

EL CONCEPTO DE BENEFICIARIO EFECTIVO EN LOS CONVENIOS PARA EVITAR LA DOBLE IMPOSICION

Ana Klappenbach
María José Santos
Carolina Zitto¹

El presente artículo analiza algunos de los fallos históricos más relevantes en materia de “beneficiario efectivo”. Por qué después de 45 años de haber sido introducido este concepto en los Convenios para evitar la Doble Imposición, aún subsisten innumerables interrogantes en cuanto a su significado, alcance e interpretación.

Un análisis exhaustivo sobre la evolución e interpretación de la expresión “beneficiario efectivo” excede el propósito de nuestro trabajo, sin perjuicio de ello hemos entendido necesario hacer una breve referencia a éstos para un mejor entendimiento del tema que nos ocupa.

1. Marco normativo conceptual en Uruguay

1.1 Principio general de potestad tributaria

Como principio general, Uruguay adopta el principio de la fuente. Este aspecto es relevante a la hora de evaluar el impacto que un convenio de doble tributación (en adelante, CDI) tiene en la potestad tributaria de Uruguay.

Como es sabido, bajo la adopción del principio de la fuente, las rentas derivadas de la tenencia de activos situados o utilizados en el exterior constituyen rentas de fuente extranjera, no sujetas a imposición en nuestro país.² Por el contrario, las rentas pagadas a un no residente derivada de la tenencia de tales activos en el país quedan sujetas a imposición por tratarse de rentas de fuente uruguaya³.

Este aspecto es especialmente relevante en el caso que nos ocupa porque, como veremos seguidamente, los CDI suelen limitar (total o parcialmente) la potestad tributaria del Estado Parte desde el cual se pagan ciertas rentas pasivas, tales como los dividendos, intereses o regalías (en adelante, Estado Fuente).

Es por ello que resulta de especial interés para Uruguay evaluar en qué situaciones y bajo qué condiciones se verá limitada su potestad tributaria cuando se paguen este tipo de rentas a residentes de otro Estado con el cual haya celebrado un CDI.

1.2 Referencia al término “beneficiario efectivo” en los CDI vigentes en Uruguay⁴

Los CDI celebrados por Uruguay hacen referencia al concepto de “beneficiario efectivo” en los artículos 10, 11 y 12 relativos a dividendos, intereses y regalías, respectivamente. Si bien se

¹ Las autoras integran el Departamento Fiscalidad Internacional de la Dirección General Impositiva. Las opiniones expresadas en el presente trabajo son de exclusiva responsabilidad de las mismas, no reflejando necesariamente la posición de la Institución a la que pertenecen.

² Cabe precisar que en el caso de las personas físicas quedan sujetas a imposición ciertas rentas mobiliarias que provengan del exterior.

³ Cabe recordar que Uruguay, como importador de capital, no suele tener inversiones o generar el uso de intangibles u otros activos, en el exterior sino que generalmente es receptor de los mismos. Como consecuencia de ello, este tipo de rentas se pagan generalmente desde Uruguay.

⁴ A la fecha del presente trabajo, los países con los cuales Uruguay cuenta con un CDI vigente son: Hungría, México, España, Alemania, Suiza y Portugal.

observan algunas diferencias de redacción entre éstos, en general, dichos artículos son consistentes respecto al tratamiento de estas rentas y, en especial, al uso de la expresión “beneficiario efectivo”.

Básicamente, lo que estos CDI establecen es que la potestad del Estado Fuente se verá limitada únicamente cuando el beneficiario efectivo de la renta sea residente del otro Estado Parte, de lo contrario conservará su potestad tributaria, sin limitarla.

Dada la similitud que existe entre éstos, en el presente trabajo citaremos sólo uno de ellos. Así el CDI celebrado entre Uruguay y España⁵ establece lo siguiente:

“Artículo 10: Dividendos

1. Los dividendos pagados por una sociedad residente de un Estado contratante a un residente del otro Estado contratante pueden someterse a imposición en ese otro Estado.
2. Sin embargo, dichos dividendos pueden someterse también a imposición en el Estado contratante en que resida la sociedad que paga los dividendos y según la legislación de ese Estado, pero si el “beneficiario efectivo” de los dividendos es un residente del otro Estado contratante, el impuesto así exigido no podrá exceder del 5 por 100 del importe bruto de los dividendos”⁶...

“Artículo 11: Intereses

1. Los intereses procedentes de un Estado contratante y pagados a un residente del otro Estado contratante pueden someterse a imposición en este otro Estado.
2. Sin embargo, estos intereses también pueden someterse a imposición en el Estado contratante del que procedan, de conformidad con la legislación de dicho Estado; pero si el “beneficiario efectivo” de los intereses es residente del otro Estado contratante, el impuesto no podrá exceder del 10 por ciento del importe bruto de los intereses”

...

Artículo 12: Cánones y regalías

1. Los cánones o regalías procedentes de un Estado contratante y pagadas a un residente del otro Estado contratante pueden someterse a imposición en este otro Estado.
2. Sin embargo, estas regalías también pueden someterse a imposición en el Estado contratante del que procedan, de conformidad con la legislación de dicho Estado; pero si el “beneficiario efectivo” de los cánones o regalías es residente del otro Estado contratante, el impuesto no podrá exceder del:
 - a) 5 por ciento del importe bruto de los cánones o regalías en el caso de los derechos de autor sobre obras literarias, artísticas o científicas;
 - b) 10 por ciento del importe bruto de los cánones o regalías en el resto de los casos”.

...

Como puede observarse, si bien ambos Estados tienen derecho de imposición respecto de tales rentas, la cuantía del impuesto exigible por el Estado Fuente se ve limitada cuando el beneficiario efectivo de la renta es residente del otro Estado contratante.

Sin embargo, esta limitación no aplica si el activo que genera la renta está efectivamente vinculado a un establecimiento permanente situado en el Estado Fuente. En ese caso, dichas rentas se atribuirán al establecimiento permanente quedando las mismas comprendidas dentro de las rentas del artículo 7 (beneficios empresariales). Así los CDI agregan:

“Las disposiciones de los apartados 1 y 2 no son aplicables si el “beneficiario efectivo” de los dividendos (intereses o regalías, según correspondan), residente de un Estado contratante, realiza en el otro Estado contratante, del que es residente la sociedad que paga los dividendos (intereses o regalías, según correspondan), una actividad económica a través de un establecimiento permanente situado allí, y la participación (crédito, derecho o bien, según corresponda) que genera los dividendos (intereses o regalías, según corresponda) está vinculada efectivamente a dicho establecimiento permanente. En tal caso, son aplicables las disposiciones del artículo 7...”

⁵ Ley 18.730.

⁶ Cabe precisar que en el caso del CDI celebrado con España se concede una desgravación total (sin límite) cuando la participación social sea de un 75% o más del capital de la sociedad que paga los dividendos. Esta regla también aplica a la remesa de utilidades (beneficios) efectuadas por un establecimiento permanente. Ver apartados 2 y 6 del artículo 10 del CDI. Cada convenio cuenta con disposiciones especiales en este sentido.

Finalmente, cabe precisar que la limitación en la cuantía del impuesto se aplicará sobre el valor del interés o la regalía que se determine en ausencia de relaciones especiales entre el deudor y el acreedor. De existir relaciones especiales entre éstos, la cuantía en exceso podrá someterse a imposición de acuerdo con la legislación de cada Estado Contratante, teniendo en cuenta las demás disposiciones del CDI. Este apartado tiene como objeto limitar el campo de aplicación de las disposiciones relativas a la imposición de intereses y regalías en el caso de que el importe de éstos exceda del que se habría convenido si el deudor y el beneficiario efectivo hubiesen contratado con total independencia⁷.

La redacción de los artículos referidos es similar a la adoptada por el Modelo de Convenio de la OCDE (en adelante, MCOCDE), con la salvedad de que en dicho Modelo las rentas derivadas de regalías sólo se someten a imposición en el Estado de Residencia. En los CDI vigentes celebrados por Uruguay, por el contrario, ese derecho es compartido entre los Estados Partes.

2. Antecedentes en los Modelos

Como puede observarse en el capítulo anterior, la expresión “beneficiario efectivo” parece ser un concepto clave a la hora de determinar la potestad tributaria de un Estado frente al pago de ciertas rentas. Su origen data de 1966, cuando fue introducido por primera vez en el protocolo del Tratado entre el Reino Unido y Estados Unidos.⁸ Se incluye en prácticamente todos los CDI celebrados por los Estados. Sin embargo, paradójicamente, no ha sido definido en los mismos, ni en los modelos ONU y OCDE, siendo su significado aún motivo de debate.

Hay quienes sostienen que esta ausencia de definición se debe al hecho de que los Estados Parte se basan en diferentes sistemas legales y tradiciones, particularmente los sistemas legales llamados “*common law*” vs. “*civil law*”, siendo la expresión “beneficiario efectivo” característica del primero.

