

El Concepto de Beneficiario Efectivo en Derecho Tributario Internacional

Por Dr. Juan Ignacio Fraschini y Dr. Luis Aisenberg

El concepto de *beneficiario efectivo* resulta central para la aplicación de ciertos artículos de los Convenios para evitar la Doble Imposición (CDI) en lo que respecta a la distribución de potestades impositivas sobre dividendos, intereses y regalías. Sin embargo, resulta paradójico que pese a la importancia del concepto y a 35 años de su introducción en el Modelo OCDE 1977, todavía existan muchas dudas sobre su alcance y contenido.

Un aspecto central de este tipo de acuerdo consiste en la coordinación de potestades tributarias entre los Estados Parte para evitar situaciones de doble imposición (esto es, el gravamen de una misma renta o patrimonio en dos o más jurisdicciones, en cabeza de un mismo sujeto durante un mismo período fiscal).

En los CDI celebrados bajo el Modelo OCDE, el mecanismo utilizado para la distribución de potestades tributarias entre los Estados Parte con relación a rentas obtenidas en uno de ellos por residentes del otro Estado, pasa en líneas generales por:

- a) Un criterio general bajo el cual los beneficios de una empresa residente en un Estado Parte solo pueden ser sometidos a imposición en aquel, salvo si existiera un establecimiento permanente en el otro Estado, en cuyo caso éste podrá gravar las rentas que resulten atribuibles al establecimiento permanente.
- b) Tratamientos específicos para determinados tipos de rentas, que pasan por su gravabilidad exclusiva por el país de la fuente, por el país de la residencia o por ambos en forma compartida (normalmente estableciendo topes para la tributación en el país de la fuente y previendo un mecanismo para evitar la doble imposición que debe aplicar el país de la residencia).

En lo que respecta a dividendos, intereses o regalías, el criterio generalmente adoptado por los Estados al negociar los tratados, es el que se indica en la letra b), esto es acordar la gravabilidad de las referidas partidas por el país de residencia pero admitiendo que el país de la fuente los someta a imposición hasta un determinado tope (y aún en contra del Modelo OCDE, que en caso de las regalías prevé la tributación exclusiva por el país de la residencia) .

Es en este contexto que surge el concepto de *beneficiario efectivo*, al establecerse que las limitaciones a la imposición establecidas para el país de la fuente solo operarán en la medida que las rentas sean abonadas a un *beneficiario efectivo* residente en el otro Estado Parte. En otras palabras si el pago se efectúa a una entidad residente en el otro Estado pero que no revista la calidad de *beneficiario efectivo*, no resultarán aplicables las limitaciones a la potestad impositiva del país de la fuente acordadas entre las partes en el marco del convenio. Así, la reducción de alícuotas opera sólo en tanto los intereses, dividendos o regalías sean pagados a su *beneficiario efectivo*.

Como puede apreciarse, tratándose de rentas pasivas, ya no es suficiente que el receptor sea una “persona residente” en el otro Estado parte (Art. 1 Modelo OCDE) para aplicar un Convenio, sino que además habrá que analizar si dicha persona residente es en definitiva “*beneficiario efectivo*” de las rentas que recibe.

Así, este requisito adicional de aplicación de los Convenios aparece como un mecanismo tendiente a evitar el “treaty-shopping”, entendiendo por tal, siguiendo a ROSEMBLOOM, como la selección de un tratado constituyendo una entidad en un Estado con un CDI favorable con el Estado de la fuente, esto es, el Estado donde se realizará la inversión o se obtendrá el ingreso.¹

Entonces, mediante la constitución o domiciliación de una entidad en una jurisdicción que cuenta con un CDI más ventajoso con el Estado donde se realizará la inversión, habría una suerte de “compra de tratado” o, mejor dicho, “compra” de los beneficios que un tratado otorga², en un sentido equivalente al forum shopping, con el cual en el derecho procesal estadounidense se designa la búsqueda que un litigante hace, de la jurisdicción donde espera que recaiga la decisión más favorable a sus intereses.

Hay quienes entienden como AVI YONAH y HJI PANAYI que esa “compra” sería abusiva cuando el *beneficiario efectivo* del ingreso no reside en el Estado donde la entidad es creada; la entidad tiene una actividad económica mínima en su jurisdicción y la renta está sujeta a una imposición mínima o nula en el país de residencia de la entidad interpuesta.³

Corresponde analizar ahora, qué es un “*beneficiario efectivo*” en materia de Derecho Tributario Internacional y si realmente es un instrumento eficaz para combatir lo que algunos consideran como abuso de tratados.

