

“BENEFICIARIO EFECTIVO”

Su Definición

Generalmente, los tratados para evitar la doble imposición fiscal (tratados) otorgan una reducción en cuanto a la retención de impuestos sobre dividendos, intereses y regalías, siempre y cuando quien los recibe sea el beneficiario efectivo (“BO” por su término en inglés) de los ingresos provenientes de dichos conceptos.

La definición de BO como tal no se encuentra incluida en muchos tratados, por lo que existen diversas controversias tratándose de este tema.

Su evolución

En 1963, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) estableció en su Modelo de Convención para Impuestos sobre Capital e Ingreso (Modelo) diversos beneficios para quienes fueran receptores de dividendos, intereses o regalías, pero no se incluyó lo que debía entenderse por BO.

Fue en 1977 cuando se incorporó al Modelo de la OCDE el término BO con la finalidad de aclarar que un intermediario (tratándose de un agente o asignado) no puede estar sujeto a los beneficios de los tratados, dado que no es propietario del ingreso, sino que solamente lo recibe a favor de quien realmente es el propietario, por lo que no se le puede imponer una carga fiscal.

En 1986, el Comité Fiscal de la OCDE se percató de que era necesario darle a BO un significado distinto al significado legal del derecho común. Lo anterior se vio reflejado en los comentarios del artículo 10 del Modelo, específicamente en los párrafos 12, 12.1 y 12.2 en el año de 2003.

Así, el párrafo 12 antes mencionado establece que el término BO no deberá ser usado en un sentido técnico estricto, sino que debe ser entendido en su contexto y a la luz del objeto y propósitos del Modelo, incluyendo evitar la doble imposición y la prevención de la evasión y elusión fiscal.

Por su parte, el párrafo 12.1 señala que sería inconsistente con el objeto del Modelo que el estado fuente exentara al receptor inmediato en el otro estado por el ingreso que éste perciba en su calidad de agente o “asignado”. Así, el receptor inmediato calificaría como residente, situación que no se traduciría en un doble gravamen ya que el receptor no es considerado como el beneficiario del ingreso para efectos del estado en el que sea residente.

Asimismo, resultaría inconsistente con el Modelo que el estado fuente exentara al residente del otro estado actuando como “conducto o vehículo” de un tercer estado que es el que recibe efectivamente el beneficio de el ingreso respectivo. Derivado de lo anterior se concluye que una compañía “conducto o vehículo” no puede considerarse como BO ya que, aunque sea propietario formal, tiene poderes limitados para actuar sobre los ingresos que

obtenga, por lo que solamente actúa como fiduciario o administrador a cuenta de las partes interesadas.

Por otro lado, el párrafo 12.2 establece que, sujeto a otras condiciones impuestas por el artículo 10, queda disponible la limitación de gravar el ingreso en el estado fuente cuando el intermediario (agente o “asignado”) que se encuentra en un estado contratante o en un tercer estado se interpone entre el beneficiario y el que paga pero que el BO sea un residente del otro estado contratante. Esto puede hacerse más explícito por los países que así lo deseen durante las negociaciones bilaterales.

Cabe mencionar que los comentarios de la OCDE son tomados de diferentes maneras por los diversos países:

1. Los países de derecho común (USA y Reino Unido) los consideran como una interpretación dinámica y en desarrollo de los tratados. Estos hacen un uso liberal de los mismos sin importar la fecha en que se publiquen.
2. Los países de derecho civil restringen el uso de los comentarios a una interpretación contemporánea del tratado en cuestión.
3. En Francia, los comentarios son vistos solamente como una guía.

Muchos países no tienen en sus tratados una definición clara de lo que debe entenderse por BO. A este respecto, el artículo 3 del Modelo señala que a falta de definición en el tratado se acudirá a la establecido en la ley doméstica.

Ahora bien, cuando no existe definición ni en el tratado ni en la ley doméstica, acudimos a los artículos 31 y 33 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969. El artículo 31 establece que el significado deberá ser otorgado en términos del tratado así como a la luz de su objeto y propósito. Por su parte, el artículo 32 establece que para efectos de confirmar el significado otorgado, será necesario complementarlo con los trabajos preparatorios del tratado así como las circunstancias en las que se basaron para llegar a la conclusión respecto al significado otorgado o para determinar el significado cuando de aplicar lo establecido por el artículo 31 éste resulte ambiguo, oscuro o absurdo e irrazonable.

Canadá junto con el Reino Unido y Estados Unidos fueron de los primeros en utilizar el término de BO. Dicho significado fue incluido en el tratado entre Canadá y el Reino Unido en 1966.

La ley doméstica de Francia no tiene una definición especial de BO. La razón principal es que dicho concepto es un concepto de derecho común.

