

PABLO A. HERNÁNDEZ GONZÁLEZ-BARRERA

CAPÍTULO 29

*El concepto de beneficiario efectivo en la reforma tributaria:  
intercambio de información y normas antiabuso\**



SUMARIO: Introducción. I. El concepto de beneficiario efectivo en derecho anglosajón y su carácter casuístico. II. El concepto de beneficiario efectivo en el intercambio de información relevante para asuntos fiscales. A. El concepto de beneficiario efectivo en las reglas internacionales de intercambio de información. B. El concepto de beneficiario efectivo para intercambio de información en el Estatuto Tributario. 1. La identificación de beneficiarios efectivos de personas jurídicas y otros negocios jurídicos en el Estatuto Tributario. 2. La identificación de beneficiarios efectivos de cuentas financieras en el Estatuto Tributario. III. El concepto de beneficiario efectivo en el Estatuto Tributario como regla antiabuso. A. El concepto de beneficiario efectivo en los convenios tributarios sobre la renta y sobre el patrimonio. B. La regla de denegación de deducibilidad de pagos a beneficiarios efectivos residentes. C. Beneficiario efectivo, obligado tributario y la norma general antiabuso del Estatuto Tributario. Consideraciones finales.

## INTRODUCCIÓN

Al modificar los artículos 63I, 77I y 869 ET, la reforma tributaria estructural introduce en el Estatuto Tributario el concepto de beneficiario efectivo. Este cumple tres funciones. Por un lado, opera como concepto fundamental en los deberes de suministro de información a la Administración Tributaria<sup>1</sup>; por otro, forma parte del presupuesto de hecho de una norma antiabuso que deniega la deducibilidad de ciertos pagos<sup>2</sup>; por último, el concepto se emplea en la norma general antiabuso, al parecer como complemento de la definición de obligado tributario<sup>3</sup>. A ellos se une el preexistente concepto de beneficiario efectivo contenido en los convenios tributarios suscritos por Colombia.

---

\* Este trabajo se enmarca en el proyecto de investigación “La fiscalidad internacional tras BEPS. ¿Son las nuevas reglas y propuestas adecuadas para todos los Estados?”, cuyo investigador principal es el Prof. Dr. Juan José Zornoza Pérez, catedrático de la Universidad Carlos III de Madrid (pendiente de resolución del Ministerio de Economía y Competitividad del Reino de España).

1 Ver los artículos 131 a 134 de la Ley 1819 de 2016, “por medio de la cual se adopta una reforma tributaria estructural, se fortalecen los mecanismos para la lucha contra la evasión y la elusión fiscal, y se dictan otras disposiciones”.

2 Ver artículo 136 de la Ley 1819 de 2016.

3 Ver artículo 300 de la Ley 1819 de 2016.

Ahora bien, como veremos, en los primeros casos mencionados, la incorporación del concepto de beneficiario efectivo no responde a una política fiscal doméstica precisa, sino que se deriva de los deberes sobre intercambio de información dimanantes de los recientes trabajos internacionales desarrollados por el G-20, la OCDE y el Foro Global sobre Transparencia e Intercambio de Información en el marco de lo que se ha denominado planificación fiscal agresiva<sup>4</sup>.

La razón de ser de la extensión de otro uso del concepto de beneficiario efectivo en el Estatuto Tributario como regla antiabuso parece ser su uso en el Modelo de Convenio de la OCDE en relación con dividendos, intereses y cánones como rentas pasivas susceptibles de una alta movilidad<sup>5</sup>. Con todo, no parece tan claro que su traslación a la normativa colombiana en los supuestos de denegación de deducibilidad de pagos y en la norma general antiabuso dimane directamente de esa expresión del modelo, sino que se trataría de una reformulación.

Un inciso merece la relevancia del concepto y su estudio, que se debe a diversos motivos. En primer lugar, porque el concepto determina nuevas obligaciones de debida diligencia en la identificación de dichos beneficiarios, pudiendo por tanto derivarse responsabilidad sancionadora a las entidades o personas que incumplan dichos deberes<sup>6</sup>; en segundo lugar, porque la reforma tributaria determina la posibilidad de denegar en determinadas circunstancias la deducción de pagos al exterior cuando se verifique que el beneficiario efectivo de los mismos es el propio pagador<sup>7</sup>; en tercer lugar, porque el concepto

---

4 Ver *Communiqué of Meeting of G-20 Finance Ministers and Central Bank Governors*, Moscow, July, 20<sup>th</sup>, 2013, párr. 19; *Communiqué: G-20 Finance Ministers and Central Bank Governors*, Brisbane, September 22<sup>nd</sup>, 2014, párr. 8; *Communiqué: G-20 Finance Ministers and Central Bank Governors*, Ankara, September, 6, 2015, párr. 11; *Communiqué of Meeting of G-20 Finance Ministers and Central Bank Governors*, Chengdu, July, 24<sup>th</sup>, 106, párr. 12. Ver también *G-20 Leaders Declaration*, Saint Petersburg, September, 6<sup>th</sup>, 2013, párr. 51; *G-20 Leaders Declaration*, Hamburg, July, 8<sup>th</sup>, 2017, párr. 20. En relación con tales declaraciones ver los resultados en Global Forum on Transparency and Exchange of Information for Tax Purposes. *Exchange of Information on Request: Handbook for Peer Reviews 2016-2020*, 3.<sup>a</sup> ed., Paris, OECD, 2016, pp. 17 ss.; OECD. *Standard for Automatic Exchange of Financial Information in Tax Matters Implementation Handbook*, Paris, OECD, 2015, pp. 47 ss.; *Standard for Automatic Exchange of Financial Account Information in Tax Matters*, 2.<sup>a</sup> ed., Paris, OECD, 2017, p. 198.

5 Ver arts. 10, 11 y 12 del Modelo de Convenio de la OCDE y comentarios correspondientes en sus versiones desde 1977.

6 Ver artículo 136 de la Ley 1819 de 2016.

7 Ver artículos 631-4 párrafos 2.<sup>º</sup> y 4.<sup>º</sup>, 631-5 párrafo 1.<sup>º</sup> y 631-6 párrafo 1.<sup>º</sup> ET, en su redacción dada por la Ley 1819.

parece determinar la posibilidad de recharacterizar transacciones aun cuando no se esté ante un contribuyente; y por último, en relación con todo lo anterior, porque el concepto ha sido objeto de gran controversia durante largo tiempo en cuanto a su definición y alcance, sin que la misma se haya resuelto<sup>8</sup>. Así, los problemas sobre su definición, unidos a las gravosas consecuencias establecidas en la reforma tributaria en relación con el mismo, justifican un cuidado y profundo estudio al respecto.

No es baladí tampoco destacar que el concepto no es completamente ajeno o nuevo en la legislación colombiana, en tanto se encuentra contenido en la totalidad de los convenios tributarios sobre la renta y sobre el patrimonio suscritos por Colombia, por lo que se hace necesario el estudio comparado del concepto a la luz de la reforma tributaria en relación con el concepto convencional<sup>9</sup>.

A tal efecto, en este trabajo abordaremos el origen y contexto en que se desarrolla el concepto, su definición y alcance en la Ley 1819 de 2016 y en el derecho comparado, así como las consecuencias previstas en el Estatuto Tributario en relación con el mismo. Analizaremos en primer lugar el origen del concepto y el contexto en el que se desarrolla en el derecho inglés. Es importante tener en cuenta su origen en el derecho de equidad de algunos países anglosajones toda vez que, como veremos, esa gestación ha generado numerosos equívocos e imprecisiones que han llevado a un uso indebido del concepto. En segundo lugar, consideraremos la norma colombiana de beneficiario efectivo en el ámbito del intercambio de información a partir de los documentos internacionales que promueven la implantación del concepto en el ámbito del intercambio de información. De esa forma podremos ver la incardinación de la reforma sobre el concepto en ese contexto internacional y estado de opinión relativo a la denominada planificación agresiva. Por último, analizaremos el concepto en las normas antiabuso colombianas, empezando por los convenios tributarios, y analizando su origen en la OCDE y el derecho fiscal estadounidense, para luego analizar su uso en la denegación de deducibilidad de gastos y en el marco de la norma general antiabuso.

---

8 Ver artículo 869 ET, en su redacción dada por la Ley 1819.

9 Ver artículos correspondientes a dividendos, intereses y cánones de los convenios tributarios suscritos por Colombia con Canadá, República Checa, España, India, Corea, México, Portugal, Francia y Chile.

## I. EL CONCEPTO DE BENEFICIARIO EFECTIVO EN DERECHO ANGLOSAJÓN Y SU CARÁCTER CASUÍSTICO

Es sobradamente conocido que el concepto de beneficiario efectivo se desarrolla en la Corte de la Cancillería de Inglaterra, en torno a los siglos XIII y XIV, como derecho concedido por el monarca en situaciones en que las leyes ordinarias no protegían determinadas situaciones que, en equidad, se consideraban merecedoras de salvaguarda jurídica<sup>10</sup>. Así, cuando la plena propiedad era transferida a terceros por distintos motivos, ajenos al ordenamiento, aunque en la confianza de que este actuaría con la propiedad de acuerdo con las instrucciones del transmitente, se concedían a este esos derechos de propiedad beneficiaria o propiedad en equidad<sup>11</sup>. En ese sentido, es importante destacar que ese derecho de equidad era un derecho casuístico y derivado de la prerrogativa directa del monarca y, por tanto, no oponible *erga omnes*<sup>12</sup>.

<sup>10</sup> Ver J. BEACH, *Trusts and Trustees*, Central Law Journal Company, St. Louis, 1897, p. 3; J. W. EATON, *Equity Jurisprudence*, 2.<sup>a</sup> ed., West Publishing, St. Paul, 1923, pp. 17-19; A. HUDSON, *Equity and Trusts*, Rutledge, Abingdon, 2013, pp. 16-22; S. MARTÍN SANTISTEBAN, *El instituto del 'trust' en los sistemas legales continentales y su compatibilidad con los principios de 'civil law'*, Aranzadi, Cizur Menor, 2005, pp. 31-32.

<sup>11</sup> Sobre el desarrollo temprano del *trust* y el beneficiario efectivo en la Corte de la Cancillería, ver J. B. AMES, "The Origin of Uses and Trusts", *Harvard Law Review*, vol. 21, 4, 1908, pp. 264-266; J. H. BAKER, *An Introduction to English Legal History*, 4.<sup>a</sup> ed., Butterworths, London, 2002, p. 249; BEACH, *Trusts and Trustees*, cit., p. 2; G. G. BOGERT, *Law of Trusts*, 4.<sup>a</sup> ed., West Publishing, St. Paul, 1963, p. 7; A. HUDSON, *Equity and Trusts*, cit., pp. 5-6, 45; M. LUPOI, *Trusts: A comparative study*, Cambridge University Press, 2000, p. 184; F. W. MAITLAND, "The origin of uses", *Harvard Law Review*, vol. 8, 3, 1894, pp. 129-131.

<sup>12</sup> Precisamente por su desarrollo casuístico hay numerosas formas de beneficiario efectivo referidas a distintos tipos de transacciones con distintos derechos legales –en sentido estricto– en relación con el papel de la confianza en la transacción. Como señala Hudson, citando a Woody Allen, el derecho de equidad y la propiedad beneficiaria "no se parece a nada": a veces una persona es calmada, recogida y organizada, y en otros momentos está confundida por la situación, simplemente tratando de hacerlo de la peor forma posible. Posiblemente de forma más precisa Hudson señala que la equidad –y en consecuencia la propiedad beneficiaria– es como el jazz libre, en tanto se basa en ideas y conceptos cuidadosamente pensados y construidos, pero reacciona a la situación jurídica correspondiente en la forma que mejor se adapta al caso. Así, es una combinación de reglas rígidas, como cualquier música de jazz tiene un núcleo sólido; pero lo que parece improvisación aleatoria en realidad son respuestas a las circunstancias de acuerdo con unos principios. Para el autor, el análisis de *The Dave Brubeck Five* en la revista *Time* de 1954 resume su sentido del derecho de la equidad: "Es tremendamente complejo, pero libre. Fluye, improvisando constantemente, pero se mantiene el conjunto por un patrón firme... La

Con el tiempo, la jurisprudencia de la Corte de la Cancillería, primero, y de los tribunales ordinarios, después, fue consolidando un cuerpo más o menos consistente de reglas de protección de esas situaciones, aunque manteniendo su carácter jurisprudencial y casuístico<sup>13</sup>. Así, ese doble carácter flexible aunque garantista de la propiedad beneficiaria hizo que su uso se generalizara en Inglaterra, Estados Unidos y otras jurisdicciones basadas en el derecho inglés, como instrumento dúctil para organizar y planificar la titularidad de activos y patrimonios mediante la transmisión de la propiedad a terceros sin necesidad de renunciar de forma completa a los derechos sobre los mismos<sup>14</sup>.

