

Análisis del concepto de “beneficiario efectivo”: Leading cases en el marco de los Convenios para Evitar la Doble Imposición*



FERNANDO NÚÑEZ CIALLELLA

Abogado por la Universidad de Lima.
Máster en Derecho (LL.M.) por la Universidad de Maastricht, Holanda.

SUMARIO:

- I. Introducción.
- II. El fenómeno del “treaty shopping” en los Convenios para Evitar la Doble Imposición.
- III. Concepto de “beneficiario efectivo”.
- IV. Leading cases sobre el concepto de “beneficiario efectivo”:
 1. Caso Royal Dutch Shell – Corte Suprema de Holanda (6 de abril de 1994);
 2. Caso Indofood - England and Wales Court of Appeal (2 de marzo de 2006);
 3. Caso Royal Bank of Scotland – Conseil d’Etat de Francia (29 de diciembre de 2006);
 4. Caso Club Real Madrid – Audiencia Nacional de España (18 de julio de 2006);
 5. Caso Prevest Car Inc. vs. Her Majesty the Queen – Tax Court of Canada (22 de abril de 2008).
- V. Consideraciones finales.

* El autor agradece a Viviana Ritchie por su colaboración en la preparación del presente artículo.

I. INTRODUCCIÓN

La gran mayoría de los Convenios para Evitar la Doble Imposición (en adelante, los CDI) que existen a nivel mundial contienen el concepto de "beneficiario efectivo" como cláusula anti-elusiva. En el caso del Perú, este concepto se puede encontrar en los convenios celebrados con Canadá, Chile y Brasil.

Bajo los Modelos de la OECD y de la ONU¹, los estados de la fuente se encuentran limitados total o parcialmente de ejercer su potestad tributaria respecto de aquellas rentas pasivas que se regulan en los artículos 10 (dividendos), 11 (intereses) y 12 (regalías) de los CDI. Sin embargo, dicha limitación se encuentra sujeta a que el receptor de estas rentas califique como el beneficiario efectivo de las mismas.

Así, una definición clara y precisa del concepto de "beneficiario efectivo" constituye un aspecto de vital importancia para garantizar la aplicación de un CDI en operaciones internacionales.

Lamentablemente, como se reconoce en la doctrina internacional, el concepto de beneficiario efectivo es quizás el concepto más importante en el ámbito de la tributación internacional que no se encuentra definido. No existe una definición ni en el Modelo de la OECD ni el de la ONU.

En este contexto, la jurisprudencia tributaria internacional emitida durante los últimos años viene cumpliendo un rol preponderante pues constituye una fuente valiosa para definir el concepto de "beneficiario efectivo".

El presente artículo tiene por objeto analizar las distintas posiciones que existen a nivel internacional sobre el concepto de "beneficiario efectivo".

Para tal efecto, en primer lugar, haremos una breve referencia al fenómeno del "treaty shopping" y a la existencia de una serie de cláusulas anti-elusivas que se vienen utilizando con bastante frecuencia en los CDI.

En segundo lugar, analizaremos el origen del concepto de "beneficiario efectivo" e identificaremos los principales inconvenientes que se generan como consecuencia de una ausencia de definición en la legislación tributaria nacional e internacional.

Seguidamente, haremos un análisis de los "leading cases" emitidos a nivel internacional sobre este concepto durante las últimas décadas.

La revisión de estas jurisprudencias nos permitirá determinar los criterios que vienen siendo adoptados por los tribunales respecto de este concepto, los cuales serán analizados hacia al final del presente artículo.

II. EL FENÓMENO DEL "TREATY SHOPPING" EN LOS CONVENIOS PARA EVITAR LA DOBLE IMPOSICIÓN

El fenómeno del "treaty shopping" se originó en los Estados Unidos y comprendía aquella práctica mediante la cual una persona "shops" dentro de una compleja red de tratados utilizando estructuras jurídicas de gran complejidad a fin de obtener beneficios fiscales.²

Este término se derivó del denominado "forum shopping", el cual consistía en que un litigante intentaba hacer "shopping" entre las distintas jurisdicciones estatales existentes en dicho país a fin de encontrar aquella en la que esperaba obtener una decisión favorable para sus intereses.

Desde la perspectiva de la OCDE, el fenómeno de "treaty shopping" es problemático por las

1. Ambos Modelos son considerados por el Perú al momento de celebrar un CDI con otros países.

2. David Rosenbloom describe este fenómeno como: "the practice of some investors of 'borrowing a tax treaty by forming an entity (usually a corporation) in a country having a favourable tax treaty with the country of source - that is, the country where the investment is to be made and the income in question is to be earned'. ROSENBLUM, David. *Derivative Benefits: Emerging US treaty Policy*. 1994, 22 Intertax 83.

siguientes tres razones: i) transgrede el principio de reciprocidad, ii) genera ausencia de tributación, y iii) elimina los incentivos para negociar y concluir nuevos CDI.³

Sin embargo, cabe destacar que esta posición no es compartida en forma unánime a nivel internacional. Así por ejemplo, en el United Nations Treaty Report se sugiere que pueden existir beneficios en permitir el "treaty shopping" especialmente para aquellos países en desarrollo que requieren atraer grandes cantidades de inversión extranjera y que tienen interés en que los dividendos o intereses pagados a los inversionistas extranjeros se encuentran sujetos a tasas de retención reducidas por el Impuesto a la Renta, aún cuando los mismos se encuentren ubicados en un país con el que se ha celebrado un CDI.

En este sentido, cabe hacer referencia a la famosa sentencia emitida en el Caso Union of India vs. Azadi Bachao Andolan por la Corte Suprema de la India. En esta sentencia, la Corte Suprema analizó si la utilización de una sociedad holding en Mauritania para canalizar inversiones hacia la India solamente por factores de índole tributario constituía una práctica que debía ser sancionada o no.⁴

La Corte Suprema de la India decidió que la utilización de este tipo de estructuras para invertir en la India era válida. Así, reconoció curiosamente que los países en desarrollo requieren de la inversión extranjera para desarrollarse y que el fenómeno del "treaty shopping" puede colaborar a que dicha inversión llegue al país.

En palabras de la Corte Suprema de la India, "los países en desarrollo permiten el treaty shopping a fin de promover la llegada de flujos de capital y tecnología. De este modo, la pérdida de ingresos fiscales que podría generarse en estos casos resulta insignificante en comparación con otros beneficios no tributarios que derivan para la economía de la inversión extranjera".⁵

Por consiguiente, la Corte Suprema de la India concluyó que "el fenómeno del 'treaty shopping' constituía un mal necesario para los países en desarrollo que debe ser tolerado por cuanto permite la llegada de nuevas inversiones".⁶

No obstante lo expuesto, a nivel de los países desarrollados y de la OCDE se ha asumido una posición bastante agresiva en contra del fenómeno del "treaty shopping".