1) Interpretación

El término fue introducido en el Modelo OCDE del año 1977 en los Arts. 10, 11 y 12 y ha sido recogido en el Modelo de Estados Unidos y en el Modelo de la ONU, aunque se señala que aparece por primera vez en el Protocolo del año 1966 al tratado entre Estados Unidos y Reino Unido⁴. Su origen se encuentra en el derecho anglosajón de los trusts, donde se reconocen diversos niveles de propiedad sobre un mismo bien: un propietario formal (legal owner) y un propietario económico o material (beneficial owner).

Ante la ausencia de una definición convencional del término, surge la duda si el mismo debe ser interpretado de acuerdo a la legislación doméstica o si, por el contrario, es necesario buscar un significado internacional autónomo.

En materia de interpretación, los Arts. 31 y 32 de la Convención de Viena proclaman una interpretación gramatical, sistemática y teleológica. ENGELN entiende que la asunción básica bajo estos Artículos es que el texto se presume como la auténtica expresión de la intención de los Estados, por lo que el punto de partida es una elucidación del significado del texto y no una investigación ab initio de las subjetivas intenciones de las partes.⁵

También debe tomarse en cuenta la norma interpretativa prevista en el Art 3 (2) de los Convenios de Doble Imposición basados en el Modelo OCDE, que contiene una regla que ha sido recogida en la gran

¹ ROSENBLOOM, D.: *Derivative Benefits: Emerging US Treaty Policy*, 1994, Intertax No.22, p.83

² La tributación de las rentas pasivas en el Estado de la Residencia o con restricciones (tasas bajas de retención) por el Estado de la Fuente.

³ AVI-YONAH y otra, ob.cit., p 5.

⁴ AVERY JONES, J.F. y otros: “*The Origins of Concepts and Expressions Used in the OECD Model and their Adoption by States*”, British Tax Review, vol. 695, 2006, p. 753-54.

⁵ ENGELN, F: *Interpretation of Tax Treaties under International Law*, IBFD, Amsterdam, 2004, p.541.

mayoría de los CDI vigentes⁶ y remite a la legislación fiscal doméstica vigente al momento de la aplicación del Tratado ante términos no definidos en el mismo, salvo que del “contexto se infiera una interpretación diferente”.

Mucho se ha escrito sobre esta controversial cláusula, también conocida como cláusula general de reenvío o *lex fori*. Actualmente, la opinión preponderante es que se trata de *lex specialis* y, en cuanto tal, prevalecería sobre los métodos previstos en la Convención de Viena.⁷ Otros argumentan que es un recurso subsidiario y extraordinario al derecho interno, de utilización excepcional.⁸ Aunque el análisis de esta discusión escapa al objeto de este trabajo, corresponde preguntarse de todos modos, si en este caso el “contexto” ordena la búsqueda de un significado internacional del requisito del *beneficiario efectivo*.

BAKER entiende que al ser un requisito introducido por la OCDE, insertado en el modelo ONU y empleado en una serie de tratados por Estados, algunos de los cuales conocen el concepto a nivel interno y otros no, el significado debe ser internacional. Comentando el fallo INDOFOOD, el autor manifestó su temor de que los jueces ingleses reconocieran el término por su conocimiento de la ley de trusts y hubieran asumido que a nivel de un CDI el significado es el mismo; por tanto, “si uno tuviera que aplaudir el fallo de la Corte” es que esta decidió que el término debe tener un “international fiscal meaning”.⁹

VOGEL también afirma que la principal razón por la que debe ser interpretado en el contexto del tratado, considerando el propósito de su inclusión, es que los sistemas nacionales no ofrecen una definición precisa del término.¹⁰

Otro argumento en aras de una interpretación autónoma es que, de acuerdo al párrafo 12 de los Comentarios al Art. 10 del Modelo OCDE, el término no es utilizado en un “estricto sentido técnico” (su sentido bajo el *common law*), sino que, por el contrario, debe ser entendido en el contexto y a la luz del objeto y fines de un CDI.¹¹

Además, si los Comentarios intentan describir aquella persona o entidad que no es un *beneficiario efectivo*, es porque existiría un significado autónomo del término.¹²

Finalmente, 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, podría 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. En la práctica, los aplicadores del Derecho suelen recurrir a conceptos que les son conocidos y se encuentran

⁶ Una cercana excepción la constituye el CDI entre España y Argentina del año 1992, que no contiene dicha cláusula.