El objetivo de nuestro trabajo no es hacer un análisis exhaustivo de la evolución de la expresión. No obstante, consideramos relevante hacer referencia al contexto en el cual se inserta la misma, a efectos de alcanzar su significado.

2.1. En el Modelo de Convenio de la OCDE

La referencia a la expresión “beneficiario efectivo” se introduce por primera vez en su reporte de 1972⁹, en ocasión de la revisión de algunos de los artículos del MCOCDE de 1963.

Como consecuencia de dicho reporte, el MCOCDE de 1977 introduce en sus artículos 10, 11 y 12 (referentes a dividendos, intereses y regalías, respectivamente) la expresión “beneficiario efectivo” como condición subjetiva requerida para que los residentes de un Estado Parte puedan beneficiarse de tasas reducidas de imposición en el Estado Fuente (en adelante, “cláusula de beneficiario efectivo”), pero sin definirlo expresamente.

Si bien la cláusula “beneficiario efectivo” en sí ha permanecido prácticamente incambiada en los sucesivos MCOCDE, la interpretación de la expresión “beneficiario efectivo” ha evolucionado en el tiempo, según surge de las sucesivas modificaciones introducidas a los Comentarios de dichos MCOCDE, desde 1977 a julio de 2010.

⁷ Apartado 7 del art. 11 y apartado 6 del art. 12.

⁸ DU TOIT: “The Evolution of the term “beneficial ownership” in relation to International Taxation over the past 45 years” en IBFD, Bulletin for International Taxation, Octubre 2010.

⁹ OECD Report entitled “Revised Text of Certain Articles of the 1963 OECD Draft Double Taxation Convention”, publicado en abril de 1972 en Anexo del MCONU.

Como se verá seguidamente, podría afirmarse que los Comentarios no introducen una definición positiva de la expresión “beneficiario efectivo”, sino más bien una serie de pautas para su interpretación a partir de las cuales podría inferirse su significado. Es por ello que nos parece relevante analizar la evolución de estos Comentarios.

Como viéramos precedentemente, el primer cambio que puede observarse en los Comentarios al MCOCDE de 1977 refiere fundamentalmente a la introducción de nociones económicas. Se introduce la noción de “beneficiario” (concepto fundamentalmente económico) diferenciándolo de aquél que se interpone en su calidad de agente o mandatario (categorías jurídicas). Así por ejemplo, los Comentarios al artículo 11 (2) disponían¹⁰ lo siguiente:

“Bajo el segundo párrafo, la limitación al Estado de la Fuente no será aplicable cuando sea interpuesto un intermediario, tal como un agente o mandatario, entre el beneficiario y el pagador, a menos que el beneficiario efectivo sea un residente del otro Estado Contratante. Los Estados que deseen hacer esto más explícito son libres de hacerlo durante las negociaciones bilaterales”.

Como puede observarse, el MCOCDE no utiliza el término “propietario” (u otras que pudieran tener una connotación legal similar, tales como, “accionista”, “prestamista”, “tenedor”, etc.), lo que estaría indicando que ha querido diferenciarse de éstas. En ese sentido, puede afirmarse que se introduce una noción de corte más bien económico, al referirse a alguien que, siendo o no su propietario formal, logra beneficiarse efectivamente de la renta en cuestión.

De acuerdo a los Comentarios de aquel entonces, se daba una interpretación relativamente estricta al concepto de “beneficiario efectivo”, como una fórmula que sólo podía ser aplicada cuando se interponía una persona que actuaba por cuenta de otra, estando el receptor del dividendo, interés o regalía obligado a transferir las sumas percibidas por tal concepto.

En el año 1986, la OCDE publica un segundo reporte titulado: “*Convenios de doble imposición y utilización de sociedades instrumentales*”¹¹, en el cual expresa su preocupación sobre el uso indebido de los tratados por las denominadas “sociedades instrumentales”.¹² A tales efectos, define la sociedad instrumental como:

*Sociedad instrumental: “Aquella que ha sido creada con el propósito de beneficiarse del Tratado, lo que significa que los activos y derechos que generan los dividendos, intereses y regalías han sido transferidos a ésta para beneficiarse del mismo”*¹³.

En dicho reporte se expresa que la cláusula “beneficiario efectivo” no debiera limitarse a situaciones en las cuales estrictamente se interpone un agente o mandatario sino que debiera tener un alcance más amplio, abarcando situaciones en las cuales el intermediario, a pesar de ser el propietario formal del activo generador de la renta en cuestión, tiene poderes muy limitados que lo convierten en un mero fiduciario o administrador. Así, el reporte de 1986 expresa:

“Por tanto, la limitación no es aplicable cuando, económicamente, beneficiaría a una persona que no tiene derecho a ello, quien interpuso la sociedad instrumental como un intermediario entre ella y el pagador de la renta. Los comentarios mencionan el caso del mandatario o agente. La cláusula sin embargo aplicaría también a otros casos en los que una persona acuerda o asume obligaciones bajo las cuales tiene una función similar a las de un mandatario o agente. Por tanto, una sociedad instrumental normalmente no puede ser considerada como el beneficiario efectivo si, a pesar de ser el propietario formal de ciertos activos, tiene poderes muy restringidos que la convierten en un mero fiduciario o administrador actuando a cuenta de las partes interesadas (probablemente, el accionista de la sociedad instrumental). En la práctica sin embargo, usualmente será difícil para el Estado de la Fuente demostrar que la sociedad instrumental no es el beneficiario efectivo. El hecho de que su principal función sea la

¹⁰ La mayoría de los textos citados en el presente trabajo han sido redactados originalmente en inglés. Dichos textos han sido traducidos a idioma español por las autoras, no constituyendo traducciones oficiales. En virtud de ello, se recomienda consultar las fuentes originales.

¹¹ OCDE: “Double Taxation Conventions and the Use of Conduit Companies”, adoptado por el Consejo de la OCDE el 27 de noviembre de 1986, en OECD, e-library.

¹² OCDE: ob. cit, página 2.

¹³ OCDE: ob. cit, página 3

*tenencia de activos o derechos, no es en sí mismo suficiente para categorizarla como una mera intermediaria, aunque esto podría indicar que un análisis adicional es necesario”.*¹⁴

Tales conclusiones fueron tomadas en cuenta en los sucesivos MCOCDE, especialmente en el Modelo de 2003. Así, por ejemplo los Comentarios al MCOCDE versión 2010¹⁵ disponen:

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

12.1 “Si un elemento de renta es percibido por un residente de un Estado Contratante que actúa en su calidad de agente o mandatario, sería contradictorio con los objetivos y propósitos del Convenio que el Estado de la Fuente concediera una desgravación o exoneración fiscal basándose exclusivamente en la condición del receptor inmediato de la renta. En estas circunstancias, el receptor inmediato de la renta merece la consideración de residente, sin que por ello se plantee ningún problema de doble imposición como resultado de su estatus, puesto que a efectos fiscales en el Estado de residencia no se considera al receptor como el propietario de la renta. También sería contradictorio con los objetivos y propósitos del Convenio que el Estado de la Fuente concediera una desgravación o una exoneración de impuestos a un residente de un Estado Contratante que, sin tener la calidad de agente o mandatario, actúa simplemente como un intermediario¹⁶ de otra persona que de hecho es el beneficiario de la renta implicada. Por los motivos expuestos, el reporte del Comité de Asuntos Fiscales titulado: “Convenios de doble imposición y utilización de sociedades instrumentales” concluye que una sociedad instrumental no puede ser considerada normalmente como beneficiario efectivo si, pese a ser el propietario formal, tiene –en la práctica– poderes tan restringidos que la convierten, con respecto a la renta en cuestión, en un mero fiduciario o administrador que actúa por cuenta de las partes interesadas.”

Esto condujo a Baker a señalar que *“la esencia de este Comentario es para explicar que la limitación del beneficiario efectivo tiene el propósito de excluir: (i) meros mandatarios y agentes, quienes no son tratados como los propietarios de la renta en su país de residencia; y (ii) cualquier otro instrumento (conducto) que, aún siendo el propietario formal de la renta, tiene poderes muy limitados sobre la misma convirtiéndolo en un mero fiduciario o administrador, actuando en nombre de su propietario”*¹⁷.

2.2. En el Modelo de Convenio de la ONU

Los Comentarios a los artículos 10, 11 y 12 al Modelo de Convenio de la ONU, en lo que refiere al concepto de “beneficiario efectivo”¹⁸ se remiten a los Comentarios al MCOCDE, no existiendo diferencias sustanciales en este sentido¹⁹.

3. Algunas de las principales interrogantes que se plantean en la búsqueda de su significado.

Como veremos en el numeral 4 de este artículo la expresión “beneficiario efectivo” ha dado lugar a diferentes interpretaciones por parte de las Cortes y las Administraciones Tributarias de

¹⁴ OCDE: ob. cit. pág. 8.