En este sentido, existen una serie de cláusulas anti-elusivas tanto generales como específicas que se vienen utilizando cada vez con mayor frecuencia para evitar una utilización abusiva de los CDI.

A modo de ejemplo, cabe destacar todas las medidas anti-elusivas que los Estados Unidos vienen incluyendo en los últimos CDI que ha celebrado con Hungría, Bulgaria, Chile, Polonia entre otros, tales como las denominadas: "publicly traded test", "ownership test", "active trade or business test", "headquarter company test", "company test", "triangular provisions", entre otras.

Las medidas anti-elusivas y su vinculación con los CDI han sido objeto de un profundo estudio

3. Para mayor detalle: OECD, Double Taxation Conventions and the use of conduit companies. Issues in International Taxation No. 1, International Tax Avoidance and Evasion, Paris 1987.

4. Como antecedente, es preciso indicar que durante las últimas décadas la inversión extranjera hacia la India se canalizaba mayoritariamente a través de Mauritania. Esta decisión se había adoptado por consideraciones tributarias en forma exclusiva. Así por ejemplo, si una sociedad de Holanda canalizaba sus inversiones vía una holding en Mauritania, la eventual transferencia de acciones de la empresa India no estaría sujeta a tributación ni en este país, ni en Mauritania (por aplicación del Convenio para evitar la Doble Tributación suscrito entre estos dos países), ni en Holanda (por la legislación interna de este país).

5. The developing countries allow treaty shopping to encourage capital and technology inflows, which developed countries are keen to provide to them. The loss of revenue could be insignificant compared to the other non-tax benefits to their economy.

6. Treaty shopping is perhaps regarded in contemporary thinking as a necessary evil in a developing country.

por parte de la International Fiscal Association (IFA). En efecto, en el último Congreso llevado a cabo por la IFA en Roma en el año 2010 se analizaron las principales cláusulas anti-elusivas que se vienen utilizando en la tributación internacional a fin de combatir la evasión y la elusión fiscal.

Respecto de las cláusulas anti-elusivas específicas, el destacado profesor holandés Stef Van Weeghel señaló en su Reporte General sobre este Congreso que, *"las mismas son necesarias en aquellos casos en que se han identificado técnicas anti-elusivas específicas o cuando el uso de dichas técnicas es especialmente problemático"*⁷.

En este contexto, a continuación analizamos los alcances del concepto de "beneficiario efectivo" en tanto constituye una de las cláusulas anti-elusivas específicas de mayor utilización en los CDI.

III. CONCEPTO DE "BENEFICIARIO EFECTIVO"

De acuerdo con este concepto, se garantiza una tasa de retención reducida para los supuestos de renta regulados bajo los Artículos 10 (dividendos) y 11 (intereses) y una ausencia de tributación en el Estado de la fuente para el supuesto del Artículo 12 (regalías)⁸, para aquellos sujetos que sean residentes del otro Estado contratante y que sean los "beneficiarios efectivos" de la renta.

El concepto de "beneficiario efectivo" fue introducido por primera vez en un Protocolo del año 1966 al Convenio para Evitar la Doble Tributación suscrito entre los Estados Unidos y el Reino Unido.⁹

Según Klaus Vogel, *"este concepto tendría su origen en el Reino Unido donde ocasionalmente se utilizaba en disposiciones legales que se encargaban de regular el tema de las pérdidas tributarias y la aplicación de exoneraciones por el 'stamp duty' para el caso de transacciones entre vinculadas"*¹⁰.

Este hecho se confirma con lo señalado por el destacado profesor Phillip Baker en el sentido que, al momento de la redacción del Modelo de la OCDE del año 1963, ya existía una preocupación para parte del delegado del Reino Unido en el sentido que los beneficios del CDI resultarían aplicables inclusive para aquellos sujetos que recibían una determinada renta en razón a que habían sido designados como representantes o agentes para el cobro por un tercero.¹¹ Vale decir, para ese entonces ya se conocía en el Reino Unido la problemática respecto del concepto de "beneficiario efectivo" y la aplicación de los CDI.

A nivel de la OCDE encontramos que este concepto fue incorporado recién a partir de la publicación del Modelo del año 1977 y de sus comentarios. Posteriormente, el concepto de beneficiario efectivo fue incluido también en el Modelo de las Naciones Unidas.¹²

7. The potential application of general anti-abuse provisions, either in domestic law or in the tax treaty, does not mean that there is no need for the inclusion of specific anti-abuse provisions in tax treaties in cases when specific avoidance techniques has been identified or where the use of such techniques is especially problematic. VAN WEEGHEL, Stef, *Reporte General, Cahiers de Droit Fiscal International*, Volumen 95A, p. 47.

8. Los CDI celebrados por el Perú no siguen el Modelo de la OCDE respecto de las regalías ya que se establece que el Estado de la fuente tendrá derecho a gravar dichas rentas hasta el límite de 15%.

9. En una nota explicatoria de este protocolo se señala lo siguiente: "Relief from tax on dividends, interest and royalties in the country of origin will no longer depend on whether the recipient is subject to tax in the other country, but will depend on the income being beneficially owned by a resident of the other country".

10. In tax statutes of the United Kingdom it is occasionally used in provisions treating income tax implications of losses (loss relief) or exemption from stamp duty for transaction between related parties. VOGEL, Klaus, *Double Taxation Conventions*, Tercera Edición, Kluwer Law International, p. 561.

11. VAN WEEGHEL, Stef, *The improper use of Tax Treaties*, Kluwer, 1998, p. 65.

12. Para mayor detalle: DU TOIT, Charl, *The Evolution of the term "beneficial ownership" in relation to international taxation over the past 45 years*, *Bulletin for International Taxation*, October, 2010.

Los comentarios al Modelo de la OCDE del año 1977 no incluían una definición de lo que debía entenderse por beneficiario efectivo. Solamente indicaban que no debía considerarse como tal a aquel sujeto que actuaba como intermediario, sea como un agente o como un representante de un tercero.

Casi una década más tarde (año 1986), la OCDE publicó el *Conduit Company Report* a través del cual se ampliaron los alcances del concepto de beneficiario efectivo. Así, en adición a los agentes o representantes que actuaban por cuenta de un tercero se precisó que tampoco calificaba como beneficiario efectivo *"aquel sujeto que era formalmente el beneficiario de una renta pero que tenía facultades tan limitadas que convertían a dicho beneficiario en una especie de mero fiduciario o administrador que actuaba por cuenta de los intereses de terceros"*.¹³

Como puede advertirse, el *Conduit Company Report* amplió los alcances del concepto de "beneficiario efectivo" pasando de un criterio netamente formal (existencia de un agente o representante) a un criterio económico donde lo que prima son las facultades que tiene el sujeto formalmente designado como beneficiario de la renta.