Sobre la situación de estas instituciones en el derecho contemporáneo debemos destacar que el concepto de *trust* o propiedad beneficiaria no siempre establece un derecho preciso, *erga omnes*, absoluto o predefinido. Por el contrario, aunque sigue una estructura básica y parámetros generales, que incluso en algunos casos han sido sistematizados y codificados, es un concepto variable, flexible, dúctil, casuístico, modulable, que se adapta a las distintas situaciones y relaciones jurídicas a las que se superpone, precisamente debido a su propia naturaleza y origen jurisdiccional. Además, hay que tener en cuenta que estos derechos pueden superponerse a negocios ordinarios de compraventa, mandato, sociedad, y casi cualquier situación jurídica en la que la confianza entre las partes pueda desequilibrar los derechos implicados en relación con las expectativas legítimas. Con todo, parece que tanto la práctica jurídica inglesa como la estadounidense han confundido con frecuencia el concepto como un instituto único y *erga omnes*. O, cuando menos, ha habido cierta tendencia a la convergencia de las múltiples variaciones del concepto. Lo cierto es que el concepto conduce a distintas definiciones y distinto desarrollo en situaciones dispares, y esto, unido a la diferente comprensión en cada jurisdicción, hace que sea un concepto muy variable, lo que no parece haber sido tenido en cuenta, o al menos ha sido erróneamente explicado por la doctrina fiscal, particularmente internacional<sup>15</sup>.

---

esencia es la tensión entre la improvisación y el orden; entre libertad y disciplina”. HUDSON, *Equity and trusts*, cit., pp. 14-16.

13 *Ibid.*, pp. 9-10, 46.

14 Ver J. LANGBEIN, “the secret life of the trust: the trust as an instrument of commerce”, *Yale Law Journal*, vol. 107, 1997, pp. 188-189.

15 Ver, e.g., reconociendo la dificultad de precisar una definición, pero afirmando que hay una definición, C. DU TOIT, *Beneficial Ownership of Royalties in Bilateral Tax Treaties*, IBFD, Amsterdam,

En el ámbito de la fiscalidad, el concepto de beneficiario efectivo ha ido permeando la fiscalidad internacional en varios planos. De estos, dos han sido los más destacados y extendidos. Por un lado, su uso en el intercambio de información, que se corresponde con un sentido de persona física que es propietaria en sentido económico de un activo o renta<sup>16</sup>. Por otro, su empleo en los convenios tributarios, en particular aquellos relativos a impuestos sobre la renta y sobre el patrimonio<sup>17</sup>. Este, por su parte, es un concepto más alejado del sentido de beneficiario efectivo en el derecho de equidad y de aplicación más limitada, aunque bebe de forma directa del desarrollo del concepto como regla de atribución fiscal en el derecho tributario estadounidense, donde se mezcló de forma impropia con normas antiabuso. Analizaremos con posterioridad cada concepto en las partes correspondientes a cada uso que aparecen en la normativa colombiana.

## II. EL CONCEPTO DE BENEFICIARIO EFECTIVO EN EL INTERCAMBIO DE INFORMACIÓN RELEVANTE PARA ASUNTOS FISCALES

### A. EL CONCEPTO DE BENEFICIARIO EFECTIVO EN LAS REGLAS INTERNACIONALES DE INTERCAMBIO DE INFORMACIÓN

La incorporación del concepto de beneficiario efectivo a los mecanismos de intercambio de información fiscal se enmarca en la presión internacional que ha tenido lugar en la última década sobre los fenómenos que se han venido a

---

1999, p. 139; D. OLIVER et al., “Beneficial Ownership”, *Bulletin for International Taxation*, vol. 54, 7, 2000, p. 320.

16 Ver Global Forum on Transparency and Exchange of Information for Tax Purposes, *Exchange of Information on Request: Handbook for Peer Reviews 2016-2020*, cit., pp. 17 ss.; oecd, *Standard for Automatic Exchange of Financial Information in Tax Matters Implementation Handbook*, cit., pp. 47 ss.; *Standard for Automatic Exchange of Financial Account Information in Tax Matters*, cit., pp. 57 y 198. Miller divide los distintos tipos de titularidades en titularidad legal sustantiva, titularidad registral, titularidad económica y titularidad nominal. Ver J. E. MILLER, “The Nominee Conundrum: The Live Dummy is Dead, but the Dead Dummy Should Live”, *Tax Law Review*, vol. 34, 1978.

17 Ver arts. 10, 11 y 12 del MC de la OCDE y comentarios correspondientes en sus versiones desde 1977.



denominar planificación fiscal agresiva<sup>18</sup>. Así, junto a las medidas sustantivas ha habido un desarrollo significativo de medidas de cooperación administrativa, entre las que se encuentra el impulso del uso del concepto de beneficiario efectivo como vía para descubrir al sujeto titular de la planificación agresiva o evasión que se encuentra al final de la estructura fiscal. Con todo, cabe destacar que la introducción de dicha norma de beneficiario efectivo en estas reglas de intercambio de información no se realiza propiamente en el marco del Plan de Acción sobre Erosión de Bases Imponibles y Traslado de Beneficios, sino de forma simultánea y paralela<sup>19</sup>. Hay que resaltar que su empleo en intercambio de información no resulta absolutamente novedoso, pues el concepto de beneficiario efectivo ya había sido empleado en dos políticas internacionales distintas de intercambio de información relacionada con el ámbito fiscal. Por un lado, en las reglas de la Financial Action Task Force (FATF) para intercambiar información financiera para prevenir determinados delitos, cuyas definiciones ahora se emplean para inspirar su nuevo uso, si bien este del FATF se enmarca en el ámbito diferente del derecho penal; por otro, la Directiva del Ahorro de la Unión Europea, con forma similar a la ahora empleada, esta última de escaso éxito<sup>20</sup>.

Pues bien, las conclusiones de la reunión del G-20 de San Petersburgo, las mismas en las que se aprueba el Plan de Acción, instan al Foro Global sobre Transparencia e Intercambio de Información a progresar en el intercambio de información, y, en particular en relación con nuestra cuestión, a trabajar con el FATF en lo que se refiere a la información sobre beneficiarios efectivos<sup>21</sup>. Sin embargo, la resolución del G-20 no diferencia el uso de la medida en el contexto del FATF del uso que se puede dar a la regla en el intercambio de información con fines fiscales. Esto lleva a que el concepto tal y como es definido en las reglas del FATF se traslade de forma casi exacta a las reglas de intercambio de información, aun cuando es claro que ambas cumplen funciones muy diferentes<sup>22</sup>. Volveremos enseguida sobre esta cuestión.

---

18 Ver *G-20 Leaders Declaration*, Saint Petersburg, 6 de septiembre de 2013, párrs. 50 y 51.

19 Ver *supra* nota 4.

20 Ver FATF. *FATF 40 Recommendations*, FATF, Paris, 2003, pp. 5, 11-12. También Directiva 2003/48/CE del Consejo, de 3 de junio de 2003, en materia de fiscalidad de los rendimientos del ahorro en forma de pago de intereses.

21 Ver *G-20 Leaders Declaration*, Saint Petersburg, cit., párrs. 50 y 51.

22 Ver FATF. *Transparency and Beneficial Ownership*, FATF, Paris, 2014, p. 8; Global Forum on Transparency and Exchange of Information for Tax Purposes, *Exchange of Information on Request*:

Siguiendo tal instrucción, el Foro Global y la OCDE han introducido el concepto de beneficiario efectivo en dos políticas distintas, aunque vinculadas, de intercambio de información. Por un lado, en el intercambio de información sobre titularidad de personas jurídicas y otros negocios sin personalidad susceptibles de ser empleados en planificación fiscal, como por ejemplo *trusts*<sup>23</sup>. Este tipo de intercambio se enmarca en las reglas de intercambio de información bajo requerimiento que preexistían a los trabajos del G-20 y la OCDE desarrollados a partir de la crisis financiera, particularmente las cláusulas de intercambio de información de los convenios tributarios sobre la renta y sobre el patrimonio basados en el Modelo OCDE, y el Convenio de asistencia administrativa mutua en materia fiscal y los tratados sobre intercambio de información<sup>24</sup>. Por otra parte, el concepto de beneficiario efectivo también se aplica en el intercambio automático de información financiera desarrollado a raíz de la presión estadounidense con la normativa FATCA, y los subsiguientes impulsos del denominado G-5, la Unión Europea, el G-20 y la OCDE<sup>25</sup>.

Antes de entrar a ver cómo se define el concepto de beneficiario efectivo, y para poder entender el contexto en el que se inscribe, es preciso hacer una breve referencia a las obligaciones sustantivas contraídas con estos instrumentos en lo que se refiere a intercambio de información.

En lo que se refiere al intercambio de información bajo requerimiento, hay que tener en cuenta que tanto el artículo 26 del MC OCDE como el Convenio Multilateral de Asistencia Mutua y los convenios sobre intercambio de

---

*Handbook for Peer Reviews 2016-2020*, cit., p. 19; oecd, *Standard for Automatic Exchange of Financial Information in Tax Matters Implementation Handbook*, cit., pp. 47, 80; *Standard for Automatic Exchange of Financial Account Information in Tax Matters*, cit., pp. 57 y 108.

23 Ver Global Forum on Transparency and Exchange of Information for Tax Purposes. *Exchange of Information on Request: Handbook for Peer Reviews 2016-2020*, cit., pp. 19-23.

24 *Ibíd.*, p. 16.

25 Ver Title V, Subtitle I, Part 1 de la Public Law 111-147 del 111 Congreso, del 18 de marzo de 2010, sobre la Foreign Account Tax Compliance Act (FATCA); Joint Statement From The United States, France, Germany, Italy, Spain And The United Kingdom Regarding an Intergovernmental Approach to Improving International Tax Compliance and Implementing FATCA, 8th February 2012; Letter from the G5 Finance Ministers to the European Commission, 9th April 2013; Joint Commitment to Early Adoption of New Global Standard on Automatic Exchange of Information, following OECD Global Forum Annual Meeting in Jakarta, 28 December 2013; G5 Declaration on Global Standard for automatic exchange of tax information, 19th March 2014; G5: Declaration on Adoption of the New Global Standard on Automatic Exchange of Information, Paris, 28th March 2014; Multilateral Competent Authority Agreement de 29 de octubre de 2014.

información determinan la obligación de intercambiar cualquier información previsiblemente pertinente para la administración o ejecución de las reglas fiscales convencionales y domésticas de la parte requirente<sup>26</sup>. A priori, esta obligación no tiene más límites que la previsible pertinencia para la parte que lo solicita y la prohibición de expediciones de pesca, excepción hecha de algunas limitaciones procedimentales, de fines, etc. que imponen los propios tratados, pero que, de nuevo a priori, no afectarían a este contenido de beneficiario efectivo<sup>27</sup>. Así, esa obligación cubriría cualquier tipo de información, incluyendo, en su caso, el dato sobre el beneficiario efectivo.

En relación con el intercambio automático de información de cuentas financieras, los acuerdos y el CRS de la OCDE requieren, además de otra información y en lo que se refiere a nuestro análisis, el intercambio automático de información personal y fiscal de los titulares de las cuentas cuyos datos deben intercambiarse (nombre, número de identificación, dirección, etc.), o de la *persona controlante* si se determina tras la aplicación de los procesos de debida diligencia señalados en CRS<sup>28</sup>.

Sobre este marco es importante destacar que el concepto de beneficiario efectivo no se encuentra de forma explícita en ninguno de los convenios que instrumentan esas obligaciones. Entre los instrumentos suscritos formalmente a nivel internacional, solo se encuentra explícitamente, y ello de forma vaga, en una declaración de algunos países en el marco del Foro Global y en una recomendación del Consejo de la OCDE<sup>29</sup>. En sentido explícito y definido el concepto únicamente se encuentra contenido en Manual de Revisiones por Pares del Foro Global para el período 2016-2020, en el caso del intercambio de información bajo requerimiento<sup>30</sup>; y en el informe CRS de la OCDE y su manual

---

26 Ver art. 26 del MC de la OCDE y arts. 4-7 en relación con los arts. 18 a 22 de la Convención Multilateral de Asistencia Mutua en materia fiscal en su redacción dada por el Protocolo del 27 de mayo de 2010. Ver también los artículos equivalentes en el Modelo de Acuerdo de Intercambio de Información.

27 Ver Global Forum on Transparency and Exchange of Information for Tax Purposes, *Exchange of Information on Request: Handbook for Peer Reviews 2016-2020*, cit., p. 16.

28 Ver Section 2 del Acuerdo Modelo de Autoridades Competentes, en OECD. *Standard for Automatic Exchange of Financial Account Information in Tax Matters*, cit., p. 24.

29 Ver Declaration on Automatic Exchange of Information in Tax Matters, 6th May 2014; Recommendation of the Council on the Standard for Automatic Exchange of Financial Account Information in Tax Matters, 15th July, 2014.