⁷ Ver ENGELN, F: *Interpretation of Tax Treaties under International Law*, IBFD, Doctoral Series 7, Amsterdam 2004, p.477; KANDEV, M: *Tax Treaty Interpretation: Determining Domestic Meaning Under Article 3(2) of the OECD Model*, CANADIAN TAX JOURNAL Vol. 55 Nro.1 (2007), p.71

⁸ EDWARDES-KER, M.: *Tax Treaty Interpretation* (Dublin: In-Depth Publishing), párrafos nro. 7-10; HEINRICH, J. y Moritz, H.: *Interpretation of Tax Treaties*, EUROPEAN TAXATION Vol 40 Nro. 4 (2000), p. 142-52

⁹ BAKER, P: “*Beneficial Ownership: After Indofood*”, GITC Review, Vol.VI Nro.1, February 2007. p.22.

¹⁰ VOGEL, *On Double Taxation Conventions*, Kluwer International, Third Edition, 1997, p.561.

¹¹ ELLIFE, C.: *The Interpretation and Meaning of “Beneficial Owner” in New Zealand*, 2009, British Tax Review pp 276-305, p.17.

¹² Idem

influenciados por las características de sus respectivos Estados y por las políticas perseguidas al celebrar un CDI.

2) Concepto

Ahora bien, admitiendo que el requisito debe ser interpretado en forma autónoma para lograr un significado internacional, ¿qué es pues un *beneficiario efectivo*?

Ni la doctrina ni la jurisprudencia internacional han llegado a un concepto pacíficamente aceptado.

El Comentario al Art. 10 del Modelo OCDE brinda una descripción de supuestos en los que no habría un *beneficiario efectivo*. Originalmente, el Comentario excluía de la aplicación del artículo a los agentes o nominees que no son considerados los propietarios del ingreso en su país de residencia. Luego, siguiendo al Reporte sobre Compañías Conduit del año 1988, el Comentario se extendió para incluir a cualquier otro conducto que, aunque propietario formal del ingreso, tiene poderes muy limitados sobre el mismo, lo que lo convierte en un mero administrador o fiduciario por cuenta de su *beneficiario efectivo*.¹³

En Abril de 2011, la OCDE difundió un borrador para discusión sobre posibles cambios en los comentarios a los artículos 10, 11 y 12 del Modelo en lo que respecta al concepto de *beneficiario efectivo*. La finalidad manifiesta de estos nuevos comentarios (aún no aprobados), consiste en aclarar el significado del concepto, vista la diversidad de posiciones a nivel internacional.

El borrador del Comentario enfatiza la necesidad de una interpretación del concepto en el contexto de los CDI, excluyendo a los agentes, mandatarios y a quienes reciban rentas por cuenta de otro actuando como un mero conducto. Agrega que en esos casos el receptor no es el *beneficiario efectivo* de las rentas (dividendos, intereses y regalías) pues no tiene el “derecho pleno a usar y gozar” de la renta. Entiende que por lo tanto esa renta no es de quien la recibió, al estar obligado (bajo normas contractuales, fiduciarias o de otra índole) a transferir el pago a otra persona. Según lo expresado en el borrador, esta obligación normalmente resultará de documentos legales, pero también podrá ser constatada en base a factores y circunstancias del caso de los que resulte que, en sustancia, el receptor no tiene el derecho pleno a usar y gozar de las rentas recibidas (aún siendo legalmente su titular).

El nuevo comentario ha sido objeto de diversas críticas, en particular en lo que respecta a los términos “derecho pleno a usar y gozar”, al entender que lejos de aclarar el concepto generan el riesgo de excluir de los beneficios del CDI a situaciones en las que por cualquier motivo y actuando de buena fé el receptor de las rentas deba pagar una parte de las mismas a un tercero, solución que parece a todas luces incompatible con los objetivos de este tipo de acuerdo (piénsese por ejemplo en obligaciones que pueda tener el receptor en cuanto al pago de intereses u otros gastos a terceros)¹⁴.