Los Comentarios al Modelo de la OCDE fueron objeto de una serie de modificaciones en el año 2003, entre las cuales se destacan las siguientes:

- a) Se estableció claramente que una de las finalidades de un CDI no era sólo evitar la evasión fiscal sino también combatir la elusión fiscal.¹⁴
- b) Se incorporan una serie de precisiones en los Comentarios sobre los artículos 10, 11 y 12 del Modelo de la OCDE en el sentido que el concepto de "beneficiario efectivo" no debe ser usado en un sentido técnico limitado, sino que debe ser entendido según el contexto y a la luz de los objetivos y finalidades de los CDI, lo cual incluye prevenir tanto la elusión como la evasión fiscal.¹⁵

El concepto de "beneficiario efectivo" ha sido incluido en la gran mayoría de CDI celebrados a nivel mundial.¹⁶ Sin embargo, como hemos explicado, no existe una definición precisa en el texto de los Modelos, sea de la OCDE o de la ONU. A lo sumo contamos con criterios generales en los Comentarios de la OCDE.

Esta situación genera una serie de complejidades al momento de determinar si el perceptor de determinada renta califica como el "beneficiario efectivo" o no.

En primer lugar, tenemos que los CDI celebrados bajo el Modelo de la OCDE del año 1977 habrían adoptado un concepto de "beneficiario efectivo" en un sentido formal y estricto. Por el contrario, los CDI celebrados a partir del año

13. In addition to nominees and agents, formal owner of assets who has very narrow powers which make such an owner a mere fiduciary or an administrator acting on account of the interested parties may also be excluded as beneficial owner. *Op. cit.* p. 2.

14. Tax treaties themselves say little about tax avoidance. The 1963 and 1977 versions of the OECD Model Tax Convention referred to the purposes of the Model as the elimination of double taxation and prevention of fiscal evasion. The reference to fiscal evasion was arguably limited to fraud or criminal tax evasion and did not include tax avoidance, which is universally considered to be different from tax evasion. ARNOLD, Brian. *Tax treaties and tax avoidance: The 2003 revisions to the Commentary of the OECD Model*. Bulletin for International Taxation – Tax Treaty Monitor. Junio 2004, p. 244.

15. The term beneficial ownership should not be used in a narrow technical sense, but, rather should be understood in its context and in the light of the object and purposes of the tax treaty, including avoiding double taxation and the prevention of fiscal evasion and avoidance.

16. No obstante ello, hasta donde conocemos, muy pocos CDI han definido este concepto en forma específica. Las únicas excepciones que hemos podido confirmar según lo indicado por el profesor Stef van Weeghel en su Reporte General del Congreso de la IFA del 2010 son los casos de los CDI celebrados por Italia con Turquía y Alemania.

2003 se encontrarían adscritos a un concepto de "beneficiario efectivo" en sentido económico y por ende, mucho más amplio,

Bajo dicha premisa, cabe preguntarse si aquellos CDI celebrados bajo los Modelos de la OCDE de 1963 y 1977 pueden aplicar el nuevo criterio recogido por los Comentarios del Modelo de la OCDE a partir del 2004 y que se encuentra vigente en la actualidad.

De otro lado, también surge la interrogante si ante la ausencia de una definición expresa en los CDI sobre este concepto, correspondería: i) determinar el significado de acuerdo con el contexto y el objetivo del CDI; o ii) acudir a la legislación interna de conformidad con el Artículo 3 (2) de los CDI.

La alternativa i), la misma que es sustentada por Klaus Vogel y Philip Baker, presupone que ante la ausencia de una definición en la legislación interna de los países contratantes de un CDI, no corresponde aplicar el Artículo 3 (2) y por consiguiente, el significado del concepto de "beneficiario efectivo" debe ser determinado siguiendo el contexto y objetivo perseguido por los propios CDI.

Esta posición sustenta que es preferible obtener una definición autónoma del concepto de "beneficiario efectivo" por cuanto, delegar dicha posibilidad a la legislación interna de cada país podría originar inconvenientes y discrepancias difíciles de solucionar. Así, como destaca Félix Vega, *"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"*.¹⁷

De otro lado, bajo la alternativa ii), corresponde acudir al Artículo 3 (2) de los CDI que señala que cualquier expresión no definida en el mismo

tendrá, a menos de que su contexto se infiera una interpretación diferente, el significado que en ese momento le atribuya la legislación de ese Estado.

Sin embargo esta remisión a la legislación interna en el caso del concepto de "beneficiario efectivo" sirve muy poco puesto que son pocos los países que contienen una definición en su legislación sobre este concepto. Particularmente, en los países que siguen la corriente del Derecho Civil como el peruano, es imposible encontrar tal definición por cuanto bajo nuestra legislación no es admisible la existencia de distintos niveles de propiedad sobre un determinado bien.¹⁸

Las interrogantes descritas precedentemente constituyen una pequeña muestra de las complejidades que se generan como consecuencia de la ausencia de una definición precisa del concepto de "beneficiario efectivo" en los CDI.

En este contexto, cabe acudir a la jurisprudencia internacional que viene siendo emitida sobre este particular durante los últimos años. A través de ésta podemos identificar los criterios que vienen tomando los tribunales alrededor del mundo para determinar la existencia de un "beneficiario efectivo" de una renta pasiva en el marco de un CDI.

A continuación pasaremos a describir los "leading cases" internacionales que han tratado este tema. La finalidad de este análisis consiste en responder las interrogantes previamente indicadas y otros aspectos adicionales que deben tomarse en cuenta para delimitar los alcances del concepto de "beneficiario efectivo".

VI. LEADING CASES SOBRE EL CONCEPTO DE "BENEFICIARIO EFECTIVO"

17. VEGA, Félix, *El concepto de beneficiario efectivo en los Convenios para Evitar la Doble Imposición*, Documentos del Instituto de Estudios Fiscales No. 8, 2005, p. 12.

18. Sin perjuicio que, por ejemplo, por la existencia de un derecho real se produzca una distinción entre usufructuario y nudo propietario, LAUDATO, Carina, *Un acercamiento hacia el concepto de beneficiario efectivo. El significado internacional del término*, En: *Revista de Derecho Fiscal* No. 3, Julio/Agosto 2007, p. 182.

1. Caso Royal Dutch Shell – Corte Suprema de Holanda (6 de abril de 1994)

Este caso constituye tal vez uno de los primeros precedentes jurisprudenciales que tratan sobre la delimitación del concepto de “beneficiario efectivo”. Su importancia es destacable por cuanto este caso fue resuelto con anterioridad a las modificaciones a los Comentarios del Modelo de la OCDE del año 2003.

Este caso puede ilustrarse de la siguiente manera:

Hechos:

Una empresa residente en Reino Unido adquirió unos cupones de una empresa residente en Luxemburgo. Estos cupones le permitían percibir los dividendos que serían pagados por Royal Dutch Shell, empresa residente en Holanda. Los cupones fueron vendidos a un precio equivalente al 80% de los dividendos declarados pero aún no pagados por esta empresa. La empresa de Luxemburgo mantuvo la titularidad sobre las acciones que generaban el pago de los dividendos a favor de la adquirente de los cupones.

