

TRIBUTACIÓN INTERNACIONAL Y MERCADO DE VALORES: EL CASO DE PANAMÁ

José Andrés Romero Angrisano



RESUMEN

Este trabajo profundiza en el significado del término “beneficiario efectivo” según se ha utilizado internacionalmente, durante las últimas cinco décadas, en los convenios para evitar la doble tributación y en la jurisprudencia extranjera sobre dicha materia; y lo compara con los términos “tenedor indirecto”, “propietario efectivo” y “beneficiario efectivo”, según los utiliza actualmente la normativa panameña que regula el mercado de valores. En tales contextos, el autor aborda, incluso, una ley de reciente promulgación en los Estados Unidos de América (FATCA), que impacta la responsabilidad fiscal en Estados Unidos de las instituciones financieras extranjeras y el mercado de valores.

***El Autor:** Ocupa el cargo de Vicepresidente Ejecutivo de Regulación en SFC Investment, S.A., Casa de Valores y Administradora de Inversión (www.sfc.com.pa); y sus credenciales académicas son las siguientes: Abogado, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, Venezuela (1993); Maestría en Derecho Tributario y Societario, Cornell University, Ithaca, Nueva York, Estados Unidos de América (1995); Especialización en Derecho Fiscal, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, Venezuela (1998); Maestría en Tributación Internacional, University of Florida, Gainesville, Florida, Estados Unidos de América (2010). Todas las opiniones académicas aquí contenidas son personales del autor y no constituyen asesoramiento legal ni profesional..*

CONTENIDO

Introducción

1. Tratamiento del término “beneficiario efectivo” y su conceptualización en la jurisprudencia extranjera en materia de convenios para evitar la doble tributación
2. Acuerdos entre gobiernos para la cooperación y el intercambio de información fiscal
3. El término “beneficiario efectivo – beneficial owner” en la legislación fiscal interna de los Estados Unidos de América
4. Régimen de tenencia indirecta de valores en Panamá – los términos “tenedor indirecto” y “propietario efectivo”
5. Prevención de los delitos de blanqueo de capitales y financiamiento del terrorismo – el binomio “beneficiarios finales y/o propietarios efectivos”
6. Conclusiones
7. Bibliografía

Encuentro propicio comenzar diciendo que todos los convenios para evitar la doble tributación que ha firmado Panamá hasta la fecha, incorporan el término “beneficiario efectivo” en sus artículos 10 (dividendos), 11 (intereses) y 12 (regalías), siguiendo así el modelo de convenio para evitar la doble tributación sugerido por la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (en lo sucesivo denominada “OCDE”). De manera que tiene mucho sentido detenerse a examinar

el origen de dicho término que utiliza la técnica tributaria internacional, así como los distintos matices con que ha sido aplicado desde su incorporación por primera vez en un convenio entre estados para evitar la doble tributación. No resulta exagerado aseverar que el término “beneficiario efectivo” es uno de los pilares fundamentales de la tributación internacional, así como probablemente el término menos definido por las legislaciones internas de países de Derecho Civil. Definitivamente, es un término muy controversial, en mi opinión, por la dificultad interpretativa que conlleva en el ámbito interno y en el ámbito transfronterizo.

Se afirma que el Reino Unido fue el primer país que solicitó la incorporación del término “beneficiario efectivo”¹ en convenios para mitigar la doble tributación. Véase por ejemplo el Protocolo de 1966 correspondiente al tratado de 1945 entre el Reino Unido y los Estados Unidos de América, y el tratado de 1966 entre el Reino Unido y Canadá.² Se argumenta igualmente que, en ese tiempo, el propósito de dicho término era sustituir una frase de contenido más riguroso - “sujeto a impuestos en el estado de residencia” - y permitir entonces que entidades exentas en el Reino Unido - fondos de pensiones y entidades con fines benéficos, receptoras del pago - calificasen para el tratamiento más favorable del tratado en las retenciones de dividendos, intereses y regalías que se efectuaren en el país de la fuente.

