



El concepto de “beneficiario efectivo” en la actualización 2014 al Modelo de Convenio Tributario sobre la Renta y sobre el Patrimonio de la OCDE

32



Lic. Karla Flores, Asociada de Natera Consultores, S.C.



El término “beneficiario efectivo” resulta útil para combatir aquellos casos de evasión fiscal que involucran la interposición de un receptor del ingreso que, a su vez, está obligado a transferirlo a un tercero. Sin embargo, no es suficiente para combatir otro tipo de conductas que pretenden obtener indebidamente los beneficios de un Tratado para evitar la doble tributación

INTRODUCCIÓN

El 26 de junio y el 15 de julio de 2014, el Comité de Asuntos Fiscales y el Consejo de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) aprobaron, respectivamente, la Actualización al Convenio Tributario sobre la Renta y sobre el Patrimonio (Actualización y el Convenio Modelo).

Esa Actualización prevé diversas modificaciones al articulado, a los comentarios, a las reservas y a las observaciones del Convenio Modelo, así como distintas modificaciones a las posiciones de los países no-miembro de la OCDE.

Entre otras cuestiones, se incluyen aclaraciones relacionadas con el concepto de “beneficiario efectivo” a que hacen referencia los artículos 10 “Dividendos”, 11 “Intereses” y 12 “Regalías” del Convenio Modelo, con el objetivo de brindar mejores herramientas para alcanzar una interpretación uniforme del significado que debe darse a dicho término. Por la relevancia del tema, en este artículo se presentan brevemente las principales aclaraciones efectuadas al Convenio Modelo en esta materia.

BREVE ANTECEDENTE DE LA DISCUSIÓN

En 1977 se introdujo en el Convenio Modelo el término “beneficiario efectivo” con el objeto de prevenir la evasión y la elusión fiscal, concretamente, evitando que las personas que no tuvieran derecho a la aplicación de un tratado obtuvieran los beneficios derivados del mismo con la ayuda de la interposición de personas.¹ El término fue incluido en los artículos 10, 11 y 12, relacionados con el gravamen de dividendos, intereses y regalías, respectivamente.

De conformidad con los artículos antes citados, los beneficios derivados de los tratados –ya sea la tasa reducida de retención para dividendos o intereses o la exención en el Estado de fuente en el caso de regalías– sólo serán aplicables si el beneficiario efectivo del ingreso es residente del otro Estado contratante.

De esa manera, el Estado de fuente no se encuentra obligado a renunciar a sus derechos de gravamen respecto de dichos conceptos de ingreso cuando éstos

sean pagados a un residente del otro Estado contratante. Sin embargo, cuando el beneficiario efectivo de los mismos sea residente del otro Estado contratante, el Estado de fuente estará obligado a aplicar las tasas reducidas de gravamen en el caso de dividendos e intereses, y la exención, tratándose de regalías.

Con motivo de lo anterior, resulta fundamental determinar en qué casos una persona puede considerarse como “beneficiaria efectiva” del ingreso para efectos de la aplicación de los beneficios previstos en los Tratados para evitar la doble tributación.

No obstante, el término “beneficiario efectivo” no fue definido en el Convenio Modelo al momento de su introducción; esa cuestión ha dado lugar a diversas interpretaciones por parte de los tribunales y de las autoridades fiscales de diversos países.

Ahora bien, con la intención de aclarar la interpretación que debía darse al concepto, el 29 de abril de 2011 la OCDE publicó el borrador para discusión titulado: “Aclaración del significado de beneficiario efectivo para efectos del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE”,² el cual tuvo por objeto proponer diversas modificaciones a los Comentarios a los artículos 10 “Dividendos”, 11 “Intereses” y 12 “Regalías”.

La retroalimentación al documento fue examinada por el Grupo de Trabajo 1 “Convenios Fiscales y Cuestiones Relacionadas” del Comité de Asuntos Fiscales de la OCDE, y las conclusiones fueron incluidas al Convenio Modelo mediante la Actualización.

Las principales modificaciones al articulado y a los Comentarios al Convenio Modelo, relacionadas con el concepto de “beneficiario efectivo” se presentan a continuación.