Al pagar los dividendos al exterior, Royal Dutch Shell aplicó una tasa de retención de 25%. Sin embargo, por aplicación del Convenio para Evitar la Doble Tributación entre Holanda y el Reino Unido (en adelante, el Convenio)¹⁹, correspondía una retención de sólo 15%.

La empresa residente en Reino Unido solicitó el reembolso del 10% retenido y pagado indebidamente a favor del fisco holandés.

Esta solicitud fue rechazada al considerarse que la empresa del Reino Unido que había adquirido los cupones no calificaba como la beneficiaria efectiva de los dividendos.

CONTROVERSIA:

Los Tribunales debían decidir si la empresa del Reino Unido que había adquirido los cupones

calificaba como la beneficiaria efectiva de los dividendos y que por ende, resultaba de aplicación el Artículo 10 del Convenio.

CONCLUSIÓN:

La Corte de Apelación concluyó que la empresa tenedora de los cupones (empresa del Reino Unido) no podía ser considerada como beneficiaria efectiva de los dividendos.

En su opinión, esta empresa había recibido una renta proveniente de una cuenta por cobrar que no podía ser calificada como un dividendo para propósitos del Convenio. En este sentido, la Corte concluyó que para que la renta califique como dividendos era necesario que la empresa titular de los cupones también sea titular de las acciones de Royal Dutch Shell.

Esta resolución fue dejada sin efecto por la Corte Suprema de Holanda (Hoge Raad). Este tribunal concluyó que desde el momento de la adquisición de los cupones, la empresa residente en Reino Unido había adquirido el derecho a percibir los dividendos.

Adicionalmente, señaló que el derecho al cobro de los dividendos era un derecho propio ejercido en su beneficio y que no correspondía a una actuación en calidad de agente o representante de un tercero.

Finalmente, la Corte Suprema de Holanda (Hoge Raad) estableció que el texto del Convenio no requería en ningún momento que el beneficiario efectivo de los dividendos mantenga la titularidad de las acciones a la fecha en que éstos eran efectivamente pagados.

2. Caso Indofood - England and Wales Court of Appeal (2 de marzo de 2006)

Este caso es sumamente interesante por cuanto por primera vez los Tribunales del Reino Unido establecieron una definición del concepto de beneficiario efectivo. Si bien es verdad que el

19. Este convenio fue celebrado con fecha 7 de noviembre de 1980 y entró en vigencia el 6 de abril de 1981.

caso no es propiamente tributario, el criterio desarrollado en el mismo es sumamente valioso.

El tema a discusión consistía en determinar si un SPV ("Special Purpose Vehicle") ubicado en Holanda que se había interpuesto entre PT Indofood Suskes Makmur TBK, pagador efectivo de los intereses residente en Indonesia y los titulares de las notas ("credit notes") emitidas, podía ser considerado como el beneficiario efectivo de los intereses pagados a su favor bajo el Convenio para Evitar la Doble Imposición suscrito entre Indonesia y Holanda (en adelante, el Convenio).

Este caso puede ilustrarse de la siguiente manera:

HECHOS:

PT Indofood Suskes Makmur TBK (en adelante, "Indofood") era una empresa residente en Indonesia que operaba en la industria alimenticia. En 2002, Indofood deseaba emitir notas (credit notes) en el mercado internacional a fin de obtener fondos suficientes para ampliar sus operaciones. En principio, de acuerdo con la legislación de Indonesia, los intereses pagados a los tenedores de las notas ubicados en el extranjero habrían estado sujetos a una tasa de retención de 20%.

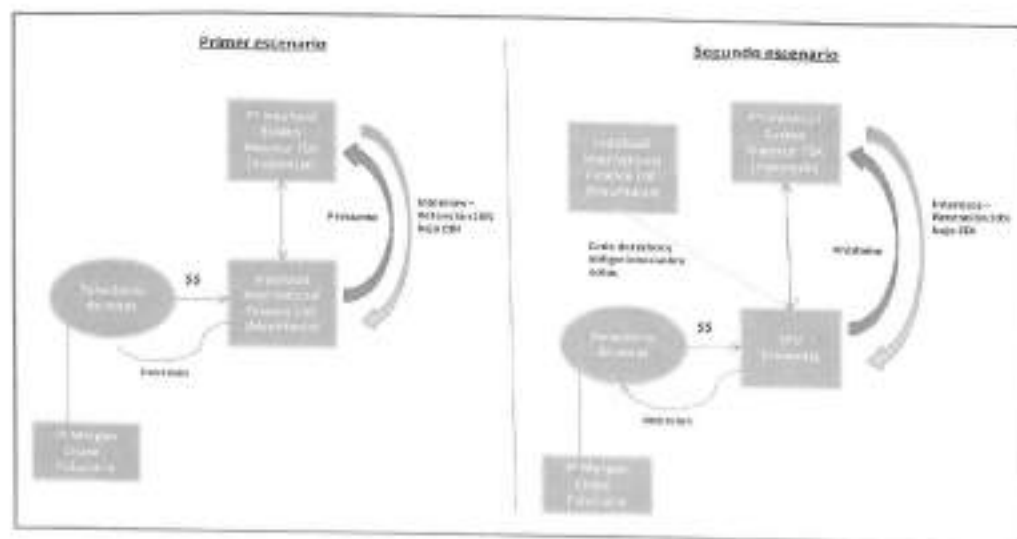
A fin de evitar la carga fiscal por esta retención, Indofood decidió constituir una subsidiaria en Mauritania, Indofood International Finance Ltd. (en adelante, "la Emisora"). La Emisora se encargó de emitir las notas en el mercado internacional. Los fondos obtenidos por esta emisión fueron entregados directamente a Indofood. El repago de las notas se encontraba garantizado por esta misma empresa.

JP Morgan Chase Bank N.A. fue nombrado fiduciario de los tenedores de las notas bajo un Contrato de Fideicomiso celebrado para estos efectos.

Bajo la legislación interna de Mauritania, los intereses pagados por la Emisora a los tenedores se encontraban exonerados del Impuesto a la Renta. Asimismo, de conformidad con el Convenio, los intereses pagados por Indofood a la Emisora se encontraban sujetos a una tasa máxima de retención de 10% sobre el monto bruto.

El 1 de enero de 2005 el Convenio fue dejado sin efecto. Como consecuencia de ello, el beneficio de la tasa reducida de retención por los dividendos pagados por Indofood a la Emisora ya no resultaba aplicable.

Ahora bien, de acuerdo a las condiciones de la emisión, el Emisor podía redimir las notas si



como resultado de un cambio significativo en las leyes internas o en los Convenios para Evitar la Doble Tributación suscritos por Mauritania se incrementaba la carga tributaria en Indonesia. Por otro lado, tal redención no era permitida si el Emisor podía evitar la mayor carga tributaria adoptando otras medidas razonables.