¹⁵ Traducción al español del “Modelo de Convenio Tributario sobre la Renta y sobre el Patrimonio”, versión abreviada, Instituto de Estudios Fiscales, OCDE Julio 2010.

¹⁶ Cabe precisar que en la versión en inglés se utiliza la expresión “conduit”.

¹⁷ BAKER, P.: “Comentarios al MCOCDE, párrafos 10.b y 10.4.

¹⁸ Cabe precisar que en la traducción al español del Modelo ONU se utiliza la expresión “propietario beneficiario”, lo que aparentemente sería una traducción literal de la expresión en inglés “beneficial owner”.

¹⁹ ONU: “Convención de las Naciones Unidas sobre la doble tributación entre países desarrollados y países en desarrollo”, Nueva York, 2001.

los diferentes países. A continuación presentamos algunas de las cuestiones más relevantes que llevan a esta divergencia de opinión.

3.1 Propósito de la cláusula

Parece claro que la cláusula “beneficiario efectivo” fue introducida para contrarrestar el uso indebido de los tratados por parte de personas que no tendrían por sí mismas derecho a beneficiarse del mismo, lo que comúnmente se denomina en materia de fiscalidad internacional como “*treaty shopping*”.²⁰

Tal propósito ha sido reconocido por la doctrina. Así, entre otros, Vogel señala: “Esta restricción fue introducida en el MCOCDE de 1977. Su propósito fue ayudar a prevenir la evasión fiscal. En definitiva, que personas que no tienen derecho a la protección de un tratado particular fueran impedidas de obtener sus beneficios con la ayuda de interpuestas personas.”²¹; Jinyan Lee reconoce que “la cláusula “beneficiario efectivo” ha sido entendida como un regla anti *treaty shopping*”²²; Vega Borrego afirma: “La cláusula del beneficiario efectivo se introdujo en el MCOCDE con la finalidad de impedir la aplicación de los convenios para evitar la doble imposición a las conductas de *treaty shopping*. El objetivo de estas conductas es reducir o eliminar la tributación en el Estado de la Fuente a través de un convenio que, en principio, no es aplicable”²³; Baker al analizar los Comentarios al MCOCDE señala: “El requisito de que el receptor de los dividendos sea el beneficiario efectivo (la versión francesa del Modelo utiliza la expresión “*bénéficiaire effectif*”, ambos idiomas oficiales de la OCDE) fue agregado cuando se revisó el texto del Modelo en 1977, y el mismo fue incorporado para prevenir el abuso bajo la forma de *treaty shopping*. Desafortunadamente, el significado de la frase aún permanece menos que claro”.

De hecho, cuando la OCDE incluye en el alcance de la expresión “beneficiario efectivo” a la sociedad instrumental, en su reporte de 1986 la define como “aquella que ha sido creada con el propósito de beneficiarse del tratado...”. En igual sentido, los Comentarios al MCOCDE de 2003 (actualmente vigentes en la versión 2010) señalan que el concepto “*debe interpretarse en su contexto y a la luz de los objetivos y propósitos del Convenio, incluyendo la voluntad de evitar la doble imposición y prevenir la evasión y elusión fiscal*”.

Cabe preguntarse entonces, en qué medida este propósito incide a la hora de calificar como beneficiario efectivo. De sostenerse que es relevante verificar la intención de las partes, estaríamos ante una norma anti-abuso. De lo contrario, tal propósito sería uno de los elementos a tener en cuenta, sin ser determinante en tal sentido.

Así, Du Toit afirma: “Es importante hacer notar que a pesar de que la incorporación de la cláusula “beneficiario efectivo” tiene un propósito anti-abuso, no siempre logra contrarrestar la evasión. El motivo de ello es el hecho de que una indagación en las razones por las que fue hecha una transacción, no forma parte del test del “beneficiario efectivo”. Aún en el caso de que una persona haya sido interpuesta únicamente para hacer uso de los beneficios del tratado, tales beneficios no le pueden ser negados en razón del requerimiento de “beneficiario efectivo”, si la persona interpuesta mantiene la mayoría de los atributos de propiedad. Por lo que aunque la cláusula “beneficiario efectivo” previene el abuso de tratados en la mayoría de

²⁰ Esta expresión ha sido definida por PISTONE como: “fenómeno en el cual un sujeto, para obtener un ahorro de impuesto, requiere los beneficios de un régimen convencional al cual no tendría derecho en razón de su situación sustancial”, PISTONE, P.: “El abuso de los Convenios Internacionales en Materia Fiscal” en Curso de Derecho Tributario Internacional, Víctor Uckmar, Editorial Temis, 2003, vol. II, p.115.

²¹ VOGEL: “On Double Taxation Convention”, p. 561.

²² LI, Jinyan: “Beneficial Ownership” in *Tax Treaties: Judicial Interpretation and the Case for Clarity*” Conference in Honor of John Avery Jones, 22nd and 23rd April 2010, pág. 5.

²³ VEGA BORREGO, Félix: “El concepto de beneficiario efectivo en los convenios para evitar la doble imposición”, Documento N° 8/05, Instituto de Estudios Fiscales, p. 5.

*los casos, no es garantía de que siempre lo haga. Por otra parte, el test de “beneficiario efectivo” puede también impedir los beneficios del tratado en casos donde no se constate abuso del mismo”.*²⁴

En un sentido similar, otros autores señalan que si hubiera sido relevante analizar la intención de las partes, así debió ser establecido expresamente en los convenios. Tal situación puede ser observada en los CDI celebrados por Uruguay donde sólo en alguno de éstos se ha dejado constancia expresa de esta intención. Así por ejemplo, en el CDI entre Uruguay y Ecuador²⁵ donde en el artículo 11.7 relativo a intereses establece que *“Las disposiciones de este Artículo no se aplicarán si el propósito o uno de los principales propósitos de cualquier persona vinculada con la creación o atribución del crédito en relación al cual los intereses se pagan, fuera el sacar ventajas de este Artículo mediante tal creación o atribución”*.

3.2 Significado de la expresión “beneficiario efectivo”

La expresión “beneficiario efectivo” no ha sido definida expresamente en los CDI, lo que genera interrogantes a la hora de determinar su significado.

A nuestro entender, su significado deberá determinarse conforme a los criterios generales de interpretación establecidos por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (en adelante, “Convención de Viena”), ratificada por nuestro país por ley N° 16.173²⁶, así como por la regla específica de interpretación de los CDI establecida en el artículo 3.2 de los mismos²⁷.

La Convención de Viena establece como regla general de interpretación de todo tratado lo siguiente:

Artículo 31.1: “Regla general de interpretación. 1. Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin ...”

Por su parte, el artículo 3.2 del MCOCDE²⁸ dispone:

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

Según ha sido reconocido por prestigiosa doctrina²⁹ en opinión que compartimos, las reglas de interpretación dispuestas por ambas normas deben complementarse a la hora de interpretar los términos establecidos en los CDI.

Se ha afirmado que la regla general de interpretación de los tratados establecida en el artículo 31.1 de la Convención de Viena propone un enfoque de interpretación holístico al establecer que el tratado deberá interpretarse de buena fe, de acuerdo con el significado ordinario que corresponda otorgarle a sus términos, teniendo en cuenta su contexto y de acuerdo con su objeto

²⁴ DU TOIT, Charl: ob. cit., p. 209.

²⁵ A la fecha aún no vigente.

²⁶ A favor de la aplicabilidad de la Convención de Viena a efectos de interpretar los términos establecidos en los CDI se han pronunciado la mayoría de los Estados y la doctrina internacional y nacional, entre otros, DU TOIT, Charl: *“Beneficial Ownership of Royalties in Bilateral Tax Treaties”*, IBFD, p. 185; LOAIZA, Carlos: ob. cit. p. 419; NIEVES, Guillermo: *“Interpretación de los Convenios para Evitar la Doble Imposición”* en Revista Tributaria Uruguay, Tomo XXXVII, número 217, julio-agosto 2010, p. 609, entre otros.

²⁷ Cabe destacarse que la regla del artículo 3.2 de los CDI ha sido establecida en todos los CDI vigentes celebrados por nuestro país.

²⁸ Se transcribe la cláusula de interpretación establecida en el MCOCDE, versión 2010, en español, por ser similar a las establecidas en los CDI celebrados por Uruguay.

²⁹ DU TOIT, Charl: ob. cit., p. 194.

y fin.³⁰ En opinión de Du Toit: “El significado ordinario no es necesariamente el significado de uso diario. El significado ordinario es el significado al que se arriba después de tomar en cuenta el contexto, objeto y propósito. Por ejemplo, respecto de aquellos términos que han adquirido un significado internacional, tal significado debe ser reconocido como el significado ordinario”.³¹

En relación a la regla específica establecida en el artículo 3.2, Loaiza afirma: “La regla, referida exclusivamente al fenómeno de la interpretación, y nunca al de la calificación, implica un reenvío al derecho interno cuando una determinada expresión no se encuentra definida en el tratado, siempre que “el contexto” no imponga una interpretación diferente”.³² Como vemos, según lo dispuesto por el artículo 3.2 el reenvío a la legislación doméstica de los Estados procede únicamente cuando se constata que la expresión o término que se está interpretando no ha sido definida en el propio tratado y además, del contexto no surja una interpretación diferente.