MODIFICACIONES A LOS ARTÍCULOS 10 “DIVIDENDOS” Y 11 “INTERESES” DEL CONVENIO MODELO

Por medio de la Actualización se modifica el segundo párrafo de los artículos 10 “Dividendos” y 11 “Intereses” del Convenio Modelo, los cuales permiten al Estado de fuente gravar, respectivamente, los dividendos pagados por una sociedad residente en ese Estado, así como los intereses procedentes de

¹ Cfr. Klaus Vogel, et. al, “Klaus Vogel on Double Taxation Conventions”, Kluwer Law International, Reino Unido, 1997. Pág. 561

² Clarification of the meaning of “Beneficial Owner” in the OECD Model Tax Convention

ese Estado, aplicando una tasa reducida de retención cuando el beneficiario efectivo de los dividendos o intereses sea residente del otro Estado contratante. La modificación consiste en una precisión terminológica que, para mejor referencia, se presenta a continuación:³

Artículo 10 "Dividendos"		Artículo 11 "Intereses"	
Antes de la actualización	Después de la Actualización	Antes de la actualización	Después de la Actualización
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.	Sin modificación	1. Los intereses procedentes de un Estado contratante y pagados a un residente del otro Estado contratante pueden someterse a imposición en ese otro Estado.	Sin modificación
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: (...)	2. Sin embargo, los dividendos pagados por una sociedad que sea residente de un Estado contratante pueden someterse también a imposición en ese Estado 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: (...)	2. Sin embargo, dichos intereses pueden someterse también a imposición en el Estado contratante del que procedan y según la legislación de ese Estado, pero si el beneficiario efectivo de los intereses es un residente del otro Estado contratante, el impuesto así exigido no podrá exceder del 10 por 100 del importe bruto de los intereses. Las autoridades competentes de los Estados contratantes establecerán de mutuo acuerdo las modalidades de aplicación de ese límite.	2. Sin embargo, los intereses procedentes de un Estado contratante pueden someterse también a imposición en ese Estado según la legislación de ese Estado, pero si el beneficiario efectivo de los intereses es un residente del otro Estado contratante, el impuesto así exigido no podrá exceder del 10 por 100 del importe bruto de los intereses. Las autoridades competentes de los Estados contratantes establecerán de mutuo acuerdo las modalidades de aplicación de ese límite.

MODIFICACIONES A LOS COMENTARIOS A LOS ARTÍCULOS 10 "DIVIDENDOS", 11 "INTERESES" Y 12 "REGALÍAS" DEL CONVENIO MODELO

Las principales modificaciones a los Comentarios de los artículos 10 "Dividendos", 11 "Intereses" y 12 "Regalías" del Convenio Modelo se desarrollan a continuación:

Ajuste en la terminología empleada⁴

De conformidad con los Comentarios, el requisito de "beneficiario efectivo" fue introducido en los

artículos 10 "Dividendos" y 11 "Intereses", respectivamente, para aclarar el significado de las palabras "pagados... a un residente".⁵ Para efectos del artículo 12 "Regalías", dicho término fue introducido para aclarar cómo aplica el artículo en relación con pagos efectuados a intermediarios.⁶

En relación con lo anterior, el texto de los Comentarios antes de la Actualización señalaba que el Estado de fuente no estaba obligado a renunciar a sus derechos de gravamen sobre ingresos por dividendos, intereses o regalías, por el mero hecho de que el

³ Traducción libre. Para mayor referencia, el texto original en idioma inglés se cita a continuación:

Article 10. (...) 2. However, such dividends **paid by a company which is a resident of a Contracting State** may also be taxed in **that State** the Contracting State of which the company paying the dividends is a resident and according to the laws of that State, but if the beneficial owner of the dividends is a resident of the other Contracting State, the tax so charged shall not exceed: ...