En este contexto, el Emisor notificó al Fiduciario su intención de redimir en forma anticipada las notas emitidas por cuanto en el mercado se ofrecían préstamos a tasas de interés menores. El Fiduciario rechazó esta solución y propuso incorporar un SPV en Holanda entre Indofood y el Emisor, a fin de que resulte aplicable la tasa máxima de retención del 10% señalada en el Convenio para Evitar la Doble Tributación suscrito entre Holanda e Indonesia (en adelante, el Convenio).²⁰

Las partes no estuvieron de acuerdo respecto de si la solución propuesta por el Fiduciario calificaba como una "medida razonable". Por consiguiente, el caso se sometió a consideración de los tribunales del Reino Unido.

CONTROVERSIA:

Los Tribunales debían decidir si el SPV podía ser considerado como el beneficiario efectivo de los intereses y por ende resultaba aplicable la tasa máxima de retención del 10% señalada en el Convenio.

CONCLUSIÓN:

La Corte de Primera Instancia del Reino Unido concluyó que el SPV sí calificaba como el beneficiario efectivo de los intereses.

Para estos efectos, este tribunal adoptó el criterio formal de beneficiario efectivo vigente en la legislación de este país indicando que, en la medida que el SPV no actuaba como representante, agente o fiduciario del Emisor, el mismo

tenía plenas facultades para disponer de los intereses que recibía libremente.

La Corte de Primera Instancia señaló que las restricciones contractuales que podía tener el SPV para disponer libremente de los intereses percibidos no implicaban que la condición de beneficiario efectivo no se verificaba.

Sin embargo, la Corte de Apelaciones adoptó una posición totalmente distinta respecto de este tema. De acuerdo a lo señalado por esta corte, el SPV no podría ser considerado el beneficiario efectivo de los intereses recibidos desde Indonesia.

La Corte de Apelaciones sustentó su decisión en la definición internacional del concepto de beneficiario efectivo. Esta definición recoge un criterio más económico que formal.

Así, esta corte se sustentó en lo dispuesto en el Conduit Company Report y en las modificaciones a los Comentarios al Modelo de la OCDE del año 2003 concluyendo que, "el concepto de beneficiario efectivo no debía ser usado en un estricto sentido técnico, sino que debía ser entendido teniendo en consideración los objetivos y fines de los Convenios para Evitar la Doble Tributación".

En este sentido, la Corte de Apelación concluyó que el concepto de beneficiario efectivo no era compatible con el hecho que el perceptor formal de una renta no contaba con "todos los privilegios de poder beneficiarse de ésta".²¹

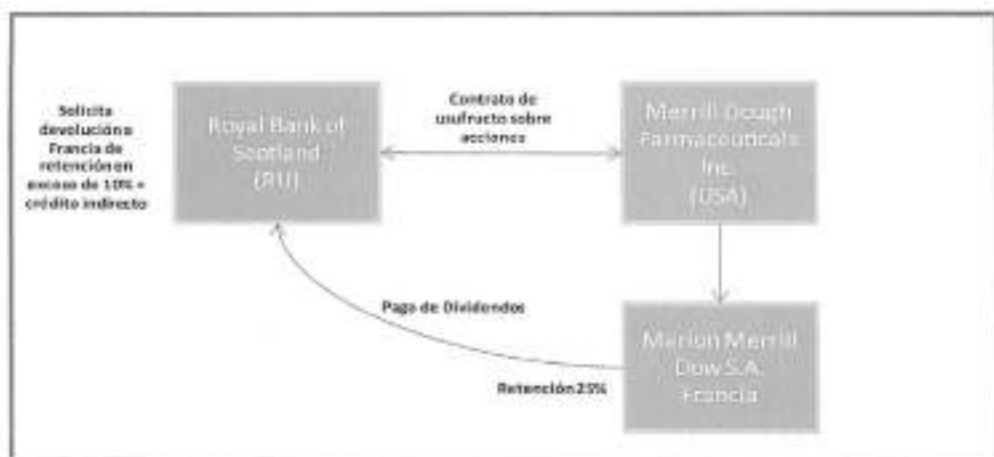
3. Caso Royal Bank of Scotland – Conseil d'Etat de Francia (29 de diciembre de 2006).

Hechos:

El 5 de noviembre de 1992 el Royal Bank of Scotland (en adelante, "el Banco"), empresa residente en el Reino Unido, celebró un contrato

20. Este convenio entró en vigencia el 1 de enero de 1968.

21. The concept of beneficial ownership is incompatible with that of the formal owner who does not have "the full privilege to directly benefit from the income".



de usufructo (en adelante, "el Contrato") con Merrill Dow Inc. (en adelante, "Merrill"), empresa residente en los Estados Unidos.

En virtud de este contrato, el Banco adquirió el derecho a recibir por un período de tres años los dividendos provenientes de acciones preferentes sin derecho de voto emitidas por Marion Merrill Dow S.A. (en adelante, "Merrill Francia"), empresa residente en Francia.

En setiembre de 1993, Merrill Francia efectuó una distribución de dividendos al Banco. Esta distribución se encontraba sujeta a una tasa de retención de 25% bajo la legislación interna francesa. No obstante ello, de conformidad con el Artículo 9 (6) del Convenio para Evitar la Doble Tributación (en adelante, "el Convenio")²² celebrado entre Francia y el Reino Unido, la tasa de retención no podía ser superior a 15%.

Bajo este contexto, el Banco tenía la posibilidad de solicitar la devolución del Impuesto a la Renta retenido en exceso en Francia. Adicionalmente, de acuerdo con el Artículo 9 (7) del Convenio, el Banco tenía la posibilidad de solicitar la de-

volución de la parte proporcional del impuesto pagado por Merrill Francia (crédito indirecto o avoir fiscal).²³

La autoridad tributaria francesa declaró infundada la solicitud de devolución argumentando que el Banco no era el beneficiario efectivo de los dividendos. En este sentido, la autoridad francesa señaló que -en realidad- el Banco y Merrill habían acordado un préstamo a través del cual el primero le entregaba al segundo un monto igual a los dividendos a ser distribuidos por los próximos tres años sin considerar la retención por el Impuesto a la Renta. Según la autoridad tributaria francesa, los intereses por este préstamo correspondían al crédito indirecto o avoir fiscal que el Banco podía solicitar al amparo del Artículo 9 (7) del Convenio.

Cabe indicar que Merrill se había obligado a indemnizar al Banco si es que: i) Merrill Francia no cumplía con realizar el pago de los dividendos proyectados; y, ii) la autoridad tributaria francesa denegaba la devolución parcial del impuesto que gravó los dividendos al amparo del Artículo 9 (7) del Convenio.