No sorprende que luego el término se incorporara al modelo de convenio de la OCDE, en 1977, como respuesta positiva a la solicitud expresa de la delegación británica, entre otras.³ Al Reino Unido, le preocupaba que el borrador de 1963 del modelo de convenio de la OCDE permitiera que

1. “beneficial owner”, en inglés y tal como aparece hoy día en los artículos 10 al 12 de los modelos de convenciones de la OCDE, las Naciones Unidas y los Estados Unidos de América (“beneficially owned”).
2. “The Origins of Concepts and Expressions Used in the OECD Model and their Adoption by States by John F. Avery Jones et al.”, página 249, nota 65.
3. Reporte del Profesor Philip Baker “Possible Extension of the Beneficial Ownership Concept”, presentado en la Cuarta Sesión del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, Comité de Expertos en Asuntos sobre Cooperación Internacional en Asuntos Tributarios; Ginebra, 20-24 Octubre de 2008. <http://www.un.org/esa/ffd/tax/fourthsession/index.htm>

mandatarios y testaferros británicos facilitasen el acceso, a beneficiarios de terceros países, a las bondades de los artículos 10 al 12. De manera que, al parecer, la funcionalidad perseguida por el Reino Unido, al pretender insertar el término en el modelo de la OCDE en 1977, no era la misma que motivó su inclusión en 1966 en los convenios con los Estados Unidos y Canadá. En 1966 la finalidad era permitir que ciertas entidades residentes británicas y exentas de impuesto en el Reino Unido tuviesen acceso al tratamiento más favorable del tratado; mientras que en 1977 la intención fue evitar que otras entidades, no residentes en países socios de tratados, accediesen a los beneficios de los artículos 10 al 12 en escenarios en que el Reino Unido fuese el país de la fuente. Interpretamos que en 1966 el interés era permitir que entidades británicas, a las que podía **atribuirse un ingreso** proveniente de un residente pagador del otro estado contratante pero que estaban exentas de impuesto en el Reino Unido, igualmente tuviesen acceso a las alícuotas de retención más favorables provistas por los convenios bilaterales. Sin embargo, en 1977, el interés de incluir el término “beneficiario efectivo” en

el modelo de convenio de la OCDE era otro: **prevenir la evasión fiscal** que pudiese lograrse mediante la interposición de mandatarios y testaferros que sean residentes de un estado contratante para simular ante el otro estado contratante - estado de la fuente - la condición de verdadero acreedor de la suma a remitirse por la entidad pagadora. En 1977, la intención de incluir el término obedecía a la preocupación de contrarrestar la conducta evasora conocida internacionalmente como “treaty-shopping”.

De manera que hasta ahora podemos ver que en el contexto de los convenios para evitar la doble tributación: (i) el término “beneficiario efectivo” se propuso inicialmente como una regla tributaria de atribución de ingresos para amparar a potenciales receptores que se encontraran exentos de impuestos en el país de residencia; (ii) el término “beneficiario efectivo” puede ser utilizado también como una regla anti-abuso que contrarreste la simulación de la condición de residente mediante la interposición de mandatarios y testaferros que sí lo sean; y (iii) residente no equivale a “beneficiario efectivo”.

1. TRATAMIENTO DEL TÉRMINO “BENEFICIARIO EFECTIVO” Y SU CONCEPTUALIZACIÓN EN LA JURISPRUDENCIA EXTRANJERA EN MATERIA DE CONVENIOS PARA EVITAR LA DOBLE TRIBUTACIÓN

Si bien el término “beneficiario efectivo” permanece sin definición clara y sobretodo uniforme en el ámbito internacional, también es cierto que hay suficiente jurisprudencia en el Derecho Comparado para ayudarnos a discernir cuál ha sido el foco de la discusión en otras jurisdicciones sobre la conceptualización de dicho término y, en tal sentido, para facilitarnos la labor interpretativa que deberemos llevar a cabo en Panamá tanto los agentes económicos, como la Dirección General de Ingresos y los tribunales competentes.

Básicamente, la argumentación se enfoca en las siguientes interrogantes:

- ¿El término “beneficiario efectivo” incorpora en los tratados una cláusula implícita de limitación de beneficios para contrarrestar la evasión fiscal que se intente a través de la conducta simuladora conocida como “treaty-shopping”?
- ¿El término “beneficiario efectivo” incorpora en los tratados una cláusula de atribución de ingresos con fines fiscales? En este último

caso, entonces, ¿qué legislación tributaria debería utilizarse para atribuir el ingreso: la legislación fiscal del país de la fuente o la legislación fiscal del país de residencia del pagador, o quizás ninguna de ellas sino una concepción fiscal de naturaleza internacional?

- ¿Cuál sería la responsabilidad de un agente de retención si las autoridades del país de la fuente determinan que el receptor de un determinado ingreso, si bien es residente del otro estado contratante, sin embargo no es el “beneficiario efectivo” de dicho ingreso?