Article 11. (...) 2. However, such interest **arising in a Contracting State** may also be taxed in **that State** the Contracting State in which it arises and according to the laws of that State, but if the beneficial owner of the interest is a resident of the other Contracting State, the tax so charged shall not exceed 10 per cent of the gross amount of the interest. The competent authorities of the Contracting States shall by mutual agreement settle the mode of application of this limitation

⁴ Modificaciones a los párrafos 12 del artículo 10 "Dividendos"; 9 del artículo 11 "Intereses", y 4 del artículo 12 "Regalías" de los Comentarios al Convenio Modelo

⁵ En términos del primer párrafo de los artículos 10 "Dividendos" y 11 "Intereses" del Convenio Modelo

⁶ Vid. Primer párrafo 1 del artículo 12 del Convenio Modelo

ingreso hubiera sido “inmediatamente recibido por” un residente de un Estado con el cual dicho Estado de fuente tuviera celebrado un Tratado para evitar la doble tributación.

Con el objetivo de hacer congruente la redacción de los Comentarios con aquella prevista en el primer párrafo de los artículos 10 “Dividendos”, 11 “Intereses” y 12 “Regalías”, se modificaron los Comentarios para aclarar que el Estado de fuente no está obligado a renunciar a su derecho de gravamen por el hecho de que un ingreso sea “pagado directamente a” un residente de otro Estado, eliminando de la redacción el que el ingreso fuera “inmediatamente recibido por” un residente del otro Estado contratante.

SUSTITUCIÓN DEL TÉRMINO “RECIBIDO” POR “PAGADO”, TRATÁNDOSE DE AGENTES O INTERMEDIARIOS⁷

El texto de los Comentarios antes de la Actualización señalaba que cuando un concepto de ingreso era “recibido por” un residente de un Estado contratante, actuando en su capacidad de agente o intermediario, sería inconsistente que el Estado de fuente otorgara alivio o exención por el mero hecho de que el receptor “inmediato” del ingreso fuera residente del otro Estado contratante.

En congruencia con los ajustes efectuados a la terminología de los párrafos descritos en la sección anterior, se modifica la terminología empleada en los párrafos 12.2, 10 y 4.1 de los Comentarios a los artículos 10 “Dividendos”, 11 “Intereses” y 12 “Regalías”, respectivamente, para aclarar que los ingresos “pagados”, no ya “recibidos”, a un residente de un Estado contratante no deberán ser objeto de alivio o exención por el mero hecho de que el receptor “directo”, en sustitución de “inmediato”, sea residente del otro Estado contratante.

Interpretación del término en su contexto⁸

En relación con la interpretación que debe darse al término de “beneficiario efectivo”, el texto de los Comentarios aclaraba desde antes de la Actualización, que ese término no debía utilizarse en un sentido técnico limitado; por el contrario, debía entenderse en su contexto a la luz del objeto y propósitos del Convenio Modelo.

No obstante, los Comentarios no aclaraban si para la interpretación del término que nos ocupa era válido referirse a los conceptos previstos en las legislaciones domésticas de los países, en caso de contar con una definición. Esta situación pretendió aclararse mediante la Actualización a los Comentarios.

En relación con los Comentarios a los artículos 10 “Dividendos” y 11 “Intereses” del Convenio Modelo, se señala lo siguiente:

Debido a que el término “beneficiario efectivo” fue incluido para tratar las potenciales dificultades derivadas del uso de las palabras “pagados... a un residente” para efectos del Convenio Modelo, se buscaba la interpretación del término en su contexto, y no su referencia a algún significado técnico que pudiese tener bajo la legislación local de un país.⁹

Al respecto, se reconoce que en el momento en que se incluyó el término en el Convenio Modelo, la mayoría de los países no contaban con un significado técnico de ese concepto. En este sentido, se aclara que el término “beneficiario efectivo” debe entenderse en el contexto del Convenio Modelo, en particular en relación con las palabras “pagados... a un residente”, y a la luz del objeto y propósitos del mismo.¹⁰

Por lo que respecta a los Comentarios al artículo 12 “Regalías”, se aclara que el término “beneficiario efectivo” tampoco es utilizado en el Convenio Modelo

⁷ Modificaciones a los párrafos 12.2 del artículo 10 “Dividendos”; 10 del artículo 11 “Intereses”, y 4.1 del artículo 12 “Regalías” de los Comentarios al Convenio Modelo

⁸ Modificaciones a los párrafos 12.1 del artículo 10 “Dividendos”; 9.1 del artículo 11 “Intereses”, y 4 del artículo 12 “Regalías” de los Comentarios al Convenio Modelo