Armonizando ambas reglas de interpretación y teniéndose en cuenta que la expresión “beneficiario efectivo” no tiene una definición expresa en los Convenios, cabe preguntarse si del contexto puede inferirse un significado ordinario o corriente de la misma. La mayoría de la doctrina entiende que tiene un significado internacional autónomo que puede inferirse del contexto, recomendando no remitirse a la legislación doméstica de los Estados. Así, Vega Borrego afirma: “La mayoría de la doctrina considera que el contexto de los CDI exige que este concepto deba interpretarse de forma autónoma, con el fin de garantizar que los convenios se apliquen de modo uniforme por los Estados que forman parte del mismo. Por tanto, debe preferirse la interpretación autónoma del concepto a la remisión al Derecho de cada Estado con el fin de determinar su significado.(...) la remisión al Derecho interno puede que no constituya siempre un recurso adecuado en esta materia, toda vez que la mayoría de los ordenamientos no prevén un concepto similar”.³³ Por su parte, Vogel establece: “La primer razón por la que el término no puede ser interpretado en referencia a la ley doméstica del Estado que está aplicando el tratado es que ninguno de los sistemas tributarios nacionales en cuestión ofrecen una definición de los términos “beneficiario efectivo”. El término debe, por lo tanto, ser interpretado en referencia al contexto del tratado, y particularmente de acuerdo con el propósito perseguido por la norma”.³⁴ Du Toit afirma: “El rol y la prioridad a ser dada al artículo 3.2 en la interpretación de los tratados es un punto que no está claro (...) Hay un fuerte apoyo para sostener que los términos que caen en la categoría de lenguaje fiscal internacional, deben ser interpretados de acuerdo al contexto del tratado y no haciendo referencia a la ley doméstica”.³⁵ Por su parte, Fraschini y Baliño afirman: “...la efectiva aplicación de un CDI supone una interpretación armónica por parte de los Estados de los términos recogidos en el mismo. De lo contrario, podrían verificarse supuestos de doble imposición o doble no imposición por conflictos de calificación, que es precisamente lo que los CDI pretenderían evitar. En teoría, un término debería ser interpretado igual tanto en Francia como en India...”^{36,37} Sin embargo como podemos ver, ninguno de ellos define que se entiende por “contexto”. En ese sentido, se ha afirmado, entre otros por Loaiza, que: “En tal caso, el sentido del contexto es aún más amplio que el recogido en la Convención de Viena (“contexto interno”), incluyendo toda manifestación de la intención de las partes contratantes al suscribir

³⁰ Ello ha sido reconocido por, entre otros: DU TOIT: ob. cit. p. 193 y 194; FRASCHINI, Ignacio y otra: “La planificación fiscal vs. el abuso de tratados. El treaty shopping y el concepto de beneficiario efectivo” en Revista nº 219, nov.-dic.2010; LOAIZA, Carlos: ob. cit. p. 420; NIEVES, Guillermo: ob. cit. pág. 601 y 602, entre otros.

³¹ DU TOIT, Charles: ob. cit. p. 194.

³² LOAIZA, Carlos: “La interpretación y calificación en los convenios para evitar la doble imposición” en Revista Tributaria Tomo XXXVII, Número 216, mayo-junio 2010, p. 424.

³³ VEGA BORREGO: ob. cit., p. 12.

³⁴ VOGEL, ob. Cit.,p. 562.

³⁵ DU TOIT: ob. cit. 172 y 173.

³⁶ FRASCHINI, Ignacio y otra, ob cit., p.

³⁷ Entre las razones expuestas por los autores se afirma que los ordenamientos nacionales no prevén una definición precisa de la expresión, que el concepto no es utilizado en los convenios de acuerdo a su estricto sentido técnico sino de acuerdo a los fines y propósitos del mismo y que debe propenderse a una interpretación armónica de los conceptos a efectos de evitar fricciones entre los Estados que lleven a obstaculizar la efectiva aplicación de los convenios.

el tratado”³⁸. No obstante, a pesar de ello, las Cortes han recurrido en alguna oportunidad a conceptos establecidos por las leyes domésticas de los Estados intervinientes para determinar el significado de la expresión.

A nuestro entender, a pesar de no estar definido el significado de la expresión en forma expresa en los Convenios, éste podría inferirse de su contexto, entendiéndose este último en forma amplia a la luz del objeto y propósito de los mismos. En este sentido, la expresión “beneficiario efectivo” debería tener un significado fiscal internacional que permita la aplicación de los convenios en forma armónica.

La cuestión es el “alcance” a darle a la expresión “beneficiario efectivo”. Si bien como veremos más adelante hay cierto consenso respecto a algunas hipótesis comprendidas en el mismo, existen otras respecto de las cuales surgen dudas. Ello puede observarse en los fallos internacionales donde los jueces han tenido opiniones divergentes, como se muestra a continuación.

4. Jurisprudencia internacional

4.1 “Indofood International Finance Ltd. Vs. JP Morgan Chase Bank N.A. London Branch” (Reino Unido)³⁹

Si bien este caso es de naturaleza civil, nos ha parecido relevante incluir el análisis del mismo en el presente trabajo por ser el primer caso en el que una Corte del Reino Unido se pronuncia sobre el alcance del concepto de “beneficiario efectivo” establecido en los CDI, constituyendo así un verdadero “*leading case*”. Si bien ninguno de los jueces y abogados participantes en el mismo eran especialistas en materia de tributación internacional, las conclusiones aquí arribadas fueron en general compartidas por destacados especialistas en la materia.

Introducción

PT Indofood Sukses Makmur TBK (en adelante, Indofood o el Garante) es una sociedad constituida en la República de Indonesia, dedicada a la producción y distribución de alimentos. En Junio de 2002, la sociedad proyectó obtener financiamiento mediante la emisión de obligaciones/bonos negociables en el mercado internacional.

Si Indofood hubiese instrumentado esta operación directamente, los intereses pagados a no residentes derivados de la tenencia de tales bonos hubieran quedado sujetos a la retención de impuestos del 20%. No obstante, dicha retención se reducía al 10% si la emisión de estas obligaciones era hecha por una subsidiaria (100% propiedad de Indofood) constituida en la República de Mauricio y el capital así obtenido era prestado a Indofood, en el marco del CDI Indonesia-Mauricio. Por su parte, los intereses pagados desde la República de Mauricio a los tenedores de bonos no quedaban sujetos a retención de impuestos.

El 18 de Junio de 2002, Indofood International Finance Ltd. (en adelante, el Emisor), sociedad constituida en República de Mauricio y quien lleva adelante la demanda en cuestión, emitió obligaciones (“*loan notes*”) por USD 280 millones, a una tasa de interés del 10.375%. El capital obtenido como consecuencia de dicha emisión fue prestado a Indofood, el mismo día y sustancialmente en los mismos términos. Las condiciones de la emisión, del pago de intereses y el valor de rescate de las obligaciones emitidas así como del préstamo otorgado a Indofood estaban reguladas al dorso de los títulos (“*the Note Conditions*”). Con fecha 18 de Junio de 2002 se firma la escritura del fideicomiso, bajo la cual JP Morgan Chase Bank N.A. fue

³⁸ LOAIZA, Carlos: ob. cit., p. 424.

³⁹ www.bailii.org/ew/cases/EWCA/Civ/2006/158.html

designado como “*trustee*” fideicomisario o administrador de las obligaciones, así como Agente de Pago (en adelante, JP Morgan).

El rescate de los bonos estaba previsto para el 18 de Junio de 2007, excepto que se produjera un cambio en la legislación de Indonesia que aumentara la tasa de retención sobre los intereses pagados por encima del 10%⁴⁰. En ese caso, de acuerdo a lo estipulado por las partes, el Emisor podía re-comprar los títulos antes del vencimiento, “siempre y cuando no pudiera adoptarse una medida razonable para evitar dicho perjuicio”.

El 24 de Junio de 2004 Indonesia denuncia el tratado con la República de Mauricio como consecuencia del uso indebido del mismo por parte de sociedades instrumentales constituidas con el propósito de beneficiarse de un tratado que no le hubiere sido aplicable. Como consecuencia de ello, la retención de impuesto sobre los intereses pagados por Indofood pasa del 10% al 20%.

Mientras tanto, la tasa de interés de mercado había cambiado, y la recompra de los títulos no resultaba económicamente indiferente para las partes.