En torno a estas preguntas a gravitado la atención de autoridades fiscales y judiciales extranjeras. Seguidamente haremos referencia a cuatro de los casos más emblemáticos sobre la conceptualización del término “beneficiario efectivo” incluido en los artículos 10 al 12 de los tratados para evitar la doble tributación.

Estados Unidos de América: Aiken Industries, Inc. (1971)⁴ - Intereses

Este es uno de los casos de “treaty-shopping” más emblemáticos en los Estados Unidos. Los hechos fueron los siguientes: Ecuadorian Corp., Inc. (ECL), una entidad constituida en Bahamas, era propietaria del 99.99% de las acciones emitidas por Aiken Industries, Inc. (Aiken), la cual a su vez era una entidad residente en los Estados Unidos para fines del impuesto sobre la renta federal. Asimismo, Aiken era propietaria del 100% de las acciones emitidas por Mechanical Products, Inc. (MPI), otra sociedad residente en los Estados Unidos.

El 1 de abril de 1963, ECL efectuó un préstamo a MPI a cambio de un pagaré al 4% de interés

con vencimiento en 20 años. En marzo de 1964⁵, se constituye Industrias Hondureñas, S.A. de C.V. (IH), de cuyas acciones ECL es propietaria en un 100%; y ECL le cede a IH el pagaré emitido por MPI. Originalmente y según tomó en cuenta la planificación, Aiken (que luego absorbió a MPI) se hubiera visto obligada a retener el 30% de los intereses pagados a ECL si no le cedía el pagaré a IH. Honduras (país de constitución de IH) mantenía un tratado con los Estados Unidos y dicho tratado eliminaba la retención de impuesto en la fuente por el pago de intereses. Aiken, agente de retención, centró su argumentación en que IH era una sociedad residente en Honduras y que, por lo tanto, IH tenía derecho a los beneficios del tratado y en tal sentido Aiken no estaba obligada a retener el impuesto. Aiken argumentó que con la residencia de IH se cumplía con los requisitos legales para obtener los beneficios del tratado.

Sin embargo, la Corte sentenció que Aiken era responsable por las retenciones no efectuadas porque IH no recibía los intereses por derecho propio -“received as its own”, enfatizó la Corte - sino que IH actuaba como un mero conducto -“conduit” - y tenía la obligación de transferir los pagos recibidos a la casa matriz ECL constituida en Bahamas.⁶ La Corte estableció que la estructura establecida no tenía un motivo comercial válido distinto al fin fiscal perseguido.

Así, la Corte restringió el beneficio del artículo 9 de aquél tratado y dictaminó que sólo era aplicable a circunstancias en que el interés se pagare al verdadero beneficiario y dejó claro igualmente que lucharía contra el “treaty-shopping”.

4. *Aiken Industries v. Commissioner*; 56 T.C. 925 (1971)Edición.

5. *Aún no había tratado para evitar la doble tributación entre los EE.UU. y Bahamas, pero sí había un tratado vigente entre los EE.UU. y Honduras.*

6. *En aquel tiempo, el artículo 9 del tratado entre los EE.UU. y Honduras establecía que el interés proveniente de un Estado miembro y “recibido por (received by)” un residente, corporación o cualquier otra entidad del otro Estado miembro, estaba exento de impuesto en el Estado de la fuente. Asimismo, la Corte agregó que la frase “recibido por” no se refería a la posesión temporal sino a un completo dominio y control de los intereses recibidos.*

De manera que en los Estados Unidos, en el ámbito de los tratados para evitar la doble imposición a la renta, el término “beneficiario efectivo” se conceptualiza desde entonces como una norma anti-abuso para evitar el “treaty-shopping”.

España: Caso Real Madrid y Sociedades Húngaras (2007)⁷ - Regalías

Se trata de otro caso de utilización de sociedades “conducto” y se analiza la figura del “beneficiario efectivo” en los pagos efectuados por un equipo de fútbol por concepto de derechos de imagen a dos jugadores profesionales. Los hechos fueron los siguientes: el Real Madrid pagaba ciertas cantidades a varias entidades húngaras por usar derechos de imagen de “Roberto Carlos” y “Mijatovic” que jugaban para el Real Madrid en aquel entonces. Las sociedades húngaras, a su vez, transferían casi la totalidad del ingreso a otras sociedades residentes en Holanda y Chipre; lo cual hacían el mismo día o al día siguiente de recibir los pagos y sin haber recibido facturas.