30 Ver Global Forum on Transparency and Exchange of Information for Tax Purposes, *Exchange of Information on Request: Handbook for Peer Reviews 2016-2020*, cit., p. 19.

de implementación, en el caso del intercambio automático de información de cuentas financieras<sup>31</sup>. Debemos destacar que la persona controlante a que se refiere el acuerdo de autoridades competentes que regula el intercambio automático se define en los manuales CRS como la persona natural que ejerce el control sobre una entidad o acuerdo, debiendo ser interpretada en línea con las recomendaciones de la FATF<sup>32</sup>. Así, el concepto se equipara a beneficiario efectivo. Esto puede plantear problemas desde el punto de vista del principio de legalidad, pues no están contenidos en un documento de derecho positivo sino en un instrumento de *soft law* o derecho en agraz. Hay que tener en cuenta que estos documentos son informes o reportes sin valor normativo estricto<sup>33</sup>. Sin embargo, estos problemas de legalidad podrían ser salvados por diversas vías.

Por un lado, porque el artículo 26 del MC OCDE y el Convenio de Asistencia Mutua en materia fiscal –tanto multilateral como bilaterales–, que dan soporte al intercambio bajo requerimiento y el intercambio automático de cuentas, determinan el intercambio de “cualquier” información previsiblemente relevante a efectos de aplicación y ejecución de las normas fiscales, dejando abierta la cuestión a la consideración del concepto de beneficiario efectivo como ahí contenido dentro de la obligación<sup>34</sup>. Sin embargo, este argumento resulta más controvertido en cuanto se refiere al intercambio automático de información financiera en tanto este no se refiere a “cualquier” información

---

31 Ver OECD. *Standard for Automatic Exchange of Financial Account Information in Tax Matters*, cit., p. 57. Si bien no se menciona expresamente el concepto de beneficiario efectivo, sino que se habla de la definición empleada por la FATF y se remite a la misma su interpretación. Ya de forma explícita usando el concepto de beneficiario efectivo, ver OECD. *Standard for Automatic Exchange of Financial Information in Tax Matters Implementation Handbook*, cit., p. 47.

32 Ver OECD, *Standard for Automatic Exchange of Financial Information in Tax Matters Implementation Handbook*, cit., p. 47; *Standard for Automatic Exchange of Financial Account Information in Tax Matters*, cit., p. 57.

33 Ver, *mutatis mutandis*, la discusión sobre el valor de los Comentarios al MC de la OCDE, documentos de valor similar a estos manuales y recomendaciones de la OCDE y el Foro Global sobre Intercambio de Información. H. AULT, “The role of the OECD Commentaries in the interpretation of tax treaties”, *Intertax*, vol. 22, 4, 1994; H. J. AULT, en *The OECD Model Convention – 1998 and Beyond, The Concept of Beneficial Ownership in Tax Treaties*, Kluwer, The Hague, 2000, p. 145; M. LANG y F. BRUGGER, “The role of the OECD Commentary in tax treaty interpretation”, *Australian Tax Forum*, vol. 23, 2008; D. A. WARD, “Principles to be applied in interpreting tax treaties”, *Canadian Tax Journal*, vol. 25, 3, 1977, p. 268; P. WATTEL y O. MARRES, “The Legal Status of the OECD Commentary and Static or Ambulatory Interpretation of Tax Treaties”, *European Taxation*, vol. 43, 7-8, 2003.

34 Ver *supra* notas 26 y 27.

sino que define un determinado contenido. Otro argumento para defender la legalidad radicaría en que tanto esos convenios como el Convenio de Autoridades Competentes remiten numerosas definiciones a los informes de la OCDE, por lo que su contenido podría considerarse como incorporado a dichos convenios con su fuerza normativa<sup>35</sup>. En este caso, si bien la remisión explícita da cierto soporte, parece difícil, si es que no imposible, sostener que las modificaciones posteriores del *Common Reporting Standard* pudieran aplicarse en tanto no fueron tenidos en cuenta en el momento de suscripción. Más aún en países como Colombia que todavía no son miembros de pleno derecho de la OCDE, con las limitaciones participativas que ello comporta. También podría argumentarse que estos manuales vinculan con carácter normativo porque algunas cuestiones de dichos tratados se remiten a posteriores acuerdos entre las partes, y podría considerarse que los manuales reflejan un cierto consenso alcanzado en el Foro Global<sup>36</sup>. En parecido sentido, podría entenderse que los manuales reflejan un estándar internacional de obligado cumplimiento. No obstante, esta idea del consenso del foro como acuerdo resulta difícil de asumir por la informalidad de los acuerdos en comparación con tratados y leyes, la asimetría en la información y poder de determinación de los manuales, y el distinto papel de los miembros, la OCDE y el Foro Global.

En definitiva, el intercambio de información sobre beneficiarios efectivos no tendría aparente problema desde un punto de vista de legalidad en el intercambio bajo requerimiento, en tanto las reglas correspondientes obligan al suministro de “cualquier” información requerida por la contraparte que sea previsiblemente relevante para la aplicación de los convenios o la normativa fiscal, lo que podría incluir el dato del beneficiario efectivo. No obstante, y aunque al parecer ese intercambio encuentra cobertura por lo amplísimo de la obligación, volveremos sobre la cuestión al analizar el concepto para determinar si esa información cumple el requisito de ser “previsiblemente relevante” para la aplicación de la normativa fiscal o convencional. Contrariamente, el intercambio de los datos de beneficiarios efectivos en el marco de intercambio automático de información financiera nos resulta más controvertido desde un punto de vista del principio de legalidad, en tanto la normativa que da soporte a ese automatismo no contempla su uso o definición.

---

35 Ver, e.g., punto 2 de la sección 1 del Modelo de Convenio de Autoridades Competentes, en OECD, *Standard for Automatic Exchange of Financial Account Information in Tax Matters*, cit., p. 23.

36 Ver, *mutatis mutandis*, párrafo 35 de la introducción al Comentario al MC de la OCDE.

Cuestión distinta y que podría dar soporte a dichas exigencias es que los Estados, de forma más o menos voluntaria, introdujeran tales medidas en su normativa interna mediante una ley del Parlamento, como así hacen, salvaguardando la legalidad formal. Pero no hay que olvidar que esa vía suele reflejar tan solo una voluntad aparente al derivar normalmente de la persuasión de la OCDE y el Foro Global. Persuasión esta particularmente efectiva en países como Colombia, candidatos al ingreso en la OCDE. Y más aún cuando se instrumentan en las revisiones por pares que pueden tener consecuencias gravosas para la jurisdicción al poder ser calificadas como incumplidoras<sup>37</sup>.

Siguiendo con el contexto en el que se incardinan, en lo que se refiere al intercambio de información bajo requerimiento, el Manual de Intercambio de Información del Foro Global lo que impone es el establecimiento de medidas que garanticen la disponibilidad de la información sobre titulares de entidades y acuerdos, el acceso a la información financiera, y el intercambio efectivo de la información<sup>38</sup>. Nótese que hablamos de disponibilidad de información y no de la obligación del intercambio en sí mismo, que dimana de los tratados correspondientes. Así, lo que el Foro Global persigue es que los Estados dispongan de la información adecuada para que, una vez que otro Estado realice el requerimiento correspondiente al amparo del artículo 26 MC OCDE o el Convenio de Asistencia Mutua, la información esté al alcance del Estado requerido y no haya impedimentos en la normativa nacional o, en su caso, dilaciones significativas en la obtención de la información<sup>39</sup>. Pero ello no significa que el incumplimiento de esta obligación establecida en el Manual de la OCDE impida en caso alguno requerir a otro Estado la información de beneficiario efectivo al amparo de los convenios correspondientes. Simplemente pretende facilitar la segunda.

Pues bien, en relación con el concepto de beneficiario efectivo y en lo que hace a la disponibilidad de información, el Manual requiere que las autoridades competentes dispongan de la información de la propiedad e identidad, incluyendo información sobre la propiedad legal y propiedad beneficiaria (*beneficial owner* o beneficiario efectivo), de cualquier tipo de entidad o acuerdo<sup>40</sup>. Esto

---

37 Ver Global Forum, Assessment Criteria Note, 2016.

38 Ver Global Forum on Transparency and Exchange of Information for Tax Purposes, *Exchange of Information on Request: Handbook for Peer Reviews 2016-2020*, cit., pp. 17-18.

39 *Ibíd.*

40 Ver punto A.1 en *ibíd.*, p. 19.

incluiría todo tipo de personas jurídicas, acciones al portador, *trusts*, fideicomisos y otros negocios fiduciarios, y fundaciones<sup>41</sup>. También se requiere que se disponga de la información bancaria de todos los registros de las cuentas e información financiera y de transacciones de las cuentas, incluyendo datos de la propiedad legal y beneficiaria (*beneficial owner* o beneficiario efectivo) de las cuentas<sup>42</sup>.

Por otra parte, en lo que se refiere al acceso a información financiera, el Manual requiere que las autoridades tengan el poder de obtener y suministrar información de cualquier persona bajo su jurisdicción que tenga información en su poder o control<sup>43</sup>. En definitiva, se requiere que la ley estatal no provea de protección bajo secreto bancario y se pueda acceder a toda la información financiera. Dentro de esa información se incluye que se debe poder acceder a toda la información de la titularidad legal y propiedad beneficiaria (*beneficial ownership*) de entidades, *partnerships*, *trusts*, fundaciones y otras entidades que estén en poder de entidades financieras y similares<sup>44</sup>.

En lo que se refiere a la definición, el Manual en ambos casos remite el concepto a la tipificación empleada en las recomendaciones del FATF<sup>45</sup>. En tanto las reglas CRS también remiten parte del concepto a esa fuente, lo estudiaremos inmediatamente a continuación de forma conjunta.

En cuanto a la normativa CRS, el concepto de beneficiario efectivo aparece en un doble sentido que puede inducir a confusión. Como hemos señalado, junto a la obligación de intercambiar la información de titulares de las cuentas, CRS impone la obligación de intercambiar, en ciertos casos, la información de la persona que ejerce el control sobre una entidad que es titular de una cuenta, y el concepto de persona que controla se equipara a beneficiario efectivo en el sentido de la FATF<sup>46</sup>. Sin embargo, en la normativa aparece otro concepto que se asimila peligrosamente al concepto de beneficiario efectivo. Al establecer esa regla general de intercambio de titular de la cuenta, CRS define titular de la cuenta como la persona registrada o identificada como titular de la cuenta financiera; y en sentido negativo, señala que no se consideran titulares de la

41 Ver puntos A.1.1, A.1.2, A.1.3, A.1.4, y A.1.5 en *ibíd.*, pp. 19-20.

42 Ver A.3 en *ibíd.*, p. 21.

43 Ver *ibíd.*, pp. 21-23.

44 Ver B.1.2 en *ibíd.*, pp. 21-22.

45 Ver nota al pie 8 en *ibíd.*, p. 19.

46 Ver *oeed, Standard for Automatic Exchange of Financial Account Information in Tax Matters*, cit., pp. 24 y 57.

cuenta aquellos sujetos que detenten una cuenta financiera para beneficio o por cuenta de otro actuando como agente, custodio, nominatario, firmante, asesor financiero o intermediario<sup>47</sup>. En esos supuestos, será la persona en beneficio o por cuenta de la cual se detente la cuenta aquella que se considere titular de la cuenta a efectos de intercambio de información. Nótese que el concepto se parece en gran medida al de beneficiario efectivo tal y como es definido en el Comentario al Modelo de Convenio de la OCDE<sup>48</sup>. Esta posible existencia de un concepto implícito –sujeto que actúa por cuenta de– y otro explícito de beneficiario efectivo –persona que controla o *controlling person*–, unido a la existencia de dicha terminología en otra normativa potencialmente aplicable como los CDIS, puede llevar a una confusión considerable tanto en el uso del concepto como de las reglas de atribución de rentas. Más aún, la prolija regulación de CRS realiza numerosas precisiones sobre cuentas de custodios, *trusts*, etc., que no coinciden con la definición genérica de beneficiario efectivo, determinando una extraordinaria confusión al respecto. Veremos que este es el caso de la normativa colombiana que implementa el concepto de beneficiario efectivo para el caso de cuentas financieras, que emplea el concepto de beneficiario efectivo indistintamente para el mandante del titular formal de una cuenta y para la persona que controla una sociedad titular de una cuenta<sup>49</sup>. Por el momento, nótese que la normativa CRS define de forma diferente esa regla de beneficiario efectivo implícita referida a intermediarios, con una definición propia, de la regla de beneficiario efectivo referida a personas que controlan entidades, que nuevamente se define por remisión a las recomendaciones FATF<sup>50</sup>. Además, nótese que la información a intercambiar a priori es únicamente el titular ordinario de la cuenta, y solo en el caso de que haya una entidad que controle, el del beneficiario efectivo. Sin embargo, esta triple configuración de informar del titular ordinario, el titular que controla y el titular en caso de nominatarios induce a una significativa confusión que puede llevar a considerar en todo caso que debe intercambiarse al beneficiario efectivo en los términos de la FATF. Pasamos ahora a analizar el concepto.