También se ha objetado que los cambios propuestos podrían generar serios problemas prácticos de aplicación, por ejemplo: en una interpretación piedeletrista, un contribuyente que pague intereses, dividendos o regalías a una entidad residente en el otro Estado Parte debería averiguar si el receptor de los mismos tiene el “pleno derecho a usar y gozar” de las rentas para saber si es el beneficiarios efectivo de las mismas, lo que le demandaría solicitar información sobre su estructura y cualquier limitación que

¹³ BAKER, *Double Taxation Conventions*, Sweet & Maxwell, London 2007, 10B, 10.4

¹⁴ ERNST & YOUNG, Comentarios a los cambios propuestos, 14 de julio de 2011.

pueda tener para disponer de las mismas. No parece lógico suponer que ante la ausencia de elementos que justifiquen la no existencia de tales limitaciones esto pueda implicar que no se apliquen los beneficios del CDI para las rentas de las que se trate¹⁵. Esto mismo acontece hoy en día en Argentina, donde la Administración Fiscal en algunos casos no solamente exige un certificado de residencia fiscal de la entidad del exterior para la aplicación del Convenio, sino también ha llegado a exigir (por ejemplo con España) un certificado de *beneficiario efectivo*, lo cual en la práctica es muy difícil que sea concedido por la Administración del otro Estado Parte.

Según DU TOIT, el *beneficiario efectivo* es la persona cuya propiedad tiene más peso que la de cualquier otra persona.¹⁶ Para DANON, es quien legalmente, económicamente o de hecho, tiene el poder de controlar la atribución del ingreso. KAKA entiende que se trata de quien, de hecho, con la exclusión de otros, tiene el poder de ejercitar control sobre la disposición del ingreso, control que debe ser ejercido por sí mismo y no por mandato de otros.¹⁷ De acuerdo a VOGEL, *beneficiario efectivo* es quien tiene derecho a disponer o utilizar el rendimiento, por lo que un pago realizado a quien recibe el ingreso es un pago a su *beneficiario efectivo* ya que, en última instancia, va a tener derecho a disponer de él. Finalmente, VEGA BORREGO lo define como la persona que, teniendo derecho a obtener el rendimiento, puede disponer libremente del mismo.¹⁸

Todas estas definiciones tienen en común un poder de disposición sobre el ingreso que se recibe, el cual debe ser ejercido de forma libre y por cuenta propia. A efectos prácticos, BAKER propone una “regla de oro”: si la entidad recipiente del ingreso entrara en proceso de liquidación y fuera una mera fiduciaria, los ingresos recibidos podrían ser reclamados por el verdadero *beneficiario efectivo* y no estarían disponibles para los acreedores. En cambio, si los ingresos realmente pertenecieran a la entidad en liquidación, sí estarían disponibles para los acreedores y ella habría sido su *beneficiario efectivo*.¹⁹

Se discute en doctrina si para tener la condición de *beneficiario efectivo* es necesario también ser el titular de las participaciones que generan el derecho al rendimiento. En general, se entiende que la cláusula se refiere sólo al rendimiento y no al activo que lo origina. Entonces, aún si el capital de una entidad perteneciera únicamente a una persona, este hecho no debería acarrear por sí solo la pérdida de la condición de *beneficiario efectivo* de los valores que se encuentran en su activo.²⁰

Por su parte, la jurisprudencia ha considerado el requisito en base a aspectos empíricos y ad hoc, de acuerdo a los hechos de cada caso, en función de algunos factores como propiedad, riesgo, discrecionalidad, etc., pero de una forma no exhaustiva.

¹⁵ Comentarios del Grupo Mexicano de la IFA, 3 de Agosto de 2011.

¹⁶ DU TOIT, Charles: *Beneficial owner of royalties on bilateral tax treaties*, IBFD, Amsterdam, p. 237.

¹⁷ Definiciones propuestas en el Congreso IFA Kyoto 2007, durante el Seminario del Tema I: “Conflictos en la atribución de ingresos a una persona”.

¹⁸ VEGA BORREGO, F.A., *Las medidas contra el Treaty Shopping*, Ministerio de Hacienda, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid 2003, p.146.

¹⁹ BAKER, *Double Taxation Conventions*, ob.cit., 10B, 15.

²⁰ VOGEL, ob.cit., p. 563.