⁹ Como sucede en el caso de diversas leyes en materia de fideicomisos que prevén un significado de “beneficiario efectivo” en algunos países regidos por el sistema del *common law*

¹⁰ Modificaciones a los párrafos 12.1 del artículo 10 “Dividendos” y 9.1 del artículo 11 “Intereses” de los Comentarios al Convenio Modelo

en un sentido técnico limitado, por lo que también debe entenderse en su contexto y a la luz del objeto y propósitos del mismo.¹¹

Elementos para determinar cuándo se está en presencia de un beneficiario efectivo¹²

Antes de la Actualización, los Comentarios a los artículos 10 “Dividendos”, 11 “Intereses” y 12 “Regalías” no establecían elementos suficientes para determinar cuándo se estaba en presencia del beneficiario efectivo de un ingreso. Únicamente se limitaban a precisar que tratándose de agentes, intermediarios o empresas conducto, no podría considerarse que eran los beneficiarios efectivos del ingreso percibido, por el mero hecho de ser residentes en un Estado contratante.

Para superar la cuestión anterior, mediante la adición de los párrafos 12.4, 10.2 y 4.3 a los Comentarios de los artículos 10 “Dividendos”, 11 “Intereses” y 12 “Regalías”, respectivamente, la Actualización al Convenio Modelo incluye ciertos criterios para diferenciar los casos en los cuales un residente de un Estado contratante será el beneficiario efectivo del ingreso.

Al respecto, esa Actualización señala las cuestiones por las cuales los agentes, intermediarios y empresas conducto, no pueden considerarse beneficiarios efectivos respecto de los dividendos, intereses o regalías recibidos, al señalar que dicho calificativo no puede serles aplicable, debido a que no tienen el derecho pleno a usar y disfrutar de esos conceptos de ingreso al no ser de su propiedad las facultades de ese receptor sobre el dividendo, interés o regalía, pues éstas se encuentran limitadas al obligar al receptor a transferir el pago recibido a otra persona, ya sea por cuestiones legales, contractuales o de cualquier otra naturaleza.

Con respecto a este último punto, se indica que la obligación de transferir el pago a otra persona normalmente derivará de documentos legales, pero también podrá derivar de hechos y circunstancias que demuestren que, en sustancia, el receptor

claramente no tiene el derecho pleno de usar y disfrutar del dividendo, interés o regalía.

A *contrario sensu*, el receptor del dividendo, interés o regalía, será el beneficiario efectivo de ese concepto de ingreso cuando se ubique en los supuestos descritos a continuación: **(i)** tenga derecho pleno de usar y disfrutar del concepto de ingreso pagado, y **(ii)** no se encuentre obligado a transferir dicho pago a otra persona por una cuestión legal, contractual o de cualquier otra naturaleza.

Adicionalmente, se aclara que el derecho de usar y disfrutar de los conceptos de ingreso antes señalados, debe distinguirse del derecho de propiedad, así como del de uso o goce: **(i)** de las acciones respecto de las cuales se paga el dividendo; **(ii)** del derecho para reclamar la deuda con respecto de la cual se paga el interés, y **(iii)** del derecho o propiedad con respecto del cual se pagan las regalías.

Uso inapropiado de Tratados para evitar la doble tributación¹³

El término “beneficiario efectivo” resulta útil para combatir aquellos casos de evasión fiscal que involucran la interposición de un receptor del ingreso, que a su vez está obligado a transferirlo a un tercero.

Sin embargo, no es suficiente para combatir otro tipo de conductas que pretenden obtener indebidamente los beneficios de un Tratado para evitar la doble tributación. Así lo reconoce el texto actualizado del Convenio Modelo, mediante la inclusión de los párrafos 12.5, 10.3 y 4.4 a los Comentarios de los artículos 10 “Dividendos”, 11 “Intereses” y 12 “Regalías”, respectivamente.