El cuestionamiento fue si las sociedades húngaras eran las “beneficiarias efectivas” o si el tratado entre España y Hungría se utilizó como ruta de salida “tax free” de las regalías pagadas por el Real Madrid. Se preguntaba si los derechos de explotación de las marcas comunitarias “Roberto Carlos” y “Mijatovic” se cedieron a sociedades húngaras precisamente porque el convenio entre España y Hungría⁸ permite al residente húngaro no tributar en España por la obtención de un canon o regalía derivado de la explotación de derechos de propiedad industrial en España.

La Audiencia Nacional dictaminó que (i) el propósito principal del concepto de “beneficiario efectivo” es prevenir el “treaty-shopping”;

(ii) el significado e impacto del concepto de “beneficiario efectivo” es análogo a las reglas domésticas españolas anti-abuso; y que (iii) dicho concepto permite al estado de la fuente excluir del artículo sobre regalías cualquier situación en la que se identifique el propósito de evasión fiscal sin necesidad de aplicar el Derecho interno para ello.

La Audiencia Nacional llegó a la conclusión de que, a la luz de las circunstancias de hecho específicas del caso, las sociedades húngaras no eran las “beneficiarias efectivas” de las regalías pagadas por el Real Madrid, sino que las “beneficiarias efectivas” eran sociedades a quienes las entidades húngaras remitían dichos pagos de manera prácticamente inmediata.

De manera que para la Audiencia Nacional Española el término “beneficiario efectivo” implica una cláusula anti-abuso y se conceptualiza de manera autónoma con un significado internacional; aduciendo que debe excluirse toda referencia al Derecho interno según dispone el artículo 3(2) del Modelo de Convenio de la OCDE.

Reino Unido: Indofood International Finance Ltd. (2006)⁹– Intereses

Me parece relevante comenzar diciendo que el caso Indofood no versa sobre Derecho inglés, sino que una corte inglesa decidió, en principio, tal como lo habría hecho una corte indonesia si se le hubiese presentado el mismo caso con base en las leyes de Indonesia. La única conexión con el Derecho inglés se debió a que las partes escogieron contractualmente a las cortes inglesas como las idóneas para decidir cualquier controversia entre ellas.

Los hechos fueron los siguientes: Una sociedad matriz indonesia interesada en captar fondos en

7. SAN de 26 de marzo de 2007, recurso 280/2006 (JUR 2007/101877).

8. Sólo los convenios de España con Hungría y Bulgaria dan este tratamiento a las regalías en España.

9. *Indofood International Finance Ltd. v. JP Morgan Chase Bank N.A. London Branch; English Court of Appeals (Civil Division)*, March 2, 2006.

los mercados internacionales como capital de trabajo para su negocio, en vez de emitir papeles de deuda directamente - en cuyo caso habría tenido que aplicar 20% de retención en Indonesia - decidió salir al mercado a través de una entidad de la República de Mauricio para que la retención en Indonesia se redujera al 10% según establecía el tratado entre Indonesia y la República de Mauricio. Adicionalmente, los pagos de interés que efectuare la entidad constituida en Mauricio no estaban sujetos a retención en Mauricio. Sin embargo, posteriormente, Indonesia denunció el tratado con la República de Mauricio para llevarlo a término en 2005, lo cual llevó a la entidad matriz indonesia a pretender redimir los papeles; no sólo porque tendría que aplicar la retención del 20% sino debido a las altas tasas de interés que venía pagando a los tenedores de los papeles emitidos por su subsidiaria constituida en Mauricio. Había una cláusula en los papeles que permitía al emisor redimir los títulos anticipadamente con el objeto de mitigar cargos fiscales adicionales, a menos que estuvieren disponibles “medidas razonables” para una solución distinta. La entidad fiduciaria de los tenedores de los títulos - JP Morgan Chase Bank N.A. - se opuso a la redención anticipada en protección de sus clientes, y alegó que interponer una sociedad holandesa para sustituir a la de Mauricio era una “medida razonable” puesto que Indonesia también tenía un tratado similar con Holanda. Le tocó a la corte inglesa decidir si tal sustitución era una “medida razonable” y analizar si la entidad holandesa que proponía JP Morgan podía considerarse como la “beneficiaria efectiva” de los intereses que provenían de fuente indonesia, según el articulado del tratado entre Indonesia y Holanda. Es importante destacar que la compañía de Mauricio/Holanda no podía pagar intereses sino con fondos provenientes de la matriz indonesia; la tasa de interés que cobraría la subsidiaria a la matriz indonesia era la misma que pagaría la subsidiaria de Mauricio/Holanda a los tenedores de los títulos de deuda; y que la matriz indonesia

remitía los pagos directamente a JP Morgan sin pasar por la entidad de Mauricio.