22. Según el texto vigente en el Convenio para Evitar la Doble Tributación celebrado el 22 de mayo de 1968. Dicho convenio estuvo vigente en Francia desde el 1 de enero de 1966 hasta el 31 de diciembre de 2009.

23. Article 9 (7): A resident of the United Kingdom who receives from a company which is resident of France dividends which, if received by a resident of France, would entitle such resident to a fiscal credit (avoir fiscal), shall be entitled to a payment from the French Treasury equal to such credit (avoir fiscal) subject to the deduction of the tax provided for in sub-paragraph (b) of paragraph 6 of this Article.

Adicionalmente, Merrill se había obligado a apoyar a Merrill Francia para que siempre cumpla con el pago de los dividendos proyectados, aún cuando no hubiera alcanzado las utilidades mínimas requeridas.

CONTROVERSIAS:

Los Tribunales debían decidir si el Banco era el beneficiario efectivo de los dividendos distribuidos por Merrill Francia y como tal, se encontraba sujeto a los beneficios señalados en el Artículo 9 del Convenio.

CONCLUSIÓN:

La Corte de Apelaciones de Francia resolvió que el Banco era el beneficiario efectivo de los dividendos y que la transacción no podía ser desconocida por la autoridad tributaria francesa puesto que no había podido acreditar que:

- (i) El Banco había sido incorporado en la operación a fin de permitir que Merrill obtenga beneficios tributarios;
- (ii) El Banco era un mero intermediario o agente de Merrill;
- (iii) El Contrato entre el Banco y Merrill buscaba disimular un préstamo;
- (iv) La transacción se había llevado a cabo únicamente por razones tributarias.

Adicionalmente, la Corte de Apelaciones concluyó que el derecho a recibir los dividendos distribuidos por Merrill Francia era incierto en tanto el monto y la fecha de distribución estaban sujetos a la voluntad de Merrill Francia.

No obstante lo anterior, con fecha 29 de diciembre de 2006, el Consejo de Estado (máxima instancia en Francia) revocó la decisión emitida por la Corte de Apelaciones y concluyó que el Banco no era el beneficiario efectivo de los intereses.

El Consejo de Estado analizó el contrato suscrito entre el Banco y Merrill señalando que esta última retuvo el 100% de las acciones ordina-

rias y el derecho a voto en Merrill Francia. En este orden de ideas, recalcó que el usufructo de acciones solamente recayó sobre acciones preferentes que no otorgaban un derecho de voto a su titular.

Adicionalmente, el Consejo de Estado señaló que el precio pagado por el Banco por el usufructo de acciones correspondía al flujo de dividendos proyectados por Merrill Francia en un período de tres años menos el Impuesto a la Renta de 15% así como al crédito fiscal indirecto (avoir fiscal) que el Banco podía solicitar que se le restituya al amparo del Convenio.

Finalmente, las obligaciones de indemnizar asumidas por Merrill fueron otro punto considerado por el Consejo de Estado para concluir que el beneficiario efectivo de los dividendos era Merrill y que la transacción se estructuró en realidad para disimular un préstamo y para obtener beneficios fiscales bajo el Convenio.

Como consecuencia de ello, el Banco no pudo alegar la aplicación del Convenio y consecuentemente, estuvo impedido de solicitar las devoluciones que le correspondían bajo los Artículos 9 (6) y 9 (7) del Convenio.

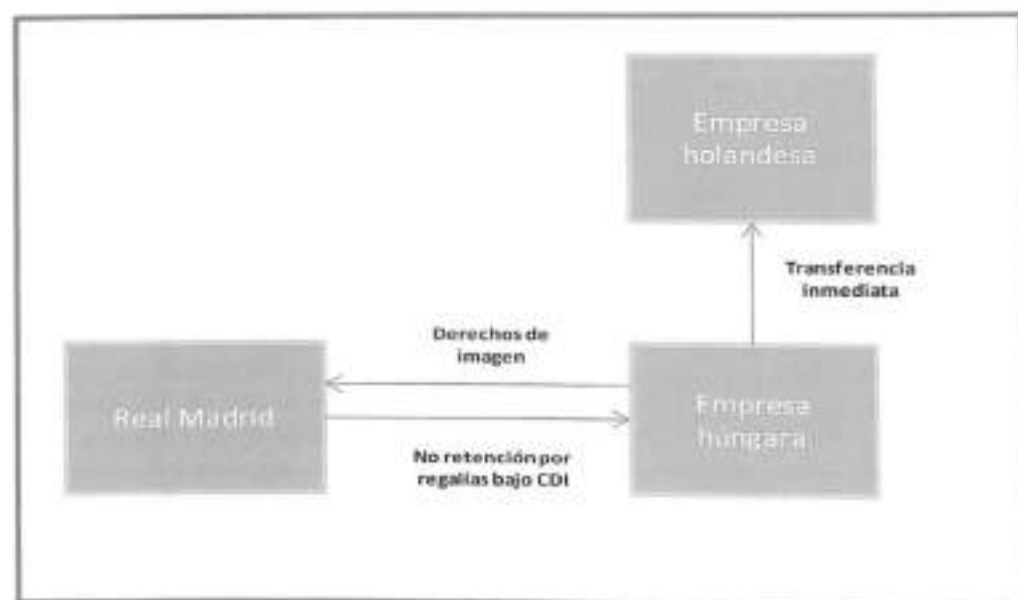
4. Caso Club Real Madrid – Audiencia Nacional de España (18 de julio de 2006)

HECHOS:

Este reconocido club de fútbol efectuaba pagos por derechos de imagen de un destacado jugador a favor de una empresa residente en Hungría. Los pagos por concepto de regalías no se encontraban sujetos a retención en virtud de lo establecido en el Artículo 12(1) del Convenio para Evitar la Doble Tributación celebrado entre España y Hungría (en adelante, el Convenio).²⁴

La empresa húngara transfería luego el 99% de las regalías a favor de una empresa residente en Holanda. Estas transferencias se producían

24. Este convenio entró en vigencia el 1 de enero de 1988.



en forma inmediata una vez que la empresa húngara percibía las regalías.

La autoridad tributaria española denegó la aplicación del Convenio bajo la premisa que la empresa de Hungría había sido interpuesta con el único propósito de evitar la retención del Impuesto a la Renta en España y que por consiguiente, no podía ser considerada la beneficiaria efectiva de las regalías.

CONTROVERSIA:

Los Tribunales debían decidir si la empresa de Hungría perceptora de los dividendos calificaba como la beneficiaria efectiva de las regalías pagadas por el Club Real Madrid.

CONCLUSIÓN:

La Audiencia Nacional concluyó que la empresa residente en Hungría no podía ser considerada como la beneficiaria efectiva de las regalías. En opinión de este tribunal, la interposición de esta empresa tenía por única finalidad permitir que la empresa residente en Holanda acceda a los beneficios del Convenio y por ende, determinó que el Convenio para Evitar la Doble Tributación celebrado entre España y Holanda no resultaba aplicable al presente caso.