---

47 *Ibíd.*, p. 60.

48 Ver comentarios sobre beneficiario efectivo, en los comentarios a los artículos 10, 11 y 12 del MC de la OCDE, particularmente en sus versiones anteriores a 2014.

49 Ver art. 631-6 ET.

50 Ver definición de “*account holder*” y “*controlling person*”, en OECD. *Standard for Automatic Exchange of Financial Account Information in Tax Matters*, cit., pp. 57 y 60.



En primer lugar debemos destacar que la remisión a los manuales de la FATF tiene origen en la recomendación del G-20 de trabajar conjuntamente con ese grupo de trabajo<sup>51</sup>. En ese sentido, es posible que dicha recomendación del G-20 haya llevado a cometer un grave error al remitir la definición del concepto a las normas de la FATF, pues el contexto de las reglas de la FATF y del intercambio de información fiscal es radicalmente distinto<sup>52</sup>. Así, hay que resaltar que el objetivo de la FATF es la implementación de medidas legales, regulatorias y administrativas para combatir el blanqueo de capitales, financiación de terrorismo, la proliferación de armas de destrucción masiva, y otras amenazas relacionadas a la integridad del sistema financiero internacional<sup>53</sup>. En lo que se refiere al blanqueo, hay que destacar que en origen se centraba fundamentalmente en blanqueo de capitales provenientes del tráfico de drogas, si bien más tarde fue ampliado a blanqueo de capitales en general<sup>54</sup>. Como se ve, estos objetivos están orientados a combatir los medios financieros que sirven para la comisión de delitos considerados muy graves por la comunidad internacional, y por tanto condicionan en gran medida la definición de beneficiario efectivo que emplean las recomendaciones de la FATF.

En ese sentido, el Glosario de las recomendaciones de la FATF define beneficiario efectivo como “la persona o personas naturales que son titulares o controlan en último lugar un cliente y/o la persona natural en nombre de la cual se realiza una transacción. Esto incluye a las personas que ejercen el control efectivo último sobre una persona jurídica o negocio jurídico”<sup>55</sup>. De una lectura de esa definición se deducen dos ideas principales. La primera, que el beneficiario efectivo se refiere siempre a una persona natural, que la norma busca a la persona física que controla o se encuentra oculta detrás de una determinada estructura jurídica. La segunda, que el concepto de beneficiario efectivo

---

51 Ver *G-20 Leaders Declaration*, Saint Petersburg, cit., párr. 51.

52 Tal y como reconoce el propio Foro Global, aunque luego caiga en la trampa de referir el concepto sin demasiadas cautelas a aquel del FATF. Ver Global Forum on Transparency and Exchange of Information for Tax Purposes, *Exchange of Information on Request: Handbook for Peer Reviews 2016-2020*, cit., p. 18.

53 Ver FATF, *International Standards on Combating Money Laundering and the Financing of Terrorism & Proliferation*, FATF, Paris, 2016, p. 7.

54 *Ibid.*

55 Traducción propia del texto: “Beneficial owner refers to the natural person(s) who ultimately owns or controls a customer and/or the natural person on whose behalf transaction is being conducted. It also includes those persons who exercise ultimate effective control over a legal person or arrangement” (FATF, *FATF 40 Recommendations*, cit., p. 15).

en este contexto se usa en relación con personas jurídicas y otros acuerdos sin personalidad jurídica. Esta idea se ve reforzada en las recomendaciones 24 y 25 y las notas interpretativas de las recomendaciones 10, 24 y 25<sup>[56]</sup>.

En desarrollo de tales definiciones, las notas interpretativas de las recomendaciones 10, 24 y 25 han precisado que el beneficiario efectivo en personas jurídicas se refiere a: i) la persona natural que en última instancia tiene la propiedad de control de la persona jurídica; ii) si hay duda sobre si la persona que tiene la propiedad de control es el beneficiario efectivo o donde no hay propiedad de control, la persona natural que ejerce el control de la persona jurídica por otras vías; iii) y si no se puede identificar por los medios anteriores, la identificación de la persona natural que ejerce funciones de alta administración o dirección<sup>57</sup>.

En ese sentido, en tanto la definición ha sido adoptada sin modificación sustancial, estas ideas se han trasladado al intercambio de información sin requerimiento previo y el intercambio automático de información de cuentas financieras. Ello lleva a que, como hemos adelantado, la definición de beneficiario efectivo a los efectos del intercambio de información con fines fiscales no pueda ser más errónea.

En primer lugar, porque los distintos fines de ambos grupos de reglas hacen la definición de la FATF inhábil para cumplir los objetivos que se persiguen con las reglas de intercambio de información. En este sentido, como hemos señalado, las reglas de la FATF buscan prevenir o impedir la financiación de actividades delictivas y, por ende, la comisión de estos delitos. Es por ello por lo que se trata de buscar a la persona o personas físicas que se encuentran detrás de la cadena, pues son esas personas las que organizan o cometen las actividades delictivas y las responsables de las mismas, siguiendo la clásica

56 Ver FATF, *International Standards on Combating Money Laundering and the Financing of Terrorism & Proliferation*, cit., pp. 22, 61-62, 86-93.

57 “For legal persons (i.i) The identity of the natural persons (if any – as ownership interests can be so diversified that there are no natural persons (whether acting alone or together) exercising control of the legal person or arrangement through ownership) who ultimately have a controlling ownership interest 76 in a legal person; and (i.ii) to the extent that there is doubt under (i.i) as to whether the person(s) with the controlling ownership interest are the beneficial owner(s) or where no natural person exerts control through ownership interests, the identity of the natural persons (if any) exercising control of the legal person or arrangement through other means. (i.iii) Where no natural person is identified under (i.i) or (i.ii) above, financial institutions should identify and take reasonable measures to verify the identity of the relevant natural person who holds the position or senior managing official” (ibíd., pp. 61-62).

premisa de que las personas jurídicas no cometen delitos y no van a prisión<sup>58</sup>. Por el contrario, el intercambio de información con fines fiscales busca facilitar la aplicación de las normas fiscales<sup>59</sup>. En ese sentido, la aplicación de las normas fiscales requiere, entre otras operaciones, de la cuantificación de la capacidad económica y su atribución. Y esa atribución puede referirse a una persona física o no. De esa forma, la referencia a la persona física al final de una cadena de personas o negocios jurídicos puede ser útil a efectos fiscales, o absolutamente irrelevante. Ello dependerá de las reglas de atribución de rentas aplicables al supuesto, sean estas convencionales y/o domésticas. Esto se ve claramente en las situaciones en las que la definiciones de la FATF señalan que el beneficiario efectivo puede ser el alto directivo o administrador que controle la entidad<sup>60</sup>. Siguiendo esta definición se podría considerar como persona relevante a efectos de aplicación de los tributos a un directivo o consejero cuya relación con la capacidad económica implicada, atribuible a la entidad, pueda ser reducida o nula. Y si bien dicho dato puede ser relevante a meros efectos administrativos, su relevancia en términos de atribución de rentas y aplicación de las normas es más que dudosa. En este sentido, se podría cuestionar si la información sobre beneficiario efectivo entra dentro de la información que se está obligado a intercambiar, en tanto podría no ser “relevante” o “pertinente” para la aplicación de los tributos tal y como recogen los tratados sobre intercambio de información. En tanto esta información no sirva para la cuantificación o atribución de la renta, no sería pertinente y, por tanto, el Estado requerido podría denegar su intercambio. No obstante, el hecho de que esté en los manuales de la OCDE y el Foro Global podría reflejar que se trata de información pertinente a juicio de la comunidad internacional y, por tanto, sujeta a la obligación de su intercambio.

En segundo lugar, y relacionado con lo anterior, porque el empleo de esa referencia puede inducir a la confusión de que la atribución de rentas en el ámbito fiscal internacional debe referirse en todo caso a una persona física. Más aún si se refiere a dividendos, intereses o cánones y se trata de la aplicación de

---

58 Si bien esta premisa ha sido puesta en cuestión por la reciente tendencia de numerosos ordenamientos a establecer responsabilidad penal de las personas jurídicas, la que puede incluso llevar a la disolución de la entidad.

59 Ver arts. 26 del MC de la OCDE, 4 del Convenio Multilateral de Asistencia Mutua y 1 del Modelo de Convenio de Intercambio de Información.

60 Ver puntos (i.iii) y (ii.ii) en fatf, *International Standards on Combating Money Laundering and the Financing of Terrorism & Proliferation*, cit., p. 62.

un convenio tributario basado en el MC OCDE<sup>61</sup>. De esa forma, una administración tributaria que reciba la información de un beneficiario efectivo de una renta en el sentido empleado por estas reglas puede verse tentada a imputarle a esa persona de forma inmediata la renta o patrimonio correspondiente, prescindiendo de un análisis de las reglas de atribución de rentas en juego. Ello supone llevar a un extremo la tendencia internacional actual de atribución de rentas siguiendo criterios económicos, poniendo en cuestión toda la estructura normativa, y pudiendo llegar al absurdo de desconocer todas las personas jurídicas en fiscalidad internacional.

Por último, porque las recomendaciones de la FATF tienen una flexibilidad en relación con su contexto de la que no gozan las reglas de intercambio de información en tiempos recientes. Así, las reglas de intercambio de información señaladas han asumido en algunos casos como estrictas determinadas referencias que son tentativas o meras sugerencias en el contexto de las recomendaciones de la FATF, y que no tienen sentido alguno en el intercambio de información. Por ejemplo, dichas recomendaciones apuntan en una mera nota al pie, de escaso valor, a que puede ser útil en algunos casos establecer un porcentaje de propiedad o voto mínimo para facilitar la identificación de las situaciones en las que existe control, y señala el 25% como patrón<sup>62</sup>. Sin embargo, las normas de intercambio de información han asumido en muchos casos ese 25% como un índice cierto para la determinación del beneficiario efectivo a efectos fiscales, o al menos pueden inducir a creer que ese porcentaje es determinante<sup>63</sup>. Ello, en nuestra opinión, no tiene fundamento alguno por tratarse de una referencia que poco tiene que ver con la atribución de las rentas. Más aún, al tratarse de un porcentaje fijo puede llevar a distribuir y dispersar las participaciones con porcentajes inferiores a tal referencia con el fin de tratar de evitar la determinación de la existencia de beneficiario efectivo.

En definitiva, en nuestra opinión, la utilización de ese concepto en el ámbito del intercambio de información es un error mayúsculo que puede llevar a numerosas confusiones y errores en la aplicación de los tributos con componente internacional. Además, las recientes tendencias que niegan a los

---

61 Ver referencia al beneficiario efectivo en los arts. 10.2, 11.2 y 12.1 del MC de la OCDE.

62 Ver FATF, *International Standards On Combating Money Laundering and the Financing of Terrorism & Proliferation*, cit., p. 61, nota 32.

63 Ver OECD, *Standard for Automatic Exchange of Financial Information in Tax Matters Implementation Handbook*, cit., p. 47; *Standard for Automatic Exchange of Financial Account Information in Tax Matters*, cit., p. 198.

contribuyentes la capacidad de participar en los procedimientos de intercambio de información, unido a lo impropio del concepto, y su posible confusión con otros similares –como el contenido en los CDI– puede llevar a situaciones administrativas realmente inciertas para los contribuyentes. Bien es cierto que los propios manuales de la OCDE sobre intercambio de información apuntan a que el empleo del concepto en los términos de las recomendaciones de la FATF deben adaptarse al contexto de intercambio de información y no pueden aplicarse fuera de los límites de lo que sea necesario para la consecución de tales fines<sup>64</sup>. Pero en nuestra opinión, no es una cuestión de que el concepto pueda emplearse con distinta intensidad de forma que en un ejercicio moderado pueda cumplir de forma adecuada con tales fines, sino que el concepto se encuentra absolutamente desubicado y puede inducir a errores en una gran mayoría de supuestos. Además, numerosos países desconocedores del uso de este término lo están trasladando a su normativa y empleándolo sin cuestionar su encaje o los límites de su uso. Límites estos que probablemente desaconsejarían su uso para la aplicación de las normas tributarias y dejarían su relevancia circunscrita a la obtención de datos de personas físicas a las que dirigirse para gestionar y administrar la aplicación de los impuestos.

Por último, y antes de pasar a analizar la traslación de estas obligaciones y la definición del concepto de beneficiario efectivo al ordenamiento interno colombiano, debemos referirnos brevemente a otros instrumentos internacionales ya existentes o futuros que contemplan cuestiones relacionadas con conceptos similares al beneficiario efectivo de estas obligaciones de información.