3) Jurisprudencia Internacional

En primer lugar, en el caso AIKEN INDUSTRIES (1971) de Estados Unidos, la Corte Fiscal entendió que la reducción de retención en la fuente prevista en el CDI con Honduras, no resultaba aplicable a préstamos back to back con idénticos pagos de intereses entre un deudor estadounidense, una compañía de Honduras vinculada y la sociedad madre de Bahamas. La Corte sostuvo que el Tratado requiere que el recipiente del pago tenga “dominio y control” sobre los fondos, requisito que no se verificaba en la compañía hondureña, mero conduit de la entidad de Bahamas.²¹

En el caso BANK OF SCOTLAND (2006) el Conseil D’Etat francés negó la aplicación del CDI entre Francia y Reino Unido respecto a una estructura en la cual una compañía estadounidense (Merrell Dow Inc.) cedió en usufructo a un residente de Reino Unido (Bank of Scotland) los derechos sobre los dividendos que le corresponderían en una de sus subsidiarias en Francia. A cambio de ello, el Bank of Scotland pagaría intereses bajo un contrato de préstamo en cantidades equivalentes a los dividendos recibidos. Este esquema fue diseñado para beneficiarse del reembolso del avoir fiscal sobre los dividendos distribuidos por compañías francesas, que el Art. 9 del CDI prevé para los residentes en Reino Unido. En este caso, la Corte interpretó el significado de *beneficiario efectivo* en el marco del fraude a la ley, entendiendo que la operación era contraria a la intención de los Estados Parte al firmar el tratado y que su único motivo era de índole fiscal.²²

En el Reino Unido, el fallo INDOFOOD INTERNATIONAL FINANCE LTD. V. JP MORGAN CHASE BANK NA (2006) implicó un análisis fiscal internacional en un litigio civil. Indofood, una compañía de Indonesia, emitió obligaciones negociables a través de una subsidiaria, residente en Islas Mauricio, para evitar la retención del 20% de los intereses en Indonesia, aprovechando el CDI de esta con Islas Mauricio. Cuando Indonesia anunció que iba a denunciar dicho CDI, Indofood comunicó a la entidad fiduciaria, JP Morgan, su propósito de rescatar las obligaciones y efectuar una reemisión.

El fiduciario propuso, en cambio, el mismo esquema pero utilizando Holanda, con quien Indonesia tiene un CDI en similares términos y la controversia fue llevada ante la jurisdicción competente según el Acuerdo de emisión de las obligaciones.

Para analizar la validez de la propuesta de JP Morgan, la Corte inglesa estudió las condiciones del arreglo con la subsidiaria de Islas Mauricio, destacando que las sumas obtenidas por la subsidiaria luego de la emisión eran idénticas a las pagadas a Indofood, que las tasas de interés eran iguales y que, incluso, los intereses eran pagados directamente desde Indofood al banco fiduciario. La conclusión fue que la utilización de una sociedad holandesa obedecería sólo a razones fiscales y que ella no podría ser considerada el *beneficiario efectivo* de los intereses que Indofood pagara.

Dentro de los aspectos positivos del fallo, la Corte se refirió a los Comentarios al Modelo y a que en él puede encontrarse el “significado fiscal internacional” del término *beneficiario efectivo*. Lo negativo es que, al buscar ese significado internacional, hubo una remisión a declaraciones del Director de Rentas de

²¹ AIKEN INDUSTRIES, 56 TC 925, 1971.

²² BANK OF SCOTLAND, CE 20/12/2006, Nro. 283314

Indonesia según el cual el requisito implica el privilegio total de beneficiarse directamente del ingreso²³, lo que en definitiva significó un envío al Derecho interno.

En el caso AZADI BACHAO ANDOLAN (2003) de India, se analizó el esquema de determinados inversores que, aprovechando el CDI entre India e Islas Mauricio, localizaron una sociedad conduit en Islas Mauricio y provocaron que las ganancias de capital no solo no tributen en ninguno de los dos países sino que el flujo tampoco tribute en Holanda. Esta estructura fue cuestionada y la Suprema Corte falló a favor del contribuyente, entendiendo que bastaba con el Certificado de Residencia Fiscal expedido por las autoridades de Islas Mauricio, para que los residentes en dicho Estado sean considerados beneficiarios efectivos a los efectos de la aplicación del CDI entre India e Islas Mauricio.