El indicado tribunal señaló que los alcances del concepto de "beneficiario efectivo" deben ser determinados en forma autónoma, con el fin de garantizar que los convenios se apliquen de modo uniforme por los Estados que forman parte del mismo.

Así, la Audiencia Nacional determinó que el argumento de defensa del Club Real Madrid en el sentido que el concepto de beneficiario efectivo debía ser interpretado, al amparo del Artículo 3 (2) del Convenio, en línea con la legislación española, no era procedente.

La Audiencia Nacional reconoció que no existía una definición específica en el Modelo de la OCDE, pero que sin embargo los Comentarios a dicho Modelo sí contenían una serie de referencias acerca del significado del concepto de "beneficiario efectivo" que permitían delimitar sus alcances.

Citando los Comentarios al Modelo de la OCDE, la Audiencia Nacional de España concluyó que "una sociedad intermedia normalmente no tiene la condición de beneficiaria efectiva, a pesar de que formalmente sea el titular de determinados activos, si los derechos que puede ejercer sobre los mismos son tan limitados o endeble (narrow powers) que le convierten en

un mero fiduciario o administrador que actúa por cuenta de las personas interesadas en este activo (normalmente los accionistas o partícipes de la sociedad intermedia).

5. Caso Prevost Car Inc. vs. Her Majesty the Queen – Tax Court of Canada (22 de abril de 2008)

HECHOS:

Prevost Car Inc. (en adelante, "Prevost") una sociedad residente en Canadá, pagaba dividendos a su única accionista, Prevost Holding B.V. (en adelante, "PHBV"), sociedad residente en Holanda, quien a su vez distribuía dividendos a favor de sus dos accionistas, Volvo Bussar A.B. (en adelante, "Volvo") residente en Suecia y Henlys Group PLC (en adelante, "Henlys"), residente en el Reino Unido.

Volvo y Henlys celebraron un acuerdo de accionistas a través del cual se acordó que el 80% de los ingresos de Prevost, PHBV y cualquier otra subsidiaria debían ser pagados por PHBV a Volvo y Henlys como un dividendo.

PHBV fue constituida en Holanda por razones de negocio así como por razones tributarias.

La Autoridad Tributaria Canadiense consideró que Volvo y Henlys eran los beneficiarios efectivos de los dividendos, por lo que Prevost debió aplicar una tasa de retención de 10% sobre los dividendos distribuidos a Henlys y una tasa de 15% sobre los dividendos distribuidos a Volvo, respectivamente y no la tasa de retención de 5% establecida en el Artículo 10 (2) del Convenio para Evitar la Doble tributación (en adelante, "el Convenio") suscrito con Holanda.²⁵

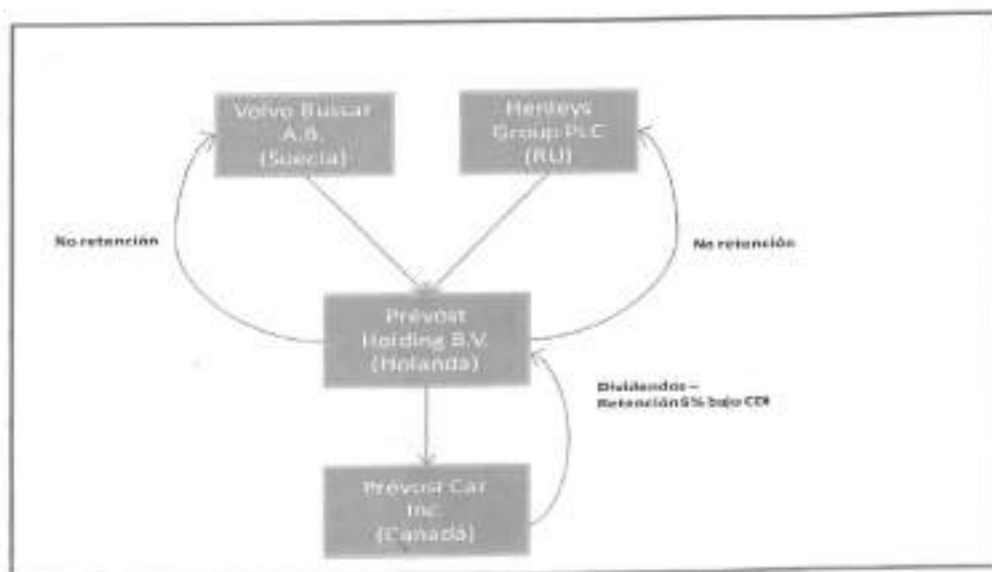
Cabe señalar que durante el periodo materia de acotación PHBV no tenía empleado alguno ni tampoco mantenía algún otro tipo de inversión distinta a Prevost.

CONTROVERSIA:

Los Tribunales debían decidir si PHBV calificaba como la beneficiaria efectiva de los dividendos distribuidos por Prevost y que por ende, resultaba de aplicación Artículo 10 (2) del Convenio.

CONCLUSIÓN:

La Corte Federal de Apelaciones de Canadá inicia su fallo reconociendo que no existe una definición específica del concepto de "bene-



25. Este convenio entró en vigencia el 1 de enero de 1987.

ficiario efectivo" en el Convenio. Por ende, su sentido debe ser determinado de acuerdo con la legislación tributaria interna y en su defecto, por la legislación de derecho privado de Canadá.²⁶

Para tal efecto, se efectúa un análisis de una serie de disposiciones de la legislación interna canadiense y se concluye que califica como beneficiario efectivo aquel sujeto que recibe los dividendos para su propio uso y disfrute y asume el riesgo y el control sobre los mismos.²⁷

Cabe advertir que la Corte cita una serie de párrafos de los Comentarios al Modelo de la OCDE y del Conduit Companies Report publicado por esta institución. Sin embargo, estos documentos se toman en cuenta solamente para los antecedentes y no para la parte resolutoria.

La Corte señala que el hecho que PHBV se encontraba obligada como consecuencia del pacto de sus accionistas a distribuir 80% de sus ingresos a favor de éstos no implicaba "per se" que no era el beneficiario efectivo de los dividendos pagados por Prevost. A fin de sustentar su opinión, la Corte destaca que el acuerdo de accionistas no era obligatorio para PHBV y que por ende, su existencia no implicaba la asunción de ninguna obligación frente a sus accionistas.

En atención a ello, concluye que no existían suficientes elementos para desconocer la personería jurídica de PHBV en la presente operación. La Corte señala que no es válido levantar el velo societario a menos que se trate de sociedades que actúan como simples intermediarias y que no tienen discreción alguna para utilizar los fondos que reciben, o, que se han comprometido para actuar por cuenta o representación de un tercero sin tener la posibilidad de realizar acto alguno distintos a lo indicado por el mismo, lo cual sucede por ejemplo en el caso de los custodios de valores.