Por un lado, encontramos las reglas estadounidenses FATCA, que utiliza el concepto de beneficiario efectivo<sup>65</sup>. De estas cabe destacar que la normativa FATCA, si bien se refiere de forma implícita al beneficiario efectivo como la persona a identificar, no identifica en todo caso al beneficiario efectivo como la persona física que se sitúa al final de una cadena de propietarios o intermediarios<sup>66</sup>. Es

---

64 Ver Global Forum on Transparency and Exchange of Information for Tax Purposes, *Exchange of Information on Request: Handbook for Peer Reviews 2016-2020*, cit., p. 18.

65 Ver Title V, Subtitle I, Part 1 de la Public Law 111-147 del 111 Congreso, de 18 de marzo de 2010, sobre la Foreign Account Tax Compliance Act (FATCA), y la prolija regulación reglamentaria correspondiente, disponible en: <https://www.irs.gov/businesses/corporations/fatca-regulations-and-other-guidance>

66 Ver 1471 (b) del Internal Revenue Code; ver también Joint Committee on Taxation, Technical Explanation of the “Foreign Account Tax Compliance Act Of 2009”, 27th October 2009, p. 5, nota 24.

posible que se omita este término porque históricamente la doctrina norteamericana lo considera implícito como regla de atribución de rentas, variando de un caso a otro, al contrario que la aplicación estricta e indiscriminada de las reglas internacionales. Esta primera cuestión destaca porque el concepto que usan las reglas internacionales de intercambio de información parece no corresponderse con esta desarrollada en una jurisdicción acostumbrada al uso del concepto en materia fiscal<sup>67</sup>. Cuestión distinta es el uso que los acuerdos FATCA hacen del concepto *controlling person* o persona que ejerce el control, que al igual que en las reglas CRS, es definido como el beneficiario efectivo en el sentido de la FATF, esto es, la persona natural al final de la cadena<sup>68</sup>.

Por otra parte, como futuros pasos, cabe destacar la propuesta del Reino Unido, secundada por los países del denominado G-5 –España, Italia, Francia y Alemania, además del Reino Unido–, y acogida positivamente por el G-20, el Foro Global y la OCDE, para establecer mecanismos de intercambio automático de información sobre beneficiarios efectivos de entidades<sup>69</sup>. En ese sentido, cabe destacar que dicha iniciativa se ha plasmado ya en el ámbito de la Unión Europea con la Directiva (UE) 2016/2258, que da acceso a las autoridades tributarias a la información que regula la Directiva 2015/849 sobre blanqueo de capitales<sup>70</sup>. Esta última es reflejo de las recomendaciones de la FATF en el ámbito de la Unión Europea. En ese sentido, si bien es bastante más acertada y tiene en cuenta las dificultades de las definiciones del concepto de beneficiario efectivo y su imprecisión, su ámbito de actuación continúa encaminado al ámbito de prevención de delitos y sigue en gran medida las definiciones de

---

67 Ver Joint Committee on Taxation, Technical Explanation of the “Foreign Account Tax Compliance Act of 2009”, 27th October 2009, p. 5, nota 24; y Global Forum on Transparency and Exchange of Information for Tax Purposes, *Exchange of Information on Request: Handbook for Peer Reviews 2016–2020*, cit., p. 19; OECD, *Standard for Automatic Exchange of Financial Account Information in Tax Matters*, cit., p. 57.

68 Ver la definición de *controlling person* en los Modelos de Acuerdo FATCA.

69 Ver Letter from the Finance Ministers of Germany, France, United Kingdom, Italy and Spain to G-20 Finance Ministers, 14th April 2016. Aunque esta cuestión ya estaba presente en una declaración previa, la Declaration on Automatic Exchange of Information in Tax Matters, 6 de mayo de 2014.

70 Ver Directiva del Consejo del 6 de diciembre de 2016, por la que se modifica la Directiva 2011/16/UE en lo que se refiere al acceso de las autoridades tributarias a información contra el blanqueo de capitales; en relación con la Directiva (UE) 2015/849 del Parlamento Europeo y del Consejo para la identificación de los beneficiarios efectivos.

la FATF<sup>71</sup>. Esto hace que el acceso por parte de las autoridades tributarias a tal información a los efectos de la aplicación de los tributos adolezca en gran medida de los problemas que señalamos con anterioridad.

#### B. EL CONCEPTO DE BENEFICIARIO EFECTIVO PARA INTERCAMBIO DE INFORMACIÓN EN EL ESTATUTO TRIBUTARIO

Colombia ha procedido a integrar tales conceptos en el Estatuto Tributario para tener las herramientas legales internas que permitan cumplir con el intercambio de información cuando esta sea requerida, tal y como exigen los manuales y recomendaciones de la OCDE y el Foro Global. En este sentido, parece ser relevante el estatus de Colombia como país aspirante a acceder a la OCDE, lo que en algunos casos podría hacer adoptar normas con excesiva premura sin una reflexión sosegada de su función, conduciendo a errores en su implantación interna. Sin embargo, como contrapeso positivo, la celeridad en la implantación de estas medidas hace que Colombia sea uno de los países con calificaciones más altas en las evaluaciones de la OCDE y que destaca por ser un cumplidor temprano de estas exigencias internacionales<sup>72</sup>.

En lo que se refiere al concepto de beneficiario efectivo, la normativa colombiana ha adoptado deberes de identificación de beneficiario efectivo de personas jurídicas y otros negocios jurídicos con el fin de dar cumplimiento a los requisitos del Foro Global establecidos en el Manual de Intercambio de Información<sup>73</sup>; y ha establecido deberes de reporte de beneficiarios efectivos de cuentas financieras para tener las herramientas domésticas con que dar cumplimiento a los compromisos de intercambio automático de información sobre cuentas financieras<sup>74</sup>. Sin embargo, llama poderosamente la atención que a pesar de que los instrumentos internacionales de ambos deberes se refieren al concepto de la FATF, la normativa colombiana ha distinguido en ambos ca-

---

71 Ver art. 3 (6) de la Directiva (UE) 2015/849 del Parlamento Europeo y del Consejo para la identificación de los beneficiarios efectivos.

72 Ver Global Forum on Transparency and Exchange of Information for Tax Purposes, *Phase 1 Peer Review Report Summary: Colombia*, OECD, Paris, 2014; *Peer Review Report Phase 2: Colombia*, OECD, Paris, 2016.

73 Ver art. 631 ET tras la reforma en relación con las notas 38 y 40 *supra*.

74 Ver art. 631-4 ET tras la reforma en relación con las notas 28 y 32 *supra*.

dos dos conceptos diferentes. Pasaremos por ello a analizarlos por separado, si bien haremos referencias mutuas.

#### I. LA IDENTIFICACIÓN DE BENEFICIARIOS EFECTIVOS DE PERSONAS JURÍDICAS Y OTROS NEGOCIOS JURÍDICOS EN EL ESTATUTO TRIBUTARIO

Como señalamos, la Ley 1819 de 2016 ha introducido en el artículo 631 una letra n) en la que se establece en cabeza de ciertas entidades o instrumentos jurídicos el deber de informar sobre ciertos datos personales y fiscales de sus beneficiarios efectivos<sup>75</sup>. Los obligados son las sociedades colombianas que sean subsidiarias o filiales de otras entidades, los establecimientos permanentes de empresas del exterior, patrimonios autónomos y fondos de inversión colectiva. En línea con lo apuntado por los instrumentos internacionales, se excluyen de la obligación las sociedades nacionales y fondos y patrimonios autónomos cuyas participaciones o derechos fiduciarios sean valores y se encuentren listados en la Bolsa de Valores de Colombia<sup>76</sup>. En relación con esta exclusión se pueden plantear problemas de identificación de beneficiarios efectivos en el sentido de la definición para filiales de entidades extranjeras que coticen en sus respectivos países. Siguiendo la dicción literal, tales entidades deberían suministrar la información de los beneficiarios efectivos personas naturales de la matriz cotizada en otro país. Sin embargo, tal y como señalan los documentos internacionales de los que dimanen estas obligaciones, las mismas pueden ser desproporcionadas en algunos casos cuando la propiedad se encuentra dispersa<sup>77</sup>. Es por ello que en nuestra opinión esa información no debería requerirse, y debería precisarse en una futura reforma o en una resolución del Director de Impuestos la exclusión de filiales de entidades cotizadas en otros países con los que existan acuerdos.

---

75 Ver art. 131 de la Ley 1819 de 2016.

76 Ver art. 631, lit. n), *in fine*, ET después de la reforma, en relación con Global Forum on Transparency and Exchange of Information for Tax Purposes, *Exchange of Information on Request: Handbook for Peer Reviews 2016-2020*, cit., p. 186.

77 Ver, e.g., art. 5 4 b del Modelo de Tratado de Intercambio de Información: “*Further, this Agreement does not create an obligation on the Contracting Parties to obtain or provide ownership information with respect to publicly traded companies or public collective investment funds or schemes unless such information can be obtained without giving rise to disproportionate difficulties*”. En parecido sentido, aunque sin mencionar explícitamente entidades cotizadas, ver 21.2 g del Convenio Multilateral de Asistencia en Materia Fiscal.



La información a suministrar incluye el nombre y apellidos, la fecha de nacimiento, el número de identificación fiscal de donde se considere residente fiscal, la participación en el capital de las sociedades o empresas, el país de residencia fiscal y el país de que son nacionales<sup>78</sup>. Respecto de toda la información que se debe suministrar surge el problema de delinear la responsabilidad de la empresa o estructura que radique en Colombia si no puede obtener esa información. En muchos casos puede ser difícil para la entidad colombiana obtener algunos de estos datos, como la residencia fiscal precisa de quien está al final de una cadena de entidades, pues puede que incluso los propios beneficiarios efectivos puedan tener dudas de su residencia fiscal o tengan varias residencias<sup>79</sup>. En ese sentido resulta más que dudosa la responsabilidad en la sanción de la entidad o negocio jurídico, más aún si tiene personalidad jurídica independiente<sup>80</sup>. Esto sería especialmente grave en casos en los que el obligado a informar no tenga la información o dependa de terceros para obtenerla. Imagínese el caso de una filial de una entidad extranjera que no sabe quiénes son las personas naturales beneficiarias de esa entidad. Es por ello que esa responsabilidad deberá analizarse más en términos de debida diligencia que de veracidad de la información.

Pasando a la definición de beneficiario efectivo, el artículo 631-5 ET, en su redacción dada por la Ley 1819, dice que es la persona natural que cumpla una de dos condiciones. En primer lugar, en línea con las recomendaciones internacionales, la de tener control efectivo, directo o indirecto, de una sociedad nacional, de un mandatario, de un encargo fiduciario, de un fondo de inversión colectivo o de un establecimiento permanente de una sociedad del exterior<sup>81</sup>. Sin embargo, la norma no define control en términos de propiedad, control legal, fáctico o cualquier otro<sup>82</sup>. En ese sentido parecería caber cualquier tipo de control, lo que resulta cuestionable en términos de seguridad jurídica y de legalidad, en particular en relación con el régimen sancionador correspondiente. En cualquier caso, parece razonable, y así lo refiere la normativa, que tales

---

78 Ver art. 631, lit. n) ET después de la reforma.

79 Ver B. CUBIDES PINTO, “Beneficiario Efectivo”, en *Comentarios a la reforma tributaria estructural. Ley 1819 de 2016*, Instituto Colombiano de Derecho Tributario, Bogotá, 2017, p. 207.

80 Ver art. 631-5, párr. 1 ET después de la reforma.

81 Ver art. 631-5, lit. a) ET después de la reforma, en relación con Global Forum on Transparency and Exchange of Information for Tax Purposes, *Exchange of Information on Request: Handbook for Peer Reviews 2016-2020*, cit., pp. 19-20.

82 Ver CUBIDES PINTO, “Beneficiario efectivo”, cit., p. 206.

obligaciones se interpreten en el contexto de las normas internacionales de las que dimanar y que comentamos con anterioridad, que podrían ayudar a añadir cierta precisión y que confirmarían un concepto extenso. Así, por ejemplo, los vehículos con una pluralidad muy amplia de inversionistas no estarían sujetos pues suponen una obligación desproporcionada, que parece estar excluida de la mayor parte de instrumentos de intercambio de información<sup>83</sup>. No obstante, debería excluirse expresamente en la regulación del Director de Impuestos. Con todo, tales documentos internacionales, si bien ayudan de forma práctica, plantean los problemas de legalidad que ya señalamos.