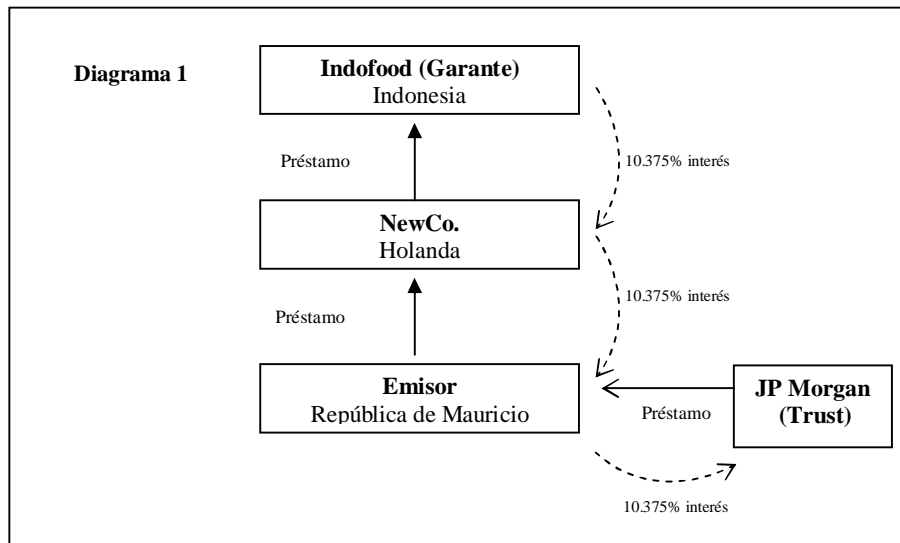
El 20 de Agosto de 2004 el Emisor informa a JP Morgan su intención de recompra de los títulos. No obstante, JP Morgan entiende que es posible adoptar ciertas medidas razonables que permitirían conservar la tasa de retención inicial en 10% (o incluso reducirla). A tales efectos, sugiere la interposición de una sociedad constituida en Holanda (en adelante, NewCo.) entre el Emisor y el Garante, en la cual el Emisor atribuyera a dicha sociedad los beneficios del préstamo otorgado al Garante (préstamo “*back to back*”). En este caso, los intereses pagados por Indofood quedarían sujetos a la retención del 10% (o, incluso al 0%) en el marco del CDI Indonesia-Holanda.

En 2005 el caso es llevado a la justicia de Reino Unido, jurisdicción competente según fuera estipulado contractualmente, la que debía decidir si la estructura propuesta constituía una medida razonable de instrumentar. De serlo, los tenedores de bonos conservarían los mismos hasta su vencimiento original (2007).

Técnicamente, las cuestiones a resolver son si NewCo. califica como beneficiario efectivo de los intereses en cuestión y si ésta puede ser considerada como residente de Holanda⁴¹, en el marco del CDI Indonesia-Holanda. Estas cuestiones debían resolverse en base a la posible interpretación que podría llegar a hacerse en Indonesia (tanto por la Administración Tributaria como por la Corte). De sostenerse que no calificarían como tales, la pretendida solución no era posible.

⁴⁰ El costo de retención de impuestos quedaba a cargo de Indofood. La tasa de interés pactada en los bonos era libre de impuestos. Cualquier cambio en las tasas de impuestos afectaban, por tanto, a Indofood.

⁴¹ En relación al requisito de “lugar de administración efectiva” exigido a las entidades para determinar su residencia fiscal, en el marco del CDI Holanda-Indonesia.



Hechos y circunstancias relevantes en relación al tema que nos ocupa

La emisión de deuda se realiza por un monto de USD 280 millones, a una tasa del 10.375% para los tenedores de bonos, con vencimiento 2007. Indofood y otras cuatro subsidiarias garantizaban la operación principal y se comprometían a adoptar una serie de medidas que evitaran una reducción de los activos de las sociedades.

Los fondos así obtenidos fueron prestados por el Emisor al Garante en los mismos términos y condiciones (entre otras, monto del préstamo, fechas de pago, vencimiento 2007 y a una tasa de interés del 10.375%, libre de retenciones impositivas⁴²). El Emisor no reconocía una ganancia por diferencias de tasas (*“spread”*) por esta operación.

La estructura de pagos era la siguiente: dos días antes de la fecha de vencimiento de cada pago, el Garante debía pagar las sumas adeudadas bajo el contrato de préstamo al Emisor, un día antes de dicha fecha de vencimiento el Emisor debía pagar las sumas adeudadas a JP Morgan, el día de vencimiento JP Morgan debía pagar las sumas adeudadas a los tenedores de bonos. En los hechos, según surge en la audiencia, el Garante pagaba las sumas adeudadas directamente a JP Morgan.

En la práctica, los intereses cobrados por el Emisor al Garante se destinaban íntegramente al pago de las obligaciones con los tenedores de bonos. No había otras fuentes de financiamiento.

Consideraciones del fallo

De acuerdo a los hechos y circunstancias del caso, la Corte falla unánimemente sosteniendo que las sociedades interpuestas no califican como beneficiarios efectivos (ni el Emisor ni NewCo.), por lo que la estructura propuesta no habría sido “una medida posible de instrumentar”⁴³.

Sin dudas, lo destacable del fallo es que la Corte entiende que la definición de la expresión “beneficiario efectivo” no debiera tomarse de la legislación doméstica de cada país sino que éste debería tener un significado fiscal internacional⁴⁴, un significado que pudiera ser entendido por todos los países. Para arribar a este significado recurre a los Comentarios del MCOCDE así como al Reporte de 1986 sobre las sociedades instrumentales, considerando entonces que allí puede obtenerse dicho significado⁴⁵.

⁴² Las retenciones impositivas eran a cargo de Indofood, debiéndose en ese caso realizar el “grossing up” de las rentas pagadas al exterior y recién entonces calcular las retenciones fiscales correspondientes.

⁴³ También sostienen que la NewCo. no calificaría como residente de Holanda.

⁴⁴ Párrafo 42 de la Sentencia.

⁴⁵ Párrafos 35 a 36 de la Sentencia.

Este aspecto es remarcado positivamente por *Baker*⁴⁶ al comentar el mencionado fallo. Según el autor, lo que este término necesitaba era “un significado internacional”, más que un significado que dependiera de la legislación doméstica de cada país. La cuestión era cómo encontrarlo. Al respecto ve con buenos ojos el hecho de que la Corte haya recurrido a los Comentarios del MCOCDE para definirlo.

Esta conclusión de la Corte resulta relevante pues si la expresión en cuestión tiene un significado fiscal internacional, las conclusiones y consideraciones aquí expuestas constituyen antecedentes a ser tenidos en cuenta por otros países, entre ellos Uruguay.

También la Corte da un paso más en la definición de la expresión y, citando la opinión del Director General de Rentas de Indonesia, aplica una suerte de *test* a partir del cual infiere que el receptor no gozaba de “todos los privilegios” de la renta, y que, bajo las circunstancias del caso, estaba obligado legal y comercialmente, así como por la vía de los hechos, a pasar la renta en cuestión. Al respecto, habiendo concluido que la expresión “beneficiario efectivo” tiene un significado fiscal internacional, parece discutible, al menos, tener en cuenta una definición doméstica, más aún cuando la misma innova respecto al concepto.

Otros de los aspectos que vale la pena mencionar respecto a algunas de las cuestiones planteadas durante el juicio refiere a los comentarios realizados por el Juez en la primera instancia, donde sostuvo que si el Emisor fue considerado beneficiario efectivo en la estructura inicial, entonces NewCo. también debería serlo. Si bien es cierto que esta misma interrogante se plantea tanto en la estructura inicial como en la estructura propuesta, no compartimos la conclusión inferida. Y ello porque no se tiene certeza de que la Administración Tributaria no hubiera cuestionado la estructura inicialmente adoptada, de hecho, habría podido hacerlo dentro del periodo de prescripción de los tributos. Parece más razonable poner en tela de juicio a ambas estructuras, como de hecho lo hace definitivamente la Corte cuando sostiene que ni el Emisor ni NewCo. calificarían como beneficiarios efectivos.

Resulta importante destacar que la Corte realiza un análisis sustancial del caso en cuestión. Así ésta concluye que debe considerarse la “sustancia” de la operación en cuestión. Básicamente, marca como relevante que si por la vía de los hechos una persona está obligada a pagar las sumas de dinero recibidas, entonces no es el beneficiario efectivo.

Las conclusiones aquí arribadas no pueden descontextualizarse de los hechos y circunstancias del caso. No puede perderse de vista que las condiciones pactadas con los tenedores de bonos y con el Garante eran prácticamente las mismas (podríamos decir, cláusulas espejo), incluso los pagos fueron efectuados directamente por parte del Garante al Agente de Pago. El Emisor no obtenía un *spread* por la operación de intermediación entre el Garante y los tenedores de bonos. Incluso, estos elementos permanecían incambiados en la situación proyectada. Así *Baker* sostiene que en este tipo de circunstancias notorias⁴⁷, no sorprende que NewCo. no calificara como beneficiario efectivo pues “si beneficiario efectivo tiene algún significado, éste excluiría seguramente el tipo de entidad interpuesta que no asume función alguna en absoluto, más que recibir y pagar idénticas sumas de dinero... De hecho, tiene tan pocas funciones que... los flujos reales de dinero le pasan por encima completamente”.