La Corte destaca que cuando PHBV recibe los dividendos de Prevost, los mismos son de su exclusiva titularidad hasta el momento en que sus accionistas deciden celebrar una junta y distribuirlos. Durante ese periodo, PHBV gozaba de total discrecionalidad para utilizar dichos dividendos y podía disponerlos como le pareciera sin tener que solicitar autorización alguna a sus accionistas.

V. CONSIDERACIONES FINALES

La revisión de los "leading cases" explicados a lo largo del presente artículo nos permiten destacar lo siguiente:

□ En la gran mayoría de casos, los Tribunales determinaron los alcances del concepto de "beneficiario efectivo" en forma autónoma y no se remitieron a la legislación interna del país pagador de la renta. Esta posición fue asumida al mismo tiempo que se reconocía que no existía una definición de este concepto a nivel de los CDI.

La única excepción está dada por el Caso Prevost Car Inc. vs. Her Majesty the Queen, en el cual sí existió una remisión a la ley interna de Canadá.

En atención a lo expuesto, se confirma que la posición mayoritaria adoptada a nivel internacional es aquella sustentada por los destacados profesores Klaus Vogel y Philip Baker en el sentido que, es preferible obtener una definición autónoma a nivel de los CDI en vía de interpretación que acudir a la legislación interna.

Desde nuestro punto de vista, este criterio es correcto por cuanto habilitar a que la legislación interna de cada país se encargue de definir el concepto de "beneficiario efectivo" puede generar una serie de inconvenientes y controversias al aplicar los CDI.

26. Párrafo 95: I am being asked to determine what the words "beneficial owner" and "beneficiary effectict" (and the Dutch equivalent) mean in Article 10(2) of the Tax Treaty. Article 3(2) of the Tax Treaty requires me too look to a domestic solution in interpreting "beneficial owner". The OECD Commentaries in the 1977 Model Convention with respect to Article 10 (2) are also relevant.

27. Párrafos 100 a 105: In my view the beneficial owner of dividends is the person who receives the dividends for his or her own use and enjoyment and assumes the risk and control of the dividends he or she received.

❑ Otro punto interesante que debe ser destacado es que en la gran mayoría de los casos los Tribunales decidieron aplicar el criterio económico al momento de interpretar el concepto de "beneficiario efectivo".

Esta posición se sustenta básicamente en las modificaciones incorporadas en el Modelo de la OCDE en el año 2003 en virtud de las cuales, se destaca que el concepto de "beneficiario efectivo" no debe ser usado en un sentido técnico limitado, sino que debe ser entendido según el contexto y a la luz de los objetivos y finalidades de los CDI, lo cual incluye como hemos explicado prevenir tanto la elusión como la evasión fiscal.

En efecto, en todos los casos se analizó si el perceptor de la renta constituía económicamente el beneficiario efectivo de la misma. Para ello, se verificó si el perceptor gozaba de suficientes facultades para concluir que actuaba en beneficio propio y no en intereses de terceros.

La aplicación del criterio económico para identificar si el perceptor de una renta calificaba como el beneficiario efectivo de la misma resulta curiosa por cuanto todos los CDI aplicables en los "leading cases" que hemos desarrollado en el presente artículo fueron suscritos con anterioridad al año 2003, fecha en la cual se introduce este criterio en los Comentarios del Modelo de la OCDE.

De este modo, podría sustentarse que al momento de la celebración de estos CDI debía primar el criterio formal puesto que los comentarios vigentes a la fecha de su celebración no contemplaban otro criterio.

No obstante ello, todos los tribunales encargados de resolver los "leading cases" decidieron asumir una aplicación dinámica de los Comentarios del Modelo de la OCDE de tal forma, que aquéllos emitidos en forma posterior podrán ser

tomados en cuenta incluso para CDI celebrados previamente. Esta posición es concordante con lo indicado por la OCDE.²⁸

En este sentido, consideramos válido que se hayan aplicado los Comentarios del Modelo de la OCDE según la versión modificada al año 2003 aún cuando se trataba de interpretar el concepto de "beneficiario efectivo" establecido en un CDI celebrado en forma previa.

❑ Los "leading cases" nos han demostrado que aún cuando se constituía un SPV (Special Purpose Vehicle) como una sociedad independiente para efectos legales, existe la posibilidad que éste no sea considerado como el beneficiario efectivo de una renta.

Esta situación la podemos apreciar especialmente en los casos Indofood y Prevost Car Inc. En ambos casos, nos encontramos antes sociedades que fueron constituidas con el propósito de canalizar una determinada renta hacia un tercero.

No obstante ello, la resolución de estos dos casos fue totalmente opuesta. En el caso Indofood, se decidió que el SPV que sería constituido en Holanda no podía calificar como el beneficiario efectivo de los intereses. Por otro lado, en el caso Prevost Car Inc. se concluyó que no existían elementos suficientes para desconocer al SPV constituido en Holanda como beneficiario efectivo de los dividendos pagados desde Canadá.

Bajo un análisis preliminar, parecería que el criterio adoptado por la Corte de Canadá resulta demasiado estricto y se podría incluso alegar que se siguió un criterio más formal que económico. No obstante ello, debe destacarse que los hechos en el caso Prevost Car Inc. son totalmente distintos al de Indofood y entendemos que ello fue determinante para la mencionada corte al emitir su resolución.

28. Accordingly, the Committee of Fiscal Affairs considers that taxpayers may also find it useful to consult later versions of the Commentaries in interpreting earlier treaties. Párrafo 36.1 de la introducción de los Comentarios al Modelo de la OCDE (versión 2010).

En primer lugar, el SPV fue constituido en Holanda no solamente por un tema tributario sino que lo que se buscaba era tener una sociedad que actuará como un nexo entre dos grupos empresariales totalmente independientes.

En segundo lugar, la constitución del SPV y los acuerdos respecto de los dividendos que esta entidad debía distribuir fueron acordados por dos grupos empresariales que no guardaban vinculación alguna.

Desde mi punto de vista, estos hechos marcan una diferencia con lo ocurrido en el caso *Indofood* donde básicamente un grupo empresarial buscaba constituir un SPV en cualquier jurisdicción que le genere beneficios tributarios.

En este orden de ideas, consideramos que la realidad económica de una determinada tran-

sacción o estructura es un elemento esencial que nos permitirá determinar si reputamos a un SPV como beneficiario efectivo de una renta.

En conclusión, podemos señalar que es indudable que la inexistencia de una definición autónoma del concepto de "beneficiario efectivo" viene generando una serie de problemas al aplicar los CDI.

No obstante ello, en nuestra opinión, los "leading cases" que vienen siendo emitidos a nivel internacional han ayudado en gran medida a reducir estos problemas por cuanto han establecido los criterios generales que deben tomarse en consideración en el marco de los CDI para establecer cuando un determinado sujeto califica como el beneficiario efectivo de una renta.