La ley doméstica de Italia establece que se considera BO a aquel que reciba el ingreso y tenga el derecho sobre el mismo, así como que sea gravado por ambos estados por dicho ingreso. Esto representa un cambio a lo establecido por el Modelo, ya que para que se de la figura del BO en términos de la legislación italiana, el receptor del ingreso debe estar sujeto

a imposición en ambos estados, mientras que para el Modelo debe estar sujeto a imposición en el país fuente.

Para Holanda, el término BO es solamente relevante en cuanto a la tasa de retención del 15% respecto a dividendos, ya que en ese país no se efectúa retención alguna por concepto de intereses o regalías. Para estos efectos, existen ciertos requisitos que se deben cumplir para considerar que una empresa tiene presencia de manera “sustancial” en Holanda como son: que la mitad de los directores de la empresa que toman las decisiones sean residentes en el país, que tengan la experiencia suficiente para desempeñar su cargo, tomar las decisiones importantes en Holanda, entre otros.

Bélgica tomó unilateralmente la decisión de perdonar la retención sobre dividendos, siempre y cuando exista un tratado entre este país y el correspondiente a la otra parte. Los requisitos son que la *holding* tenga su domicilio fiscal en el país con el que haya celebrado tratado Bélgica, ser sujeto de impuesto en el mismo y no estar sujeto a un régimen de tributación especial, así como que se compruebe que ha sido tenedora de la sociedad Belga por un periodo ininterrumpido de por lo menos un año.

En México, la definición de BO resulta relevante en tanto que su ley doméstica (Ley del Impuesto sobre la Renta (LISR)) establece que se efectuará retención sobre intereses (artículo 190), regalías (artículo 200) y dividendos (artículo 193).

Así, el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa TFJFA de México ha resuelto diversos casos sobre BO de la siguiente manera:

- (2005) En el tratado celebrado entre México y los Países Bajos, se establece que en el caso de dividendos en donde el BO sea una sociedad que detente directa o indirectamente al menos 10% del capital de la sociedad que paga dichos dividendos, sólo pueden someterse a imposición en el estado en que el receptor de los dividendos sea residente, es decir, que en el caso de dividendos pagados por sociedades mexicanas a un BO cuya residencia se encuentre en los Países Bajos sólo podrán ser gravados en dicho país pero no en México.
- (2004) Por otro lado, en el tratado celebrado entre México y Canadá, se desprende que en el caso de que una empresa residente en México pague dividendos a una empresa residente en Canadá, dichos dividendos, además de someterse a imposición en Canadá, también pueden someterse a la imposición en México, de acuerdo a lo que se señale en su legislación doméstica (la LISR). La única limitante prevista en el tratado es que el impuesto que se determine, liquide y se deba pagar conforme al procedimiento que se prevea en la LISR no exceda del 10 % del importe bruto de los dividendos si el BO es una sociedad que posea directa o indirectamente al menos el 25% de las acciones con derecho a voto de la sociedad que paga los dividendos y del 15% del importe bruto de los dividendos en todos los demás casos; sin que se desprenda del tratado o de algún otro instrumento internacional que la facultad impositiva de México, en la situación planteada, se encontrará limitada o constreñida a que en la LISR la base gravable del impuesto fuera la misma que se prevé en el tratado. Es decir, que en la LISR se señalara que el impuesto debía

calcularse sobre la base del importe bruto de los dividendos, sino que, la única limitación es en el sentido de que el impuesto que deba pagarse en México, no exceda del 10% o 15% del citado importe bruto de los dividendos.

- (2003) En el tratado entre México y Francia se establece una regla general en el sentido de que la imposición del gravamen sólo corresponde al estado contratante en el que reside el BO de los dividendos que se hubieren pagado. Sin embargo, se contempla una excepción en el caso en que el capital del BO de los dividendos no sea detentado en más del 50% directa o indirectamente por uno o más residentes de terceros estados. Lo que significa que sí se podrán gravar los dividendos en el país en donde reside el distribuidor de los mismos si el capital de la receptora está detentado en más del 50% directa o indirectamente por residentes de terceros países. Por tanto, si una sociedad residente en Francia, BO de los dividendos pagados por una empresa residente en México, acredita que la propietaria directa de más del 50% de su capital social es una sociedad residente en Francia, se le aplicará la regla general del cobro del gravamen únicamente por este estado, sin que sea exigible que también se acredite que quien tiene la propiedad indirecta de más del 50% de su capital social sea uno o más residentes en Francia, ya que la norma en comento contiene la conjunción disyuntiva "o", lo cual se entiende como expresión alternativa, en el sentido de acreditar la tenencia accionaria directa o bien la indirecta, pero no ambas.
- (1998) Asimismo, en el tratado entre México y Gran Bretaña se establecen las tasas impositivas máximas aplicables por el estado de donde provengan los intereses, cuando el BO de los mismos, sea residente del otro estado. Por su parte, en los Comentarios al Modelo de la OCDE, se aclara que dicho beneficio únicamente procede cuando entre el pagador y el BO de los intereses no se interponga un tercero, salvo que sea residente del otro estado signatario. Esto es, la condición de que el receptor de los intereses sea el BO, tiene por propósito evitar que un residente de un tercer estado goce de los beneficios del tratado, percibiendo los intereses por conducto de un agente residente de uno de los estados contratantes. Así, de acuerdo con la ratio legis del BO, podemos concluir que no importa que se interponga un tercero entre el pagador BO de los intereses, siempre y cuando aquél tenga la misma residencia del BO de los intereses