Finalmente, cabe preguntarse hasta qué punto el hecho de que la estructura propuesta tuviera como único propósito reducir la tasa de retención impositiva, como así fuera reconocido expresamente por las partes, no incidió subyacentemente en el fallo final.

⁴⁶ Philip Baker: “Beneficial Ownership: after Indofood”

⁴⁷ Utiliza la expresión “agregious circumstance”, que podría ser entendida como circunstancia “atroz”.

4.2 “Prévost Car Inc. and Her Majesty the Queen” (Canadá)⁴⁸

La importancia de este caso radica en que fue la primera vez que un Tribunal canadiense interpretó el concepto “beneficiario efectivo” en el marco de los CDI, en un país que convive con los dos sistemas legales (“*civil law*” y “*common law*”) y los dos idiomas oficiales de la OCDE (inglés y francés), lo que lo convierte en una jurisdicción ideal para pronunciarse sobre su significado.

Introducción

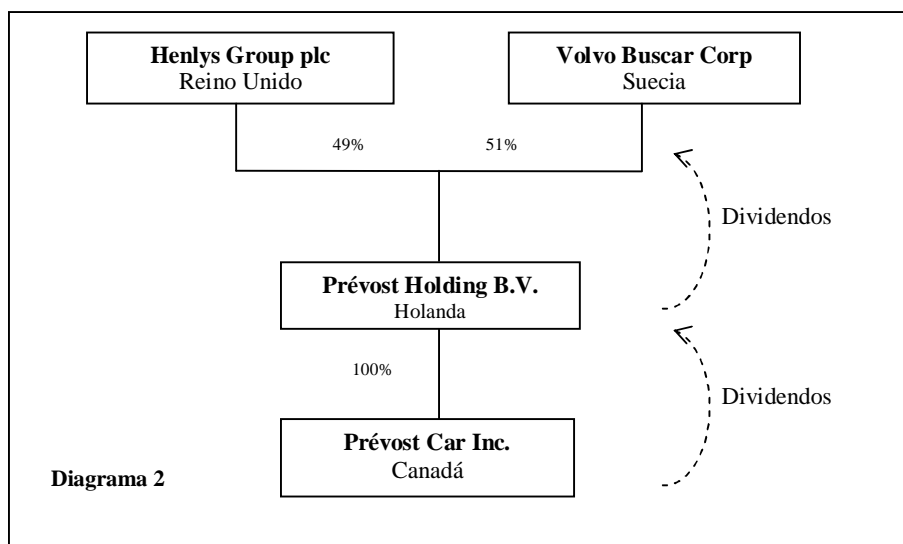
Prévost Car Inc. (en adelante “Prévost”), es una sociedad canadiense dedicada a la fabricación de autobuses y productos relacionados.

El 3 de mayo de 1995 sus accionistas acordaron vender las acciones de Prévost a otras empresas de la industria automotriz: “Volvo Bussar Corporation” (en adelante, “Volvo”), residente en Suecia, dedicada a la fabricación de chasis y “Henlys Group plc” (en adelante, “Henlys”), residente en el Reino Unido, dedicada a la fabricación de carrocería.

Éstos por su parte, celebraron un Acuerdo de Accionistas bajo el cual se incorporaría una sociedad residente en Holanda a la que se le transferirían las acciones adquiridas, que sería propiedad de Volvo en un 51% y de Henlys en un 49%. Tal acuerdo fue llevado a cabo el 12 de junio de 1995.

Durante los años 1996 a 2001 Prévost declaró y pagó dividendos a su único accionista “Prévost Holding B.V.” (en adelante, “Sociedad Holding”), sociedad residente en Holanda.

El Fisco canadiense entendió que la tasa reducida del 5% para el pago de dividendos establecida en virtud del CDI existente entre Canadá y los Países Bajos no regía en este caso, por cuanto el “beneficiario efectivo” de los dividendos pagados no era la Sociedad Holding receptora de los mismos, sino sus accionistas. La estructura corporativa es la siguiente⁴⁹:



⁴⁸ Ver: “Prevost Car Inc. v. The Queen”, 2008 tcc 231, en <http://www.canlii.org/en/ca/tcc/doc/2008/2008tcc231/2008tcc231.html> (sentencia de primera instancia) y “Her Majesty the Queen v. Prévost Car Inc”, (sentencia de segunda instancia).

⁴⁹ Tasa de retención sobre el pago de dividendos: CDI UK – CANADÁ: 10%; CDI SUE – CANADÁ: 15%; CDI HOLANDA – CANADÁ: 5%; Sin CDI: 25%.

Hechos y circunstancias relevantes en relación al tema que nos ocupa

El vicepresidente de Volvo para Norteamérica declaró que a principios de los años 90, Volvo tomó conocimiento de que los accionistas de Prévost querían vender sus acciones. Volvo y Henlys, que buscaban expandir sus mercados a Norteamérica, decidieron adquirir tales acciones como oportunidad de crecimiento en la región. Según su declaración, formaron una sociedad holding para compartir el conocimiento de las actividades realizadas por ambos. Asimismo, se declaró que la Sociedad Holding fue establecida con la intención de llevar adelante varios proyectos en Norteamérica, siendo Prévost el primero.

Se declaró asimismo, que la elección de una sociedad residente en Holanda no se debió únicamente a razones fiscales. Henlys no quería una sociedad sueca y Volvo no quería una inglesa. Ambos querían una sociedad europea y entre las opciones, Holanda parecía la más neutral. Sin embargo, surge constatado que sus asesores fiscales en Róterdam recomendaron que la efectiva administración de la holding estuviere en Holanda, a efectos de evitar reclamos fiscales por parte de Reino Unido o Suecia, además de otras cuestiones fiscales internacionales⁵⁰.

Durante el proceso, se constató que la Sociedad Holding no había llevado adelante otros proyectos, estando Henlys en liquidación. Durante los años objeto del litigio, dicha sociedad no tuvo empleados en Holanda ni en ningún otro lugar, así como tampoco mantuvo otras inversiones aparte de Prévost. Por su parte, los directores de Prévost eran también directores de la sociedad holding.

Volvo y Henlys celebraron un Acuerdo de Accionistas por el cual se estableció que no menos del 80% de las ganancias de la Sociedad Holding deberían ser distribuidas por la referida sociedad ya sea como dividendos, reintegros de capital o préstamos. En los hechos, las ganancias obtenidas por la sociedad fueron distribuidas como dividendos a Volvo y a Henlys, según lo acordado. Incluso, durante el juicio, se constató que algunos pagos habrían sido efectuados directamente desde Prévost a Henlys, a partir de instrucciones recibidas por fax sin una resolución del Directorio de Prévost Holding B.V..

Adicionalmente, se constató que en varias oportunidades la Sociedad Holding presentó documentación ante instituciones bancarias informando que los beneficiarios de las acciones de Prévost eran Henlys y Volvo. No obstante, la actora argumentó que dicha información era presentada por motivo de las normas anti-lavado de dinero, bajo las cuales era necesario informar “quién estaba en última instancia detrás de la cuenta”.

Consideraciones del fallo

El juez reconoce que la expresión “beneficiario efectivo” no es propia del tratado entre Canadá y los Países Bajos, sino que se encuentra en 85 de los 86 tratados firmados por Canadá.

Hace un análisis exhaustivo del origen del término y su evolución, concluyendo que el mismo no tiene un significado internacional. Por tanto, considera pertinente recurrir a la legislación doméstica en virtud de lo establecido por el artículo 3.2 del Convenio. A tales efectos, analiza el significado de este término en la Ley del Impuesto a las Rentas, el Código Civil de la Provincia de Quebec, “*Canadian Common Law*” y otras leyes internas⁵¹. Sin embargo, a pesar de ello, reconoce también el valor de los Comentarios del MCOCDE.

⁵⁰ Cabe tener presente que de no haber elegido una sociedad holding radicada en Holanda la retención fiscal hubiera sido mayor al 5% por cuanto no aplicaría el CDI existente entre Canadá y los Países Bajos.

⁵¹ Incluso analiza la ley holandesa, por ser el Estado Parte en el caso objeto de análisis.

Haciendo un análisis integral de ambos sistemas (*common* y *civil law*), lo cual resulta destacable del presente fallo, identifica figuras similares a la de “beneficiario efectivo” haciendo referencia en primer lugar al derecho real de usufructo establecido por el Código Civil de Québec como ejemplo de desmembramiento del derecho de propiedad en un sistema de *civil law*. Afirma que la figura del “usufructuario”, propia de este sistema, es similar a la figura del “beneficiario efectivo” propia del *common law*. Por otra parte, alude a la figura del *trustee*, propia del “*common law*”, que mantiene la propiedad legal en beneficio de otro, sin derecho a disfrutar los atributos de esa propiedad.

