852>;

<http://www.parliament.uk/edm/2012-13/599>

<https://www.hsgac.senate.gov/subcommittees/investigations/hearings/caterpillars-offshore-tax-strategy>