La Corte interpretó que si la intención de los Estados Parte hubiera sido evitar estos arreglos y negar los beneficios del CDI a residentes de otros Estados, habrían incorporado una adecuada cláusula LOB, como la vigente en el CDI con Estados Unidos.

Pero si esta cláusula no existe y pudo haber existido, puede inferirse que la voluntad de los Estados consistió en no restringir la aplicación de los tratados a dichos supuestos. De este modo, una cosa es lo que la ley es y otra cosa es lo que la misma, en función de determinados enfoques académicos y la práctica de otros Estados, debería ser. Pero “la corte debe decidir cuál es la ley y aplicarla.”²⁴

En el caso canadiense MIL INVESTMENTS (2007), se pretendió negar la aplicación del tratado de Canadá-Luxemburgo a una sociedad holding en Luxemburgo, propiedad de un residente de Mónaco, que había realizado importantes ganancias de capital por la enajenación de acciones de una sociedad canadiense. La Corte sostuvo que la compra o la selección de un tratado para minimizar la carga fiscal no es abusiva y que lo que los Tribunales deben analizar es el uso del tratado y no su selección. Asimismo, entendió que Canadá tenía conocimiento previo del tratamiento de las ganancias de capital en Luxemburgo y, de todos modos, cedió su potestad tributaria en el CDI, por lo que no puede alegar una inesperada doble no imposición.

También en Canadá, el caso PRÉVOST (2008) ha motivado que la OCDE mire con inquietante preocupación esta tendencia de los Tribunales canadienses. Una sociedad holding en Holanda (Prévost Holding –PH- BV) es utilizada por una compañía inglesa (Henlys Group PLC) y una sueca (Volvo Bussar AB) para canalizar su inversión en Canadá (Prévost Car Inc.), aprovechando las tasas reducidas de retención sobre los dividendos del CDI entre Canadá y Holanda. Existía además un acuerdo entre Henlys y Volvo que al menos el 95% de los dividendos recibidos serían distribuidos a Henlys y Volvo respectivamente. De acuerdo a los contribuyentes, la sociedad holding había sido escogida tanto por razones fiscales como comerciales, como ser que los inversores suecos e ingleses quisieron operar vía una entidad localizada en un país neutral.

En uno de los desarrollos más exhaustivos que un Tribunal hasta el momento ha hecho sobre el concepto de *beneficiario efectivo*, la Corte Federal de Apelaciones de Canadá entendió que del análisis del caso resultaba que: a) la relación entre PH y sus accionistas no era de agencia, mandato u otra en la cual la propiedad se detenta a través de un nominee (par. 100); b) el velo corporativo no debe ser perforado, ya que PH no es un conduit de otra persona y no puede decirse que no pueda usar o aplicar

²³ BAKER, *Beneficial Ownership...*, p. 24.

²⁴ Caso *Union of India vs. Azadi Bachao Andolan*, Supreme Court of India, 2003.

discrecionalmente sus fondos (par. 100); c) no había un flujo predeterminado o automático de fondos a Volvo y Henlys (par. 102); d) PH es una entidad estatutaria que desarrolla negocios y actividad corporativa de acuerdo a la ley holandesa (par. 103); e) PH no es parte del Acuerdo de Accionistas (par. 103) sobre distribución de los dividendos y ni Henlys ni Volvo podrían reclamar en caso de no cumplimiento de lo acordado (par.103); f) Los estatutos de PH no la obligan a pagar dividendos y debe hacerlo de acuerdo a la ley holandesa (par. 104); h) PH compró las acciones de Prévost Car y era su propietaria. Cuando se recibían dividendos, estos eran de su propiedad y, en tanto ganancias, estaban a disposición de sus acreedores (par. 105).

Por consiguiente, Prévost Holding era el *beneficiario efectivo* de los dividendos, entendiendo por tal aquella persona “que recibe los dividendos para su propio uso y goce, asumiendo el riesgo y el control sobre el dividendo que recibe. El *beneficiario efectivo* es la persona que goza y asume todos los atributos de la propiedad (...) y esta persona no responde ante nadie por cómo dispone del ingreso.”²⁵

Cabe finalmente mencionar un par de casos de la jurisprudencia española, que revisten particular interés considerando la existencia de un CDI vigente entre Uruguay y España.