Casos Prácticos

1. Indofood International Finance Ltd v.v JP Morgan Chase Bank N.A. (JP), London Branch. (2006)

Una compañía indonesia (Indofood) creó una compañía en Mauricio (CM) como vehículo para emitir títulos con el fin de financiarse. JP actuaba como el fiduciario de los tenedores.

En las notas se estableció una cláusula “gross-up” por la posibilidad de pago anticipado del préstamo en el caso en que por cambio en los tratados el emisor tuviera que pagar una cantidad mayor de impuestos. Los títulos contenían una cláusula en la que se requería que

el emisor tratara de mitigar cualquier carga fiscal extra tomando responsablemente las medidas disponibles antes de acudir al requerimiento de pago anticipado.

El financiamiento fue estructurado para obtener el beneficio del tratado entre Indonesia y Mauricio, ya que Mauricio no tiene retención de impuestos al extranjero. Sin embargo, Indonesia terminó el tratado con Mauricio, por lo que la retención del pago de intereses entre Indofood y la CM incrementó del 10% al 20%. Indofood invocó el cambio del tratado (ya que los títulos fueron emitidos en 2002 y el tratado terminó en 2005) para ejercer el pago anticipado de las notas. JP no estuvo de acuerdo con lo anterior y presentó una reclamación, sugiriendo que en vez de que se aplicara el pago anticipadamente se creara un vehículo holandés (NewCo) para efectos de que la CM asignara el préstamo a este vehículo y así se beneficiaran del tratado entre Indonesia y Holanda con una tasa de 10% o menor.

El objeto era identificar si NewCo se consideraba como un BO de los intereses que le pagaba Indofood para efectos de aplicar la tasa de retención establecida por el antes mencionado tratado.

Una manera práctica de saber de quién son los ingresos en realidad, es preguntando lo siguiente: ¿qué pasaría si el receptor quiebra antes de pagar el ingreso al último receptor? Al respecto hay dos supuestos:

1. Si el último receptor pudiera reclamar como suyos los ingresos obtenidos por el receptor, entonces los ingresos se consideran del mismo
2. Si el último receptor es considerado como uno más de los acreedores del receptor que se encontrara en quiebra, entonces los ingresos se considerarían propiedad de este último.

La decisión de la “High Court” del Reino Unido fue que NewCo sí era BO dado que no actuaba como fiduciario ni como agente para alguna otra compañía y tenía el poder de disponer de los ingresos cuando los recibía. Sin embargo, “the Court of Appeal” determino que el significado de BO es incompatible con que el propietario formal no tenga total privilegio para beneficiarse directamente del ingreso. Argumentó que aun así cuando NewCo se considerara como BO, no sería sujeto del tratado ya que su lugar efectivo de administración no se encontraba en Holanda.

Otro argumento para sustentar que NewCo no era el BO de los intereses que Indofood le pagaba es que aquella tenía que pagar los intereses a los tenedores de las notas aplicando la misma tasa de interés que le cobraba a Indofood, por lo que NewCo no se beneficiaba con el pago de los intereses.

2. Prevost Car Inc. (Prevost) (Abril 2008)

Es el primer caso respecto a determinar el significado de BO para efectos de los tratados de Canada. La corte decidió que una compañía holandesa que recibe dividendos de una

subsidiaria canadiense era el BO de dichos dividendos, por lo que se encontraba facultada para aplicar la tasa de retención establecida en el tratado entre Canadá y Holanda.

Volvo Bus Corporation (Volvo) una compañía Sueca y Henleys Group PLC (Henleys), una compañía en Reino Unido, celebraron un contrato de “joint venture” para adquirir las acciones de Prevost, una compañía canadiense. Volvo compró las acciones de Prevost y las transfirió a Prevost Holding B.V. (DutchCo) una sociedad holandesa. Posteriormente, Volvo vendió 49% de las acciones de DutchCo a Henleys.