Nos parece acertado que, a pesar de recurrir a la legislación doméstica, no adopte una definición particular de su ordenamiento jurídico interno (por ejemplo, la recogida en la ley de *trust*) sino que a partir de éstas infiera un significado aplicable a los Convenios. No obstante, una cosa es inferir un significado (y a partir de éste resolver el caso concreto sobre la base de los hechos y circunstancias del mismo) y otra es elaborar una definición propia.

En base a lo analizado, el juez define al “beneficiario efectivo” de los dividendos como: “*la persona que recibe los dividendos para su propio uso y goce, asumiendo el riesgo y el control sobre los mismos. La persona que es beneficiario efectivo de los dividendos es aquella que disfruta y asume todos los atributos de la propiedad. En resumen, el dividendo es para su beneficio propio y tal persona no responde ante nadie por cómo dispone de dicho dividendo*”. Utilizar la expresión “todos los atributos de la propiedad” no nos parece adecuado, por cuanto la expresión “beneficiario efectivo” recogida en los CDI parece apartarse de la categoría jurídica de propiedad, como viéramos en el numeral 2.1 del presente trabajo. Por otra parte, elaborar una definición propia, cualquiera sea ésta, no parece acertado por cuanto podría conducir a conflictos de calificación.

Alude además a un fallo de la Suprema Corte en el caso *Jodrei* y afirma que cuando ésta declaró que “beneficiario efectivo” es aquel que “en última instancia” ejercita los derechos de propiedad sobre la cosa, no pretendió al usar tal término, quitar el velo corporativo de la sociedad. La expresión “en última instancia” refiere al receptor del dividendo como la persona que puede hacer con él lo que desee. Entiende que cuando estén involucradas sociedades, no puede levantarse el velo corporativo de las mismas a menos que se trate de un conducto de otra persona, afirmando que no es el caso de la sociedad holding holandesa.

Finalmente, expone las razones por las cuales considera que la Sociedad Holding reúne la calidad de “beneficiario efectivo” de los dividendos distribuidos por Prévost, de la siguiente manera:

- surge probado que Prévost pagó dividendos a su único accionista, la sociedad holding. Si bien el libro de actas de Prévost contiene referencias a Henlys y Volvo como sus accionistas, no lo consideró determinante, entendiendo que los libros de actas contienen errores y que no es poco común encontrar este tipo de errores;
- no se probó que la Sociedad Holding fuera una sociedad instrumental de Volvo y Henlys, manifestando: “es cierto que la sociedad holding no tenía oficina física ni empleados ni en Holanda ni en ningún otro lugar. Sin embargo, no surge probado que los dividendos fueran desde su inicio destinados a Volvo y Henlys a través de la sociedad holding como un flujo de fondos desde Prévost”;
- se trata de una entidad estatutaria que desarrolla actividad comercial de acuerdo a la ley holandesa, bajo la que fue constituida;
- la sociedad holding no formó parte del Acuerdo de Accionista celebrado entre Henlys y Volvo que aseguraba la distribución de sus dividendos, por lo que éstos no podrían promover acciones legales en caso de que la sociedad no los distribuyera;

- el artículo 24 de los estatutos de la Sociedad Holding no la obligaba a pagar dividendos a sus accionistas, rigiendo a tales efectos la ley holandesa.
- la Sociedad Holding es propietaria de las acciones de Prévost, habiendo pagado por éstas, concluyendo que “cuando los dividendos son recibidos por la sociedad holding respecto de acciones que le pertenecen, tales dividendos son de su propiedad”, constituyendo un activo a disposición de sus acreedores.

Por los argumentos expuestos, el juez llegó a la conclusión de que la Sociedad Holding reunía la calidad de “beneficiario efectivo”, siendo tal decisión confirmada en segunda instancia por la Corte Federal de Apelaciones de Canadá.⁵²

A diferencia de Indofood, el juez efectúa un análisis formal a la hora de calificar la operación sin considerar circunstancias de hecho que nos parecen relevantes, tales como: los dividendos pagados por Prévost a la Sociedad Holding fueron transferidos por esta última a sus accionistas Volvo y Henlys, tal como había sido estipulado en el Acuerdo de Accionistas; si bien el acuerdo no había sido firmado por la Sociedad Holding y por ende, jurídicamente no la vinculaba, le era vinculante por la vía de los hechos por cuanto sus únicos accionistas eran Volvo y Henlys interesados en la distribución; la Sociedad Holding no tenía personal y los directores eran comunes a los de Prévost; existieron pagos efectuados directamente por la Sociedad Holding a Henlys, en alguna ocasión se reconoció a Henlys y a Volvo como accionistas de Prévost en su libro de actas, existirían indicios en cuanto al uso de la sociedad como instrumento para transferir el 80% de su renta, etc.

Entendemos pertinente distinguir entre la interpretación realizada y la subsunción de la situación concreta a la norma interpretada (es decir, la calificación del caso). Respecto a esta última, no compartimos el análisis formal efectuado por el juez debiéndose, a nuestro entender, haberse efectuado un análisis sustancial, tenido en cuenta ciertos hechos que nos parecen relevantes, conforme lo antes expuesto.

4.3. Real Madrid⁵³

Hemos seleccionado el presente fallo porque, aparte de provenir de un Estado con el que Uruguay ha celebrado CDI, entiende que la cláusula “beneficiario efectivo” debería aplicarse utilizando los mismos parámetros que emplearía la norma general contra fraude a la ley.

Introducción

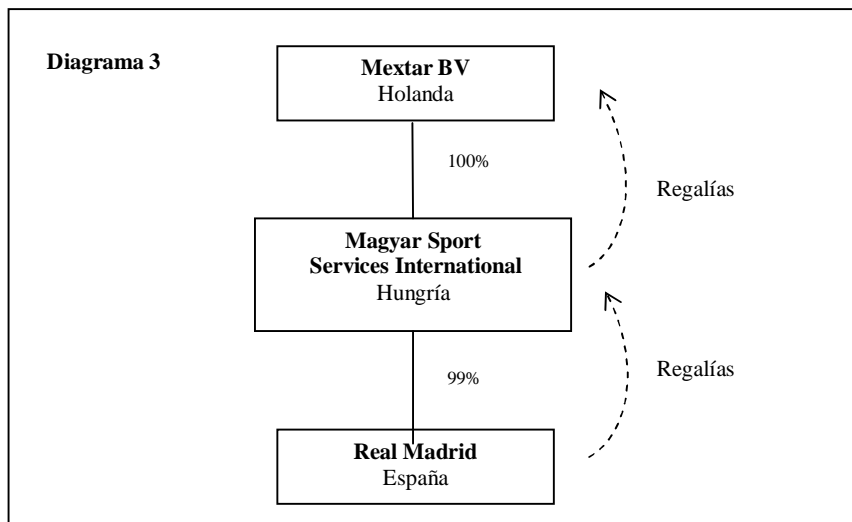
Mextar BV es una sociedad residente en Holanda, titular de los derechos de explotación comercial de la imagen de un jugador de football profesional. Dicha sociedad cedió tales derechos a “Magyar Sport Services Internacional”, sociedad residente en Hungría (en adelante, “Sociedad húngara”, la que a su vez cedió tales derechos al Real Madrid Club de Football (en adelante “Real Madrid”).

Como consecuencia del acuerdo entre la Sociedad húngara y el Real Madrid, esta última se obligó a efectuar pagos semestrales por un monto de 1:000.000 dólares por concepto de regalías, a partir de la fecha de entrada en vigencia del contrato. En el ejercicio 1998 la Sociedad húngara computó rentas por un monto de 1.950.140 euros.

⁵² Remitiéndose la Corte a lo analizado por el juez de primera instancia.

⁵³ Sentencia 3378/2006 de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso, con sede en Madrid, en: <http://poderjudicial.es/search/index-AN.jsp?org=an&comunidad=13>.

El Fisco español entendió que la Sociedad húngara no calificaba como “beneficiario efectivo” de las regalías percibidas, no debiéndose aplicar el CDI existente entre España y Hungría sin retención en el Estado Fuente sino la tasa del 6% establecida en el CDI celebrado entre España y Holanda.⁵⁴



Hechos y circunstancias relevantes en relación al tema que nos ocupa

A partir del mecanismo de intercambio de información, la Administración española obtuvo información de la Administración tributaria húngara a través de la cual esta última informó la inexistencia de contratos directos entre el jugador de football y la sociedad húngara, que esta última debió ponerse en contacto con “Mextar BV” para poder celebrar el contrato con el Real Madrid.