La segunda condición sería la de ser beneficiaria (*sic*) directa o indirecta de las operaciones y actividades que lleve a cabo la sociedad nacional, el mandatario, el patrimonio autónomo, el encargo fiduciario, el fondo de inversión colectiva o de una sociedad del exterior con un establecimiento permanente en Colombia<sup>84</sup>. Sobre esta definición lo primero que llama la atención es su absoluta falta de sentido, pues incumple una de las reglas más básicas de la lengua y de la lógica que señala que un concepto no puede ser definido usando la misma palabra o concepto a definir. Definir un beneficiario como el beneficiario deja el concepto en una absoluta e inadmisibles indefinición que no es en ningún caso compatible con los principios de legalidad y seguridad jurídica, más aún teniendo en cuenta las posibles consecuencias sancionadoras. Es por ello que en nuestra opinión esta definición debe ser rechazada e inaplicada, por oscura y absolutamente incierta. Además, no casa con ninguna definición internacionalmente reconocida sobre la materia<sup>85</sup>. En este sentido, de poco ayudaría al cumplimiento de las obligaciones internacionales a las que pretende servir.

En relación con ambas definiciones debemos hacer una breve referencia a la inclusión de los conceptos de mandato y encargo fiduciario. Comparando la letra n) del artículo 631 con la definición del artículo 631-5 salta a la vista que estas dos figuras jurídicas se encuentran en el último, no así en el primero. En ese sentido, si consideramos que el deber de información viene establecido por el artículo 631 y el 631-5 viene a ser una mera referencia definitoria del

---

83 Ver *supra* nota 77. En contra, *ibíd.*

84 Ver art. 631-5, lit. b) ET después de la reforma.

85 Ver fatf, *Transparency and Beneficial Ownership*, cit., p. 8; Global Forum on Transparency and Exchange of Information for Tax Purposes, *Exchange of Information on Request: Handbook for Peer Reviews 2016-2020*, cit., p. 19; oecd, *Standard for Automatic Exchange of Financial Information in Tax Matters Implementation Handbook*, cit., pp. 47 y 80; *Standard for Automatic Exchange of Financial Account Information in Tax Matters*, cit., pp. 57 y 198.

concepto de beneficiario efectivo, podría concluirse que no existe deber de informar sobre el beneficiario efectivo de un mandato o encargo fiduciario. Por el contrario, de considerar ambos artículos como parte de un todo y siguiendo una interpretación teleológica, podría concluirse en sentido contrario sobre la existencia de deber de información del beneficiario efectivo de esos tipos de negocios jurídicos. En cualquier caso, es claro que existe una deficiencia en la norma que debe ser aclarada.

En parecido sentido podría plantearse si la norma es aplicable por analogía a otro tipo de negocios que puedan replicar cierto comportamiento de un negocio o un rendimiento, como podrían ser derivados o swaps. En nuestra opinión, la respuesta en ambos casos debe ser negativa siguiendo los principios de tipicidad y legalidad.

Haciendo un juicio general del concepto vemos cómo este, tratando de adaptarse al ordenamiento colombiano tal y como requieren las normas internacionales, se aparta de las líneas de esas recomendaciones de la OCDE y el Foro Global y termina configurando un concepto si cabe más problemático que el ya equívoco concepto por el que abogan los organismos internacionales.

Por último, debemos destacar que el artículo 631-5 señala la posibilidad de tener en cuenta los criterios del Sistema de Administración del Riesgo de Lavado de Activos y Financiación del Terrorismo (SARLAFT) a la hora de determinar el concepto de beneficiario efectivo. Teniendo en cuenta que los criterios del SARLAFT dimanen en gran medida de la FATF, el sistema se armoniza de forma interna con las reglas de prevención del blanqueo y financiación de delitos de igual forma que se hace a nivel internacional. Esto hace que algunas de las deficiencias internas de las definiciones de beneficiario efectivo puedan corregirse por armonización con aplicación de estas reglas. Por el contrario, el diferente fin a que sirven ambas reglas hace que su armonización conduzca al impropio sentido y pueda llevar a numerosos errores, tal y como señalamos arriba en relación con la construcción de las normas a nivel internacional.

En suma, la definición propuesta no es consistente con la norma internacional, introduce numerosas incertidumbres y errores, y no corrige el error conceptual de la regla tal y como está construida en las recomendaciones internacionales. Por ello, su compatibilidad con los principios de legalidad y seguridad jurídica resulta más que dudosa, particularmente en relación con las posibles consecuencias sancionatorias que se establecen. Los obligados deberán atender a unas obligaciones absolutamente imprecisas sin saber a qué atenerse. Y además, las administraciones colombiana o extranjeras podrían caer en el error de usar esa información para determinar una capacidad económica

y atribuirle a un sujeto sin que realmente se corresponda atendiendo a unas reglas que no fueron creadas con tales fines.

## 2. LA IDENTIFICACIÓN DE BENEFICIARIOS EFECTIVOS DE CUENTAS FINANCIERAS EN EL ESTATUTO TRIBUTARIO

En relación con cuentas financieras, y en sentido parecido al anterior, la Ley 1819 de 2016 ha introducido el artículo 631-4 en el que se establece la obligación de que determinadas entidades deban suministrar cierta información en relación con cuentas financieras cuyo titular responda a una de las dos situaciones siguientes: a) que se trate de una persona no residente en Colombia, o b) que se trate de una persona jurídica o un instrumento jurídico con residencia fiscal en Colombia, en los que una persona natural sin residencia fiscal en Colombia o con múltiples residencias fiscales ejerza control (beneficiario efectivo)<sup>86</sup>. Esta definición de la obligación plantea muchos interrogantes.

En primer lugar, existen varias indefiniciones que se dejan a resolución del Director General de la DIAN, como determinar qué entidades están obligadas a suministrar la información. En este sentido cabe destacar que existe una referencia general a la necesidad de tener en cuenta los estándares y prácticas reconocidas internacionalmente sobre la cuestión<sup>87</sup>. Esto puede interpretarse en varios sentidos. O bien que la ley determina la vinculación del Director de la DIAN a las normas internacionales y el derecho en agraz al respecto a la hora de dictar la resolución comentada; o bien que la ley determina el carácter supletorio de esos documentos internacionales a la hora de definir la obligación; o ambas. En cualquier caso, como ya comentamos de forma general, nuevamente se concretan problemas de legalidad al configurar auténticas obligaciones con referencia a documentos internacionales de valor controvertido.

Otra cuestión dudosa es la referencia a “instrumentos jurídicos con residencia fiscal en Colombia o en el extranjero”, pues pueden existir instrumentos jurídicos sin residencia fiscal que quedarían excluidos de la obligación de informar. Esto, puesto en relación con las normas de Common Reporting Standard (CRS) de la OCDE determinaría la obligación de informar en todo caso<sup>88</sup>. Sin embargo, podría suscitarse controversia al respecto.

---

86 Ver art. 631-4, punto 1, ET después de la reforma.

87 Ver párr. 1.º del art. 631-4, punto 1, *in fine*, ET después de la reforma.

88 Ver OECD, *Standard for Automatic Exchange of Financial Account Information in Tax Matters*,

Por último, debemos determinar el concepto de beneficiario efectivo a emplear. En ese sentido, el párrafo primero del artículo 631-4 no especifica el concepto de beneficiario efectivo a emplear. Sin embargo, el apartado a) de idéntico epígrafe determina la remisión de la definición del concepto al artículo 631-5. Por su parte, dicho artículo 631-5 apunta que dicha definición se emplea para el artículo 631, que es el que define el intercambio de información sobre beneficiarios efectivos de personas jurídicas y otros instrumentos, y no sobre cuentas financieras. Así, vemos que existen ciertas omisiones e incoherencias en los juegos de remisiones sobre la definición del concepto en torno al artículo 631-4. Con todo, una interpretación sistemática nos lleva a emplear el concepto del artículo 631-5, no sin advertir los problemas de seguridad jurídica que estos errores comportan dadas las gravosas consecuencias sancionatorias previstas.

Ya entrando en la definición, esta resulta sustancialmente similar a la empleada a efectos del intercambio de información sobre entidades y negocios jurídicos, si bien se prescinde de la referencia al 25% de participación accionarial o social. No queda claro el porqué de esa distinción. En cualquier caso, en nuestra opinión, habría que haber apostado por un concepto único para dotar de mayor seguridad jurídica al concepto<sup>89</sup>. Y ello porque, en cualquier caso, el nivel del 25% de control como indiciario de beneficiario efectivo puede resultar aplicable por efecto de la interpretación a la luz de los instrumentos internacionales sobre la cuestión<sup>90</sup>.

En relación con el resto de cuestiones de la definición, al resultar estas casi idénticas a los dos primeros epígrafes de definición del concepto a efectos del artículo 631, adolecen de los mismos defectos ya señalados. Únicamente salvan la cuestión de la duda sobre la obligación de suministrar información sobre beneficiarios efectivos de mandatos y encargos fiduciarios, pues la obligación se configura por remisión a la propia definición y no está contenida en artículo separado, como sí ocurre con el artículo 631 en relación con el 631-6.

También aquí son extrapolables los problemas sobre si la definición es aplicable por analogía o el empleo de los lineamientos del SARLAFT.

---

cit., p. 57. En relación con la obligación de informar, que para nada fija el requisito de residencia alguna.

89 Ver CUBIDES PINTO, “Beneficiario efectivo”, cit., p. 208.

90 Ver *supra* notas 62 y 63.

### III. EL CONCEPTO DE BENEFICIARIO EFECTIVO EN EL ESTATUTO TRIBUTARIO COMO REGLA ANTIABUSO

Moviéndonos al escenario de las reglas sustantivas antiabuso, el concepto de beneficiario efectivo aparece en la normativa colombiana en tres escenarios distintos. En primer lugar, en los convenios tributarios, en los artículos 10, 11 y 12, siguiendo el MC OCDE. En segundo lugar, en la regla de denegación de deducibilidad de pagos a beneficiarios efectivos residentes. Por último, en la norma general antiabuso.

#### A. EL CONCEPTO DE BENEFICIARIO EFECTIVO EN LOS CONVENIOS TRIBUTARIOS SOBRE LA RENTA Y SOBRE EL PATRIMONIO

El concepto de beneficiario efectivo en los convenios tributarios colombianos tiene su origen en el uso del concepto en los modelos de convenio de la OCDE y de la ONU<sup>91</sup>. Así, su interpretación está directamente condicionada por el desarrollo internacional del concepto.

En lo que se refiere a su origen histórico, parece que el origen directo del uso tal y como se ha extendido a través del MC OCDE tiene su origen en Estados Unidos en los años 1930 en relación con determinadas entidades interpuestas para evitar el cumplimiento de reglas financieras aplicables a personas físicas en desarrollos inmobiliarios<sup>92</sup>. El problema en cuestión era determinar si las consecuencias fiscales debían de imputarse a la entidad o a la persona física accionista y/o administrador de la misma<sup>93</sup>. A partir de allí se determinaría la imputación de las consecuencias fiscales al beneficiario efectivo.

De acuerdo con esa perspectiva, parece que el propietario beneficiario o beneficiario efectivo fue interpretado en un principio siguiendo la denominada *nominee theory* o teoría del nominatario. Desde esta interpretación, si todas las

---

91 Ver arts. 10.2, 11.2 y 12 de los modelos de convenios tributarios de la OCDE y de la ONU a partir de 1977.

92 Ver S. R. LAINOFF, S. BATES Y C. BOWERS, "Attributing the Activities of Corporate Agents Under US Tax Law: A Fresh Look from an Old Perspective", *Georgia Law Review*, vol. 38, 2003, p. 152; S. STOGEL Y D. JONES, "Straw and Nominee Corporations in Real Estate Tax Shelter Transactions", *Washington University Law Quarterly*, 3, 297d. C., (1976), p. 404.

93 Ver J. E. MILLER, "The Nominee Conundrum: The Live Dummy Is Dead, but the Dead Dummy Should Live!", *Tax Law Review*, vol. 34, 1978, pp. 213-216.

relaciones entre la entidad y el accionista eran similares a las de un agente o nominatario, los rendimientos se imputaban a este último<sup>94</sup>. En este sentido, el concepto, ya distorsionado, guardaba cierta relación con el concepto de propietario beneficiario del derecho de equidad.

Sin embargo, el concepto pronto evolucionó y se mezcló con las normas y doctrinas antiabuso que se estaban desarrollando en aquel momento<sup>95</sup>. Así, el concepto de beneficiario efectivo en derecho fiscal sería entendido, en una segunda etapa, bajo la teoría de la omisión o *disregard theory* como la persona a la cual se imputa la renta siguiendo una interpretación coloquial o de propiedad económica<sup>96</sup>. Este fue el resultado de la mezcla jurisprudencial del concepto de beneficiario efectivo, ya lejos del ámbito de la equidad, con las doctrinas *business activity test*, *business purpose test* o de simulación o *sham*<sup>97</sup>. En ese sentido, es posible que esta mezcla en origen sea el motivo por el cual el concepto de beneficiario efectivo sea calificado frecuentemente como norma antiabuso o incluso norma general antiabuso<sup>98</sup>. A partir de ello, y a pesar de las numerosas

---

94 Ver el caso-hito *National Caribe Corporation v. Commissioner of Internal Revenue*, 336 U.S. 437-438 (1949). Ver también MILLER, “The Nominee Conundrum: The Live Dummy Is Dead, but the Dead Dummy Should Live!”, cit. Y los casos señalados.