DutchCo no tenía oficina, empleados, actividades o bienes significantes salvo las acciones de Prevost.

Prevost retenía 5% de los dividendos pagados a DutchCo de conformidad con lo establecido por el tratado entre Canadá y Holanda, el cual establece que dicha tasa aplica en caso en que el BO de los dividendos sea una compañía residente en Holanda que tenga directa o indirectamente por lo menos 25% del capital o 10% de poder de voto de la compañía que pague los dividendos.

Asimismo, se celebró un contrato entre Volvo y Henleys, el cual contenía una política de pago de dividendos, por lo que no menos del 80% de las ganancias de DutchCo y sus subsidiarias deberían ser distribuidas entre aquellas. Dichos montos se distribuirían como dividendos, prestamos o reembolso de capital. Sin embargo, DutchCo no era parte del contrato, por lo tanto, no le resultaba aplicable. Más aún, DutchCo tenía la facultad de decidir respecto al pago de dividendos a los accionistas, y hasta que eligiera aplicar dicha facultad, cualquier dividendo que ésta recibía era de su propiedad. Esto quiere decir que no había un flujo de fondos predeterminado o automático a sus accionistas.

La Agencia Canadiense de Ingresos (CAR por su término en inglés) le determinó un crédito fiscal a Prevost por la diferencia entre la cantidad retenida y la que tuviere que haber retenido si los dividendos se hubieran pagado directamente a las *holdings*, argumentando que eran ellas las BO de los dividendos pagados a DutchCo.

Los argumentos de la autoridad eran que no obstante que DutchCo no era un agente o fiduciario para Volvo y Henleys, era un “conducto o vehículo” actuando a su favor y por lo tanto no era el BO de los dividendos de Prevost. Argumentó también que, dado que no existe una definición de BO, era necesario examinar las relaciones legales para determinar e identificar quien era la persona que podía beneficiarse de los dividendos.

Así, el juez para determinar que debe considerarse por BO revisó la ley doméstica, disposiciones internacionales, diccionarios para revisar los significados relevantes de palabras en francés, inglés y holandés, así como los comentarios de la OCDE. De lo anterior, concluyó que “el BO de los dividendos es la persona que recibe los dividendos para su propio uso y goce y asume el riesgo y control de los mismos. Es decir, los dividendos son para el beneficio propio del propietario y éste no debe dar cuentas a nadie por la manera en que los maneja”.

Existieron 3 peritos en el caso:

- a. Prof. Stef van Weeghel. Concluyó que DutchCo era el BO bajo las leyes holandesas ya que era el propietario de los dividendos y podía disponer de ellos libremente. Sin embargo, si hubiera estado obligado legalmente a transmitir los dividendos a sus accionistas, la ley holandesa no lo consideraría como el BO.
- b. Prof. Rogier Raas. Concluyó que la política de dividendos determinada en el contrato no establece una limitación al poder del consejo de administración de DutchCo, así, éstos tienen la discreción de decidir sobre los ingresos que tienen antes de pagar dividendos.
- c. Daniel Lüthi. Establece que una *holding* es el BO de los dividendos pagados salvo que exista evidencia suficiente de que se trate de evasión o abuso al tratado.

Por lo anterior, y no obstante que DutchCo no contaba con oficina ni con empleado, el juez determinó que no era suficiente para demostrar que ésta actuaba como “conducto o vehículo” de Volvo y Henleys.

Asimismo, no obstante que el contrato celebrado entre Volvo y Henleys establecía que no menos del 80% de los ingresos de Prevost debían ser distribuidos a las mismas, no existía una transferencia automática de ingresos a aquellas, ya que DutchCo no era parte de dicho contrato y por lo tanto no se encontraba legalmente obligado a pagar dividendos basándose en la política de dividendos que se estableció en el referido contrato. Además, la corte se apoyó en el hecho de que DutchCo era el propietario registrado de las acciones de Prevost, por lo que los dividendos que recibía por las acciones de las cuales es propietario se consideran que son de su propiedad. Así, dado que DutchCo tenía libertad de usar los dividendos sin dar cuentas a nadie, el juez concluyó que era ésta el BO.

La incertidumbre existe en relación con la determinación de cuál es el papel de una compañía “conducto” en la interpretación del término BO en los tratados de Canadá. De acuerdo con el entendimiento de la corte, un “conducto o vehículo” no tiene discreción como para usar o aplicar los fondos que pasen a través de éste como conducto, o que ha aceptado para actuar a favor de alguien más bajo sus instrucciones y sin derecho para hacer otra cosa. Esta definición refleja el hecho de que la noción desarrollada por la OCDE en relación con las compañías “conducto o vehículo” no tiene base en la ley de Canadá; en cambio, se incorporan las características de un contrato de agencia que es bien conocido en dicho país.