En términos de los citados párrafos, el hecho de que el receptor del dividendo, interés o regalía, sea considerado como “beneficiario efectivo” para efectos de los artículos 10 “Dividendos”, 11 “Intereses” y 12 “Regalías”, no significa que deban otorgarse automáticamente los beneficios de tasas reducidas o exención, previstos en los Tratados para evitar la

¹¹ Modificaciones al párrafo 4 del artículo 12 “Regalías” de los Comentarios al Convenio Modelo

¹² Modificaciones a los párrafos 12.4 del artículo 10 “Dividendos”; 10.2 del artículo 11 “Intereses”, y 4.3 del artículo 12 “Regalías” de los Comentarios al Convenio Modelo

¹³ Modificaciones a los párrafos 12.5 del artículo 10 “Dividendos”; 10.3 del artículo 11 “Intereses”, y 4.4 del artículo 12 “Regalías” de los Comentarios al Convenio Modelo

doble tributación. Por el contrario, estos beneficios no deberán otorgarse cuando se abuse de las disposiciones en comento.

Como se señala en la Sección “Uso inadecuado del Convenio” de los Comentarios al artículo 1 “Sujetos cubiertos” del Convenio Modelo, existen diversas maneras de combatir conductas de *treaty-shopping*, tales como reglas especiales y generales anti-abuso, así como el principio de sustancia sobre forma o sustancia económica.

En consecuencia, el concepto de “beneficiario efectivo” –el cual es útil para combatir conductas evasivas tratándose de la interposición de personas–, no deberá considerarse en ningún sentido restrictivo para la aplicación de otras reglas, las cuales tienen como propósito combatir el abuso de las disposiciones previstas en el tratado.

Otros significados de “beneficiario efectivo”¹⁴

Es importante recordar que este término también es utilizado en otros instrumentos de carácter internacional, cuestión que podría sugerir la utilización del significado otorgado en dichos instrumentos para interpretar el concepto a la luz de las disposiciones de un tratado.

Con vista en lo anterior, mediante la Actualización se adicionan los párrafos 12.6, 10.4 y 4.5 a los Comentarios a los artículos 10 “Dividendos”, 11 “Intereses” y 12 “Regalías” del Convenio Modelo, respectivamente.

De conformidad con el texto adicionado mediante estos párrafos, el término “beneficiario efectivo” en el contexto de los artículos 10 “Dividendos”, 11 “Intereses” y 12 “Regalías” del Convenio Modelo, debe distinguirse del significado diverso que se le ha dado al mismo en el contexto de otros instrumentos internacionales, tales como: el “*Financial Task*



*Force, International Standards on Combating Money Laundering and the Financing of Terrorism & Proliferation –The FATF Recommendations (OECD-FATF, Paris 2012)*¹⁵ o el reporte emitido por la OCDE en el año de 2001, titulado “*Behind the Corporate Veil: Using Corporate Entities for Illicit Purposes*”.¹⁶

Según detallan los Comentarios, los instrumentos citados en el párrafo anterior otorgan significado al término “beneficiario efectivo” desde la perspectiva de la determinación de las personas –típicamente

¹⁴ Modificaciones a los párrafos 12.6 del artículo 10 “Dividendos”; 10.4 del artículo 11 “Intereses”, y 4.5 del artículo 12 “Regalías” de los Comentarios al Convenio Modelo

¹⁵ En el citado documento, el término “beneficiario efectivo” se define como: “La persona física que en última instancia es propietaria o controla a un cliente y/o la persona en cuyo nombre se realiza una transacción. También incluye a aquellas personas que ejerzan en última instancia el control efectivo sobre una persona moral o sobre una transacción” (traducción libre)

¹⁶ Dicho reporte define el concepto “beneficiario efectivo” en los términos siguientes: “En este reporte, “beneficiario efectivo” se refiere al beneficiario efectivo en última instancia o al interés de la persona física. En algunas situaciones, revelar al beneficiario efectivo puede requerir perforar varias sociedades intermediarias y/o personas físicas hasta que el verdadero propietario, que será una persona física, sea encontrado. En relación con sociedades, la propiedad es detenida por sus accionistas o miembros. En asociaciones (*partnerships*) los intereses son detentados por socios generales y limitados. En fideicomisos y fundaciones, el beneficiario efectivo se refiere a los beneficiarios, que también pueden incluir al fideicomitente o al fundador” (traducción libre)

personas físicas– que ejercen el control último sobre personas morales o sobre activos.