Estos casos se plantearon durante los años 2006 y 2007 con relación a entidades residentes en Hungría que cedían a una entidad española derechos de explotación comercial sobre la imagen de jugadores de fútbol. Los jugadores no habían ejecutado ningún contrato directo con la empresa húngara y ésta obtuvo los derechos a negociar su imagen mediante contratos con empresa holandesa o chipriotas, a las cuales se comprometía a pagar un altísimo porcentaje (entre el 98 y el 99,5%) de las regalías obtenidas por la sublicencia. La Audiencia Nacional Española consideró que el pago de regalías de España a Hungría no se encontraba cubierto por el artículo 12 del CDI entre ambos países, ya que las empresas húngaras no podían considerarse beneficiarias efectivas de las rentas. El fundamento manejado fue que el concepto de *beneficiario efectivo* excluye no solo a quien recibe las rentas por cuenta de un tercero como a quien tiene en la práctica tan escasos poderes sobre la misma que lo convierten en un mero fiduciario o administrador actuando por cuenta de terceros. La conclusión a la que arribó la Audiencia Nacional se basó en una serie de indicios, entre ellos: a) los derechos cedidos por la entidad húngara habían sido adquiridos de Estados con los que España no tenía CDI o, de tenerlo, sus condiciones eran menos favorables que las del CDI con Hungría, b) cada vez que la entidad húngara recibía un pago lo destinaba casi en su totalidad a efectuar pagos a empresas residentes en otro Estado; c) los pagos realizados por la empresa húngara a las de Holanda y Chipre eran de una cuantía muy similar a los recibidos desde España²⁶.

4) Comentarios finales

De los elementos comentados precedentemente resulta en nuestra opinión que:

- a) Pese a su inclusión en el Modelo OCDE desde el año 1977 y a su uso extendido en CDI, el concepto de *beneficiario efectivo* carece hasta el momento de una interpretación unívoca a nivel internacional, tanto a nivel doctrinario como jurisprudencial.

²⁵The Queen v. Prévost Car Inc., Federal Court of Appeal, Canadá, 2008 TCC 231.

²⁶ AÍDA CEBALLOS MORALES, El concepto de beneficiario efectivo y su jurisprudencia, Trabajo presentado al curso de Alta Especialización en Fiscalidad Internacional de la Escuela de Hacienda Pública (2009)

- b) Este hecho genera situaciones de ambigüedad en la aplicación de los CDI, lo que se agrava por la importante función que cumple el concepto en el marco de los mismos (nada menos que definir si los pagos de dividendos, intereses y regalías están alcanzados o no por las disposiciones contenidas en el CDI).
- c) Arribar al concepto de *beneficiario efectivo* en base a la normativa interna de cada Estado parece una solución claramente inconveniente al aumentar la incertidumbre sobre el tema, conspirando contra la efectiva aplicación de los CDI e incrementando la posibilidad de controversias en cuanto a su aplicación.
- d) En teoría la solución más adecuada es indudablemente la de arribar a una interpretación uniforme a nivel internacional que surja del propio contexto y objetivos de los CDI. Sin embargo, esta alternativa no resulta fácil de poner en práctica tomando en cuenta las importantes divergencias existentes sobre su interpretación.
- e) Estas diferencias quedan reflejada en la jurisprudencia internacional, lo que aumenta la incertidumbre en la aplicación del concepto. Los aportes de la OCDE en la materia (fundamentalmente a través de los comentarios al Modelo de Convenio) no han logrado eliminar las ambigüedades en la interpretación del término.
- f) Desde nuestra perspectiva, el único aspecto en el que existe relativo consenso a nivel internacional es que el concepto de *beneficiario efectivo* excluye a personas o entidades que reciben pagos por cuenta de otro (e.g. agentes, mandatarios, nominees o empresas conducto) y están legalmente obligados a repagar el ingreso.
- g) A efectos de evitar controversias en la aplicación de los CDI y restricciones en su aplicación que no se ajusten al propósito y objetivos de los CDI, consideramos que la posición más aconsejable en la actualidad es interpretar el concepto de *beneficiario efectivo* en el sentido indicado en el literal precedente.
- h) Dicha interpretación nos permite concluir que no es un eficaz mecanismo para combatir el treaty shopping y que no resulta apropiado utilizar a este concepto como una norma general antielusiva, siendo el procedimiento adecuado a tales efectos la negociación e introducción de reglas claras, específicas y objetivas en el propio texto de los CDI, como la cláusula de Limitación de Beneficios.