95 Ver *ibíd.*, p. 223. Ver, en derecho fiscal internacional, señalando que el beneficiario efectivo se entremezcla con la regla de prevalencia de la sustancia sobre la forma, aunque los tribunales apuntan que son distintos, DU TOIT, *Beneficial Ownership of Royalties in Bilateral Tax Treaties*, cit., p. 126.

96 Ver el caso-hito *Moline Properties Inc. v. Commissioner of Internal Revenue*, 319 U.S. 439 (1943). Ver MILLER, “The Nominee Conundrum: The Live Dummy Is Dead, but the Dead Dummy Should Live!”, cit., pp. 227-238.

97 Sobre la mezcla de las teorías del nominatario y de la omisión con el *business activity test* y el *business purpose test*, que se estaban desarrollando en aquel momento, ver *ibíd.*, pp. 241-247. Ver también B. HULSEY, *Tax Aspects of the Nominee Corporation: Roccaforte v. Commissioner of Internal Revenue*, 22 *Tulsa L.J.* 61, pp. 65-71.

98 Ver, entre la numerosa doctrina fiscal internacional, R. DANON, “Le concept de bénéficiaire effective dans le cadre du MC OCDE”, *IFF Forum für Steuerrecht*, 1, 2007; R. DANON, “Clarification of the meaning of ‘beneficial owner’ in the OECD Model Tax Convention: comment on the April 2011 discussion draft”, *Bulletin for International Taxation*, vol. 65, 8, 2011; S. JAIN, *Effectiveness of the Beneficial ownership test in Conduit Company Cases*, IBFD, Amsterdam, 2013; F. VEGA BORREGO, *Limitation on benefits clauses in double taxation conventions*, vol. 12, Kluwer, London, 2006, pp. 86-88; L. VERDONER, R. OFFERMANS y S. HUIBREGSTE, “A Cross-Country Perspective on Beneficial ownership – Part 1”, *European Taxation*, vol. 50, 10, 2010. Ver también R. A. DE MOOIJ, en *The OECD Model Convention – 1998 and Beyond, The Concept of beneficial ownership in tax treaties*, vol. 52 Congress, Kluwer, The Hague, 2000 (IFA); K. VOGEL, *Klaus Vogel on Double Taxation Conventions*, 3.<sup>a</sup> ed., Kluwer, Dordrecht, 1997, pp. 562-563.

dudas, parece que la teoría de la omisión, desarrollada desde entonces, ha inspirado la atribución de consecuencias fiscales hasta hoy en Estados Unidos<sup>99</sup>.

Al mismo tiempo, y de forma paralela al desarrollo comentado de las reglas domésticas, la política fiscal norteamericana en relación con los tratados fiscales comenzó a considerar el concepto de beneficiario efectivo como regla de atribución subjetiva implícita en los convenios<sup>100</sup>. En este sentido, siguiendo la evolución doméstica, parece que los reglamentos del Tesoro estadounidense definían en un primer momento al beneficiario efectivo, y por tanto imputaban las consecuencias fiscales convencionales, al titular sustantivo. Excluían así de los beneficios convencionales a agentes, nominatarios y otros negocios de confianza en los que se actuaba como agentes o nominatarios con respecto a sujetos que no residían en el otro Estado contratante<sup>101</sup>. Sin embargo, en una segunda etapa, las decisiones del Tesoro parecen inclinarse a atribuir el carácter de beneficiario efectivo a los propietarios en sentido coloquial o económico<sup>102</sup>. A partir de este desarrollo, el uso del concepto en el ámbito de la

---

99 Ver S. R. LAINOFF et al. "Attributing the Activities of Corporate Agents under US Tax Law: A Fresh Look from an Old Perspective", cit., p. 157.

100 Ver comentario al artículo 4, en Technical Memorandum of Treasury Department Concerning Proposed Protocol Amending the Income Tax Convention between the United States and the United Kingdom, 1966-2, Cumulative Bulletin 1127, Senate Report No. 89-3. Para un análisis en profundidad, ver P. A. HERNÁNDEZ GONZÁLEZ-BARRERA. *Beneficial Ownership in Tax Treaties*.

101 Ver art. 4, en Treasury Decision 4766, 1937-2, Cumulative Bulletin, 158 on the 1935 Double Tax Convention between Canada and the United States. Para un análisis en profundidad, ver HERNÁNDEZ GONZÁLEZ-BARRERA, ob. cit.

102 Ver sec. 7.607 of T.D. 5957, 1953-1 C.B. 238, desarrollando e implementando a nivel doméstico el artículo XVII del Convenio de 1948 entre Nueva Zelanda y Estados Unidos. Para un análisis en profundidad, ver Hernández González-Barreda, ob. cit. Con todo, el concepto volvió a evolucionar en tanto Estados Unidos optó por una definición basada en la teoría del nominatario y el Reino Unido contempló el concepto de forma diferente. Ver sec. 507.23 b)2) of T.D. 6898, 1966-2 C.B. 567. Desde nuestro punto de vista, el concepto fue definido por el Reino Unido como referido a sujetos que: i) detentan todos los derechos de uso y disfrute y pueden reclamar sus derechos frente a un tribunal, incluso aunque no exista personalidad jurídica; ii) reciben la renta del propietario legal por propio derecho y no por discreción o decisión del propietario legal; iii) pueden decidir de forma plena sobre la renta y/o el activo; iv) su interés está deteminado de antemano, incluso cuando la cantidad no puede ser definida, y no en abstracto; y, v) pueden reclamar sus derechos en tribunales frente al intermediario o incluso terceras partes. Ver Protocol amending the Double Taxation Convention with the United States, 10 May 1966, P.S. 210/65 in Double Taxation Bill with the United States of America (TNA Ref. IR 40/16680). Para un mayor análisis ver HERNÁNDEZ GONZÁLEZ-BARRERA, *Beneficial Ownership in Tax Treaties*, cit.



fiscalidad internacional cruzaría el Atlántico a la política fiscal convencional británica a través del Protocolo de 1966 al Convenio de 1945 entre Estados Unidos y el Reino Unido<sup>103</sup>.

A partir de la incorporación del concepto al tratado entre Estados Unidos y el Reino Unido, este último país empezó a incorporarlo en los siguientes tratados<sup>104</sup>. Posteriormente saltaría de la práctica británica al Modelo de Convenio de la OCDE, y desde ahí a la red fiscal convencional y a la normativa fiscal de numerosos países<sup>105</sup>.

Ya en el Modelo de Convenio de la OCDE y los convenios que de él se derivan se suscitan numerosas dudas sobre su interpretación<sup>106</sup>. La primera cuestión es si en conformidad con el artículo 3(2) del MC OCDE el concepto debe interpretarse de acuerdo con el sentido que a él le otorgue la normativa doméstica<sup>107</sup>. La respuesta, en términos generales, debe ser negativa, en tanto es uno de los supuestos en los que el contexto aconsejaría una interpretación autónoma internacional<sup>108</sup>. No obstante, hay que precisar que debería interpretarse en el

---

103 Ver art. XIX A del 1945 Tax Treaty between the United States and the United Kingdom as amended by the Protocol amending the Double Taxation Convention with the United States, 10 May 1966.

104 Ver Double Taxation Agreement with Norway (TNA ref. IR 40/17262); Negotiation of new Double Taxation Convention with Finland, Helsinki, 27 February to 11 March 1968, in Origin papers of the renegotiation of double taxation agreement with Finland (TNA Ref. IR 40/17812); Double taxation agreement with Spain, Board of Inland Revenue (TNA ref. IR 40/18058); Double Taxation Relief, Motion for Address, in Amendments to the double taxation agreement with Luxembourg (TNA ref. IR 40/18362). Para un mayor desarrollo, ver HERNÁNDEZ GONZÁLEZ-BARRERA, *Beneficial Ownership in Tax Treaties*, cit.

105 Ver Report on suggested amendments to Articles 11 and 12 of the Draft Convention, relating to interest and royalties respectively, Working Party 27, Fiscal Committee, OECD, 16 February 1970 [FC/WP27 (70) 1], p. 14. Para un mayor desarrollo, ver HERNÁNDEZ GONZÁLEZ-BARRERA, *Beneficial Ownership in Tax Treaties*, cit.

106 Ver arts. 10.2, 11.2 y 12.1 del MC de la OCDE y los comentarios correspondientes.

107 Ver OLIVER et al. “Beneficial ownership”, cit., p. 314.

108 Ver, apostando por una interpretación en el sentido doméstico, W. EYNATTEN, K. DE HAEN y N. HOSTYN, “The concept of ‘beneficial owner’ under Belgian tax law: Legal interpretation is maintained”, *Intertax*, vol. 31, 12, 2003, p. 538; R. NG, “The concept of beneficial ownership”, en *History of Tax Treaties*, Linde, Wien, 2011, pp. 529 y 539; H. PIJL, “Beneficial Ownership and Second Tier Beneficial Owners in Tax Treaties in the Netherlands”, *Intertax*, vol. 31, 10, 2003, p. 361. En la mayor parte de la doctrina, apuntando a un concepto autónomo, ver, por todos, P. BAKER, *Double Taxation Conventions*, Sweet & Maxwell, Loose-Leaf Edition, pp. 10-7; J. D. B. OLIVER, J. LIBIN, S. VAN WEEGHEL y C. DU TOIT, “Beneficial Ownership and the OECD Model”, *British Tax Review*, 1, 2001, p. 47; F. VEGA BORREGO, *Limitation on benefits*

sentido doméstico correspondiente si de otras fuentes se deriva que las partes han querido que ese sea el sentido aplicable.

Así las cosas, habría que analizar si existen fuentes relativas al convenio que determine el sentido a emplear<sup>109</sup>. En su ausencia, la única fuente posible sería el Modelo de Convenio de la OCDE y su comentario<sup>110</sup>. De acuerdo con este en su última actualización de 2014, el concepto en términos positivos debe entenderse como el sujeto que tiene el derecho de uso y disfrute del dividendo sin limitación contractual o legal de pasar el pago recibido a otra persona<sup>111</sup>. En lo que se refiere a delimitación negativa, el concepto no responde a la normativa doméstica<sup>112</sup>; debe entenderse como limitando la aplicación del convenio cuando agentes o intermediarios residentes en el otro Estado contratante reciben el pago y el beneficiario efectivo no es residente<sup>113</sup>; también limita la aplicación del convenio en situaciones en las que, sin ser agente o intermediario, el que percibe el rendimiento tiene poderes muy limitados, como en el caso de *conduit companies*<sup>114</sup>; no se puede interpretar como norma general antiabuso similar al concepto de sustancia sobre la forma, sustancia económica, fraude a la ley u otros similares<sup>115</sup>; y no puede interpretarse de forma similar al sentido que tiene en otros instrumentos internacionales, entre los que cita como ejemplo el sentido que le da la FATF<sup>116</sup>. Lo cierto es que todas estas afirmaciones, citadas aquí de forma sintética, resultan enormemente complejas y presentan bastantes inconsistencias. Además, reflejan la última versión del Comentario,

---

*clauses in double taxation conventions*, cit., vol. 12, p. 82; VOGEL, *Klaus Vogel on Double Taxation Conventions*, cit., p. 562.

109 Ver arts. 31 y 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

110 Sobre su amplia aceptación como instrumento interpretativo ver A. RIBES RIBES, *Convenios para evitar la doble imposición: interpretación, procedimiento amistoso y arbitraje*, Edersa, Madrid, 2003, pp. 162-165.

111 Ver párr. 12.4 del Comentario al art. 10 del MC de la OCDE en su versión de 2014 y párrafos concordantes en los Comentarios a los artículos 11 y 12.

112 Ver párr. 12.1 del Comentario al art. 10 del MC de la OCDE en su versión de 2014 y párrafos concordantes en los Comentarios a los artículos 11 y 12.

113 Ver párr. 12.2 del Comentario al art. 10 del MC de la OCDE en su versión de 2014 y párrafos concordantes en los Comentarios a los artículos 11 y 12.

114 Ver párr. 12.3 del Comentario al art. 10 del MC de la OCDE en su versión de 2014 y párrafos concordantes en los Comentarios a los artículos 11 y 12.

115 Ver párr. 12.5 del Comentario al art. 10 del MC de la OCDE en su versión de 2014 y párrafos concordantes en los Comentarios a los artículos 11 y 12.

116 Ver párr. 12.6 del Comentario al art. 10 del MC de la OCDE en su versión de 2014 y párrafos concordantes en los Comentarios a los artículos 11 y 12.

siendo que este ha evolucionado significativamente en distintas versiones de 1977, 1992, 1998, 2000, 2003 y 2014, así como en distintos informes. Ello lleva a una enorme controversia sobre su sentido.