En consecuencia, ese significado diverso de “beneficiario efectivo” no puede ser aplicado en el contexto de los artículos 10 “Dividendos”, 11 “Intereses” y 12 “Regalías” del Convenio Modelo pues, al referirse principalmente a personas físicas, no puede reconciliarse con la redacción del inciso a) del segundo párrafo 2 del artículo 10, la cual se refiere a los casos en los que el “beneficiario efectivo” es una persona moral tenedora de cierto porcentaje del capital de la persona moral que distribuye los dividendos.

Además, considerando que en el contexto de los artículos 10 “Dividendos” y 11 “Intereses”, el término “beneficiario efectivo” pretende afrontar las dificultades derivadas del uso de la palabra “pagado”, sería inapropiado considerar un significado desarrollado con el propósito de referirse a personas físicas que ejerzan “el control efectivo sobre una persona moral o transacción”.

Empresas conducto¹⁷

Cabe señalar que los párrafos de los Comentarios a los artículos 10 “Dividendos”, 11 “Intereses” y 12 “Regalías” del Convenio Modelo, relacionados con la aplicación de beneficios tratándose de empresas conducto, no se modifican mediante la Actualización.

Es importante recordar que en términos de dichos párrafos, en aquellos casos en los cuales un residente de un Estado contratante actúe como simple conducto para otra persona que de hecho recibe el beneficio del ingreso en cuestión, no deberá otorgarse el alivio o la exención tributaria prevista en un tratado, pues de conformidad con el reporte titulado “*Double Taxation Conventions and the use of Conduit Companies*”, una empresa conducto no puede ser considerada como el beneficiario efectivo –aun cuando sea el propietario formal del ingreso–, si en la práctica tiene poderes muy limitados en relación con dicho ingreso, que le dan el carácter de mero fiduciario o administrador del ingreso, actuando por cuenta de las partes interesadas.

Agentes o intermediarios y beneficiarios efectivos residentes en el mismo Estado¹⁸

Igualmente, se mantienen sustancialmente sin modificación los párrafos que permiten la aplicación de los beneficios de un Tratado para evitar la doble tributación, aun en aquellos casos en que existan agentes o intermediarios, pero el beneficiario efectivo sea residente del otro Estado contratante.

Esos párrafos establecen que los beneficios de un tratado deben otorgarse, aun cuando se interponga un agente o intermediario –residente de un Estado contratante o de un tercer Estado– entre el beneficiario efectivo y la persona que efectúa el pago, siempre que, sujeto a las demás condiciones previstas en los artículos 10 “Dividendos”, 11 “Intereses” y 12 “Regalías”, el beneficiario efectivo sea residente del otro Estado contratante.

CONCLUSIONES

La falta de elementos claros para determinar los supuestos en los cuales el preceptor de un ingreso podía considerarse como el “beneficiario efectivo” del mismo, para efectos de la aplicación de los Tratados para evitar la doble tributación, es un tema que requería de atención y solución inmediata, dada su relevancia.

Con motivo de la Actualización al Convenio Modelo, la cual prevé aclaraciones a los Comentarios a los artículos 10 “Dividendos”, 11 “Intereses” y 12 “Regalías”, las autoridades y los contribuyentes contamos con mejores herramientas para alcanzar una interpretación uniforme del significado que debe darse al término “beneficiario efectivo”, al establecer que el mismo debe interpretarse en el contexto del Convenio Modelo, y al aclarar algunos aspectos para determinar cuándo nos encontramos ante el beneficiario efectivo de un concepto de ingreso. En este sentido, será interesante analizar la forma en la cual las autoridades aplicarán este concepto, ahora que cuentan con mejores elementos para interpretarlo. •

¹⁷ Párrafos 12.3 del artículo 10 “Dividendos”; 10.1 del artículo 11 “Intereses”, y 4.2 del artículo 12 “Regalías” de los Comentarios al Convenio Modelo

¹⁸ Párrafos 12.7 del artículo 10 “Dividendos”; 11 del artículo 11 “Intereses”, y 4.6 del artículo 12 “Regalías” de los Comentarios al Convenio Modelo