Además, se informó que la sociedad húngara y la holandesa habían celebrado un contrato en virtud del cual esta última recibiría de la primera el 99% del total de los rendimientos percibidos por la sociedad húngara en virtud del contrato de sublicencia, celebrado con el Real Madrid.

De los extractos bancarios de la sociedad española, surgen pagos realizados por el Real Madrid a la Sociedad húngara⁵⁵. Asimismo, se constató la transferencia de dichos pagos a Mextar B.V. en un monto correspondiente al 99% de los mismos, conforme había sido contractualmente estipulado.

Consideraciones del fallo

En este caso, en forma similar a Indofood, el juez reconoce la existencia de un significado internacional y autónomo del concepto, recurriendo a los Comentarios al MCOCDE para determinar su significado.

En cuanto al alcance del concepto “beneficiario efectivo” afirma que el MCOCDE no es de ayuda por cuanto no lo define. Ello plantea la interrogante de si debe acudir al Derecho Interno en virtud de lo dispuesto por el artículo 3.2. No obstante, la remisión al Derecho Interno depende del peso que se le dé a la expresión “a menos que de su contexto se infiera una interpretación diferente”, concluyendo que: “La mayoría de la doctrina considera que el

⁵⁴ La tasa de retención sobre las regalías son: CDI Holanda – Hungría: 0%; CDI Holanda – España: 6%.

⁵⁵ Es importante señalar que en el fallo se aclara que los extractos bancarios correspondían a los años 1997 y 1999.

contexto de los Convenios de Doble Imposición exige que este concepto deba interpretarse de forma autónoma, con el fin de garantizar que los convenios se apliquen de un modo uniforme por los Estados que forman parte del mismo. Por lo tanto, debe preferirse la interpretación autónoma del concepto a la remisión del Derecho de cada Estado con el fin de determinar su significado. Asimismo, hay que tener en cuenta, como inmediatamente veremos, que la remisión al Derecho Interno puede que no constituya un recurso adecuado en esta materia, toda vez que la mayoría de los ordenamientos no prevén un concepto similar”.

Habiendo entendido que debe encontrarse al concepto un significado internacional autónomo, recurre para ello a los Comentarios al MCOCDE pues reconoce que: *“aunque el MCOCDE no contempla en su articulado una definición del concepto de “beneficiario efectivo”, en los Comentarios a dicho Modelo podemos encontrar algunas referencias acerca de su significado...”*. Parecería inferirse de la opinión del Juez que los Comentarios al MCOCDE hacen al contexto, por ello recurre a éstos para alcanzar su significado. Así, haciendo referencia a la evolución del concepto en los Comentarios del MCOCDE desde 1977 a 2003 afirma: *“...la modificación de 2003 de los referidos Comentarios pretende poner de relieve que el alcance del concepto “beneficiario efectivo” es mas amplio al que en principio podría llegarse a deducir de la simple lectura de las referencias que sobre esta materia contenían hasta dicha fecha los Comentarios. La intención es que el alcance del concepto de “beneficiario efectivo” sea mas amplio con el fin de cubrir otros supuestos en los que a pesar de que formalmente el titular de un rendimiento es una persona determinada, la persona que se beneficia efectivamente del mismo, quien lo adquiere materialmente para sí, es otra”*.

El juez señala que: *“a la hora de interpretar este texto debe atenderse no sólo cuál es el titular formal del rendimiento, sino que también hay que examinar cuál es la persona que desde un punto de vista económico dispone efectivamente del mismo. Dicho en otras palabras hay que analizar tanto la forma como la sustancia de la operación para establecer si la persona que reclama los beneficios del convenio es o no el beneficiario efectivo del rendimiento”*.

Posteriormente, hace un paralelismo entre los Comentarios de la OCDE y las normas generales contra el fraude a la ley tributaria, concluyendo que: *“Se podría llegar a un resultado muy similar pues lo que se trata de valorar es si la conducta tiene o no motivos válidos”*, lo que parecería estar indicando que la Corte da relevancia a la intención de las partes. Afirma que *“la Administración podrá denegar la condición de beneficiario efectivo utilizando los mismos parámetros que emplearía la norma general contra el fraude de ley, pero sin aplicarlo formalmente al caso concreto...”*. Al respecto, aclara que con este enfoque no pretende efectuar una interpretación económica de las normas (desconociendo formas jurídico-privadas), que algunos ordenamientos no admiten, sino que se trata de efectuar un análisis sustancial, conforme lo requerido en las normas y principios generales contra el fraude a la ley tributaria.

Analizando los hechos y circunstancias del caso, afirma que de la prueba incorporada al expediente se desprende que la Sociedad húngara no resultaba ser el “beneficiario efectivo” de las regalías percibidas, reuniendo tal calidad la sociedad holandesa. Como prueba relevante a tales efectos, refiere a la siguiente: inexistencia de contrato entre la sociedad húngara y el jugador de football, figurando como titular de los derechos de imagen del mismo Mextar BV; acuerdo celebrado entre la Sociedad húngara y Mextar BV por el cual la primera se obliga a transferirle el 99% de las regalías percibidas por la sub-licencia de tales derechos; extractos bancarios por los que se pone de manifiesto que días después de recibir los ingresos de la sociedad española, la sociedad húngara realiza una transferencia del 99% del importe recibido a la sociedad holandesa, etc., quedando así probado que el destinatario de los fondos es esta última.

En el presente fallo, se efectúa un análisis sustancial a efectos de calificar la operación, enfoque que compartimos. De las pruebas presentadas, parece haber resultado determinante la

constatación de que el 99% de las rentas debían (y fueron) transferidas a Mextar B.V. en virtud del contrato celebrado por el que la Sociedad húngara se obligó a transferir tales rentas.

5. Reflexiones finales

La mayoría de la doctrina aboga por la existencia de un significado fiscal internacional de la expresión “beneficiario efectivo”, hecho que también fue reconocido en los fallos *Indofood* y *Real Madrid*. Entendemos acertado tal enfoque por cuanto contribuye a una aplicación armónica de los CDI entre los diferentes Estados. Por el contrario, recurrir a las diferentes legislaciones domésticas podría llevar a dificultades prácticas a la hora de aplicar las disposiciones de tales acuerdos.⁵⁶

La cuestión es cómo derivar en un significado internacional o, en otras palabras, cómo inferirlo de su contexto (surgiendo interrogantes a la hora de determinar este último).

Otra interrogante se plantea en cuanto a su alcance. Hay quienes lo limitan a las figuras de “mandatario” o “agente” (aquellos que actúan en nombre de terceros, sin ser titulares de las rentas), y de “sociedades instrumentales” (cuando siendo propietarias de las rentas, actúan como meros administradores), mientras que otros le otorgan al concepto un alcance mayor haciendo hincapié en su sentido económico.

Entendemos que, cualquiera sea el alcance del término, a la hora de calificar si se está en presencia de un “beneficiario efectivo” se plantea una nueva dificultad. Mientras en el caso *Prévost* el juez adopta un enfoque formalista, en los casos *Indofood* y *Real Madrid* se efectúa un análisis sustancial.

Finalmente, en los tres casos comentados, los jueces no analizan el propósito de la operación. Cabe preguntarse entonces hasta dónde ésta es una conclusión que pudiera extenderse uniformemente.

Después de 45 años desde la introducción de este concepto en los CDI, aún pueden encontrarse fallos tan disímiles como *Indofood* vs. *Prévost*, lo que demuestra que no ha habido mayores avances desde entonces.

Esta parece ser la preocupación de la OCDE, la que con el fin de clarificar su interpretación sobre el concepto “beneficiario efectivo” ha sometido a la opinión pública un nuevo borrador de los Comentarios a los artículos 10, 11 y 12 del MCOCDE⁵⁷. Al respecto, dentro de los cambios propuestos, cabe destacar lo señalado en cuanto a que el receptor de la renta debe tener el pleno derecho de uso y goce de la misma, sin limitación contractual o legal que lo obligue a transferir el pago recibido a otra persona. Se especifica que este derecho de uso y goce de la renta debe ser distinguido de su propiedad legal, así como del uso y goce del activo que lo genera. En el documento se aclara que la obligación de transferir la renta no necesariamente debe surgir de documentos formales, sino que también puede surgir de hechos y circunstancias que lo demuestren claramente.

* * * * *

⁵⁶ Recientemente la OCDE se ha pronunciado en el mismo sentido, reforzando la idea de que el concepto de beneficiario efectivo debería ser interpretado de acuerdo a su contexto, en particular, en relación a las palabras “pagados a un residente”, y a la luz de los objetivos y propósitos del Convenio. Aclara que no debería remitirse al significado técnico que pudiera tener para otros instrumentos (tales como la ley lavado de activos, etc.). Ver nota final.

⁵⁷ OCDE: “Clarification of the meaning of “Beneficial owner” in the OECD Model Tax Convention”, Discussion draft, 29 April 2011 to 15 July 2011, cambios propuestos a los comentarios de los artículos 10, 11 y 12 del MCOCDE.