Desde nuestro punto de vista, y dada la mezcla de visiones de los distintos países y tradiciones jurídicas sobre la cuestión, el concepto de beneficiario efectivo en los tratados fiscales sobre renta y patrimonio basados en el MC de la OCDE de 1977 debe interpretarse como limitando el acceso a los beneficios convencionales a los casos en que: i) el efecto económico de la renta es transmitido a terceros; ii) el receptor de la renta está obligado por contrato o por la ley, por obligación real o personal, a hacer la transmisión de esos efectos económicos; y, iii) tiene la obligación de transmitir esa renta o cantidades equivalentes vinculada de forma directa y en relación con la percepción o devengo del derecho a la renta, o en el mismo negocio jurídico, siendo que la transferencia depende de la percepción o adquisición de los rendimientos<sup>117</sup>. Por otra parte, el concepto de beneficiario efectivo en los tratados fiscales sobre renta y patrimonio basados en el MC de la OCDE de 1977 y que hayan tenido en cuenta el Conduit Companies Report de 1986, o basados en el Modelo de Convenio de 2003, debe interpretarse en el sentido de limitar el acceso a los beneficios convencionales en aquellos casos en que: i) el efecto económico de la renta es transmitido a terceros; ii) el receptor de la renta está obligado por contrato o por la ley, por obligación real o personal, a hacer la transmisión de esos efectos económicos; y, iii) tiene la obligación de transmitir esa renta o cantidades equivalentes vinculada de forma directa y en relación con la percepción o devengo del derecho a la renta, o en el mismo negocio jurídico, o en negocio jurídico distinto o norma legal que obliga a transferir la renta o los beneficios económicos por referencia a la transacción por la cual se reciben los rendimientos o se adquirió el derecho por el potencial intermediario, siendo que la transferencia depende de la percepción o adquisición de los rendimientos<sup>118</sup>.

En idéntico sentido hay que destacar algunas precisiones. En primer lugar, como señala el Comentario de 2014, el concepto de beneficiario efectivo no puede entenderse en el sentido de una definición doméstica de alguna de las partes contratantes<sup>119</sup>. Además, el concepto no debe entenderse como una

---

117 Ver HERNÁNDEZ GONZÁLEZ-BARREDA, *Beneficial Ownership in Tax Treaties*, cit.

118 Ver *ibíd.*

119 Si bien lo aplicamos a cualquier versión del comentario por sus propios términos, ver, en relación con el de 2014, *supra* nota 112.

norma general antiabuso similar a la doctrina de la sustancia sobre la forma, simulación o regla de propósito principal. Tampoco en el sentido de interpretación económica o propiedad económica<sup>120</sup>. Ello no implica que en la determinación del presupuesto de hecho no pueda operar la doctrina de la simulación y, posteriormente, determinar la aplicación de la regla de beneficiario efectivo. Pero ambas reglas no son intercambiables<sup>121</sup>.

Por último, es importante aclarar que el concepto debe ser interpretado así, en nuestra opinión, cuando no existen otras fuentes relativas al tratado a aplicar que puedan determinar la interpretación en otro sentido distinto del señalado, derivado únicamente del MC de la OCDE, los Comentarios y documentación conexas y práctica. Este sería el caso de los convenios colombianos en los que se refiere el concepto.

#### B. LA REGLA DE DENEGACIÓN DE DEDUCIBILIDAD DE PAGOS A BENEFICIARIOS EFECTIVOS RESIDENTES

También como norma antiabuso, aunque en este caso de sentido doméstico, el artículo 771-6 ET, añadido por la Ley 1819 de 2016, determina la facultad de la DIAN para desconocer la deducibilidad de costos y gastos en el exterior si se cumplen dos condiciones<sup>122</sup>. En primer lugar, que el beneficiario efectivo de dichos pagos, en los términos del artículo 631-5 ET, sea directa o indirectamente, en una proporción igual o superior al 50%, el mismo contribuyente. En segundo lugar, que el pago se efectúe a una jurisdicción no cooperativa o de baja o nula imposición, o a entidades sometidas a régimen tributario preferencial, o no se allegue certificado de residencia fiscal.

Sobre los requisitos señalados no queda claro si se trata de supuestos cumulativos o alternativos<sup>123</sup>. En nuestra opinión, parece tratarse de supuestos cumulativos.

Por otra parte, en lo que se refiere al presupuesto de hecho, este resulta confuso y de difícil interpretación. En primer lugar, porque no queda clara la

---

120 Si bien lo aplicamos a cualquier versión del comentario por sus propios términos, ver, en relación con el de 2014, *supra* nota 115.

121 Si bien lo aplicamos a cualquier versión del comentario por sus propios términos, ver, en relación con el de 2014, *supra* nota 112.

122 Ver arts. 136 de la Ley 1819 y 771-6 ET.

123 CUBIDES PINTO, "Beneficiario efectivo", cit., p. 209.

definición de costos y gastos en el exterior. En ese sentido, parece que deben entenderse como pagos que den cumplimiento a una obligación jurídica contraída con una entidad o negocio residente en el exterior. No obstante, una interpretación laxa podría llevar a denegar cualquier tipo de pago o remesa, interpretación esta que no parece casar con el espíritu de la norma.

En parecido sentido, resulta a todas luces oscura la referencia a que el beneficiario efectivo sea el mismo contribuyente que realiza el pago. En una interpretación literal de la norma solo sería aplicable a supuestos en los que el contribuyente fuera una entidad transparente que fuera contribuyente en Colombia, y residente en el exterior<sup>124</sup>, pero en ese caso los pagos no serían en principio deducibles. Lo razonable, por el contrario, es interpretar en el sentido de denegar los gastos o costes cuando el beneficiario efectivo de los pagos al exterior sea también beneficiario efectivo del mismo contribuyente<sup>125</sup>. Lo contrario reduce la norma a un absurdo.

Por otra parte, la norma permite escapar a su consecuencia si se demuestra la existencia de propósito principal de negocio distinto del ahorro tributario. En ese sentido, se entiende que la aplicación del régimen de precios de transferencias justifica el propósito negocial. Ello resulta controvertido en un doble sentido. En nuestra opinión, habría sido mejor someter este tipo de transacciones a la norma general antiabuso vinculada al propósito principal, pues plantearía cierta litigiosidad pero permitiría condensar en una única norma la problemática. Por el contrario, esta norma enmaraña la situación al situar de forma conjunta una regla de desconocimiento de gastos, una regla de propósito principal y una regla de precios de transferencia. En ese sentido, parece que pretender igualar las reglas de precios de transferencias a una regla de propósito principal es en todo punto controvertido. Lo que en realidad parece pretender esta regla es someter a la carga de la prueba del contribuyente estas transacciones<sup>126</sup>. Pero, a nuestro juicio, ello se podría haber hecho por las reglas ordinarias de documentación de precios de transferencia y, en caso fraudulento, denegar la deducibilidad a través de la regla general antiabuso, dotando de mayor seguridad jurídica a la cuestión.

---

124 Tal y como se discutió en la sesión de trabajo de la reforma tributaria que tuvo lugar el 17 de octubre de 2017 en la Universidad Externado de Colombia.

125 Ver CUBIDES PINTO, “Beneficiario efectivo”, cit., p. 209.

126 Ver *ibíd.*, p. 208.

A ello se añade la enorme inseguridad de la indefinición del concepto de beneficiario efectivo a que se vincula la regla de acuerdo con la crítica señalada en los epígrafes anteriores, toda vez que referir un concepto indeterminado como el de beneficiario efectivo al “control efectivo” o “beneficio efectivo” puede extender significativamente el ámbito de aplicación de esta regla. Además, nada tiene que ver la persona la coincidencia de las personas que se sitúan al final de una cadena de titularidad o control con el propósito o carácter abusivo de una transacción.

### C. BENEFICIARIO EFECTIVO, OBLIGADO TRIBUTARIO Y LA NORMA GENERAL ANTIABUSO DEL ESTATUTO TRIBUTARIO

Por último, el artículo 869 ET emplea el concepto de beneficiario efectivo en la definición del provecho tributario como elemento caracterizador del abuso que la norma previene. Sin exhaustividad en el concepto de abuso, recordemos que la regla permite recaracterizar o reconfigurar las operaciones que constituyan abuso, entendido este como la implementación de uno o varios actos o negocios jurídicos artificiosos, sin razón o propósito económico y/o comercial aparente, con el fin de obtener provecho tributario. Así, ese provecho tributario es posteriormente definido en el párrafo tercero como la alteración, desfiguración o modificación de los efectos tributarios que, de otra manera, se generarían en cabeza de uno o más obligados tributarios o beneficiarios efectivos.

El uso del concepto de beneficiario efectivo en este artículo no resulta en ningún caso claro. Para empezar, no remite a ninguna de las definiciones empleadas en el Estatuto Tributario, de forma que no podemos saber cómo definirlo. En ese sentido, al emplearlo junto al concepto de obligado tributario parece establecer algún tipo de relación entre ellos, asimilándolos o, al menos, acercándolos de forma peligrosa. Posiblemente el concepto se refiera a los supuestos en que un sujeto, aun no siendo formalmente contribuyente, debería haber satisfecho tributo alguno o hacerse responsable de cierta obligación tributaria, abstracción hecha del acto que la propia norma lleva a considerar como abusiva. Pero este uso, en nuestra opinión, reitera el uso de un concepto ajeno al Estatuto Tributario colombiano que corre el riesgo de permear y llevar a una atribución económica de las rentas que no parece natural ni en los tratados ni en el ordenamiento de Colombia.

## CONSIDERACIONES FINALES

El ordenamiento tributario colombiano se ha visto influenciado de forma significativa por la introducción del concepto de beneficiario efectivo en la última reforma tributaria. No obstante, hay que tener en cuenta que dicha incorporación puede ser contraproducente e impropia, o al menos debe tenerse en consideración con sumo cuidado.

En primer lugar, porque es muy posible que los caracteres importados de esta figura de derecho de equidad no encajen en el derecho fiscal por la diferencia de objetos de ambas ramas del derecho, así como que su hibridación con normas antiabuso haya desfigurado su sentido.

En segundo lugar, porque, igual que en su origen en el ordenamiento jurídico anglosajón –aunque ahora responda a ratios diferentes–, el concepto puede tener unos significados muy dispares según el supuesto a que se aplique. De esa forma, tratar de buscar un concepto único puede ser controvertido.

En tercer lugar, porque en la mayor parte de casos es prácticamente imposible definir de forma precisa el concepto, además de que sus fuentes interpretativas son absolutamente vagas.

En cuarto lugar, porque, aunque se pueda determinar su definición en las distintas reglas, el hecho de que normas distintas usen la misma locución puede inducir a una falsa sensación de identidad.

En quinto lugar, porque la introducción del concepto está llevando a una desfiguración de las reglas fiscales en los distintos países, admitiendo una suerte de atribución económica laxa e imprecisa de las rentas y activos que no necesariamente es querida por el legislador.

Y en sexto lugar, en relación con todas las afirmaciones anteriores, porque el concepto lleva a una inseguridad absoluta que no resulta admisible.

Específicamente en relación con su incorporación en el ordenamiento colombiano, el absoluto desconocimiento de la figura resulta un riesgo extraordinario, pues su aplicación queda por completo al arbitrio del aplicador de la norma correspondiente. Es cierto que toda norma tiene un grado de incertidumbre, pero en esta es más que alto. En ese sentido cabe destacar que las numerosas imprecisiones e inconsistencias de la incorporación del concepto al ordenamiento colombiano parecen fruto del desconocimiento de la figura. Particularmente llama la atención por las consecuencias sancionadoras de la no identificación del beneficiario efectivo en el caso de intercambio de información, o el empleo del concepto en normas antiabuso de gravosas consecuencias.

Es nuestra opinión que el uso de la figura en el intercambio de información debería en primer lugar realinearse a nivel internacional. Por otra parte, a nivel colombiano y en lo que se refiere a intercambio de información, y con independencia de sus posibles modificaciones internacionales, debería afinarse a nivel doméstico para eliminar las múltiples inconsistencias e incoherencias de las que adolece. Además, las consecuencias sancionadoras deben minimizarse, dentro de los estándares internacionales, para que la exigencia indeterminada no lleve a unas consecuencias desproporcionadas. En lo que se refiere a su sentido como norma antielusiva en los convenios, debería eliminarse su utilización en los convenios tributarios, sustituyendo su uso por normas de propósito principal y de limitación de beneficios. Por último, en relación con su uso antiabuso doméstico debería eliminarse de forma definitiva toda referencia al concepto de beneficiario efectivo. Más aún, su oscuridad e imprecisión podrían llevar a considerar que se tenga por no puesto y por tanto devenga inaplicable en todo caso.