La corte inglesa dictaminó entonces que (i) el término “beneficiario efectivo” debe recibir un significado fiscal internacional que no derive del Derecho interno de los estados contratantes. Es decir, la corte inglesa decidió excluir cualquier significado del término bajo las propias leyes inglesas e indonesias; (ii) el concepto de “beneficiario efectivo” es incompatible con el de dueño meramente formal que no disfruta “el privilegio de beneficiarse directamente del ingreso”; (iii) el que meramente administra un ingreso no puede ser considerado como el “beneficiario efectivo” del mismo; y que (iv) una compañía interpuesta sin otra función más que desembolsar y pagar lo mismo que recibe, no puede ser considerada como la “beneficiaria efectiva”.

La Corte decidió que ni siquiera la sociedad de Mauricio era el “beneficiario efectivo” de los intereses que había estado recibiendo de Indofood. Es decir, según la Corte, las autoridades fiscales de Indonesia estaban en todo su derecho, con la estructura original, de negar a la sociedad de Mauricio la reducción de la retención bajo el convenio entre los dos estados.

Canadá: Prévost Cart Inc. (2009)¹⁰– Dividendos

Incluí esta sentencia en la disertación para cerrar con ella la relatoría sobre casos que lidian con el concepto de “beneficiario efectivo”. Es un caso importante porque trae una visión alternativa a la plasmada en los otros tres referidos con anterioridad. Hay dos sentencias en este caso: la primera, una decisión del 22 de abril de 2008 dictada por la Corte Tributaria de Canadá (“CTC”); y la segunda, la confirmación de la primera por parte de Corte Federal Canadiense de Apelaciones (“CFCA”), del 26 de febrero de 2009. Las dos decisiones se refieren al tratamiento de compañías holding como “beneficiarios efectivos”.

10. *The Queen v. Prévost Cart Inc.*, 2009 FCA 57.10.

Los hechos fueron los siguientes: una sociedad holding constituida en Holanda recibió dividendos, en el período 1996-2001, de una subsidiaria canadiense que poseía en un 100%. Las autoridades fiscales canadienses concluyeron que la subsidiaria canadiense no podría aplicar la tasa de retención menor prevista en el tratado entre Canadá y Holanda (1987), porque interpretaron que los “beneficiarios efectivos” de los dividendos eran realmente los accionistas de la sociedad holandesa: Henlys (residente en el Reino Unido) y Volvo (residente en Suecia).

Los tribunales canadienses, sin embargo, sí consideraron al holding holandés como el “beneficiario efectivo”. Después de consultar su Derecho interno, bibliografía de la OCDE y la sentencia del caso *Indofood* arriba referido más dos opiniones de expertos en Derecho holandés (Van Weeghel y Raas); la CTC produjo un ceñido concepto de “beneficiario efectivo” que se aparta de las interpretaciones de los otros tres casos referidos en esta disertación. La CTC se apartó de su Derecho interno (país de la fuente) y en tal sentido no tomó en consideración las reglas anti-abuso de su legislación, sino que interpretó el término “beneficiario efectivo” desde la perspectiva del Derecho interno holandés (país de residencia del receptor). Al interpretar, la CTC vio el término como una regla tributaria de atribución de ingresos y no como una norma anti-abuso para evitar el “*treaty-shopping*”. Según el Derecho holandés, la compañía holding era la dueña de los dividendos -a pesar de su mínima sustancia económica por no tener oficina ni empleados – cuyos dividendos se reflejaron en su estado de ganancias y pérdidas y, hasta su distribución, constituyeron un activo y eran prenda común de

los acreedores del holding holandés. No existía una obligación predeterminada del holding de distribuir los dividendos tan pronto los recibiera. Así, la CTC decidió que el holding holandés era el “beneficiario efectivo” de los dividendos para los propósitos del artículo 10(2) del tratado entre Holanda y Canadá.

Como resultado de la apelación interpuesta por la administración tributaria canadiense, la CFCA ratificó la sentencia de la CTC y enfatizó que la decisión de esta última estuvo basada primordialmente en los Comentarios de la OCDE y en el “*Conduit Company Report*” de la OCDE. En tal sentido, muy importante, la CFCA rechazó que se le dé una interpretación económica al término “beneficiario efectivo” porque ello podría convertir al término en una cláusula anti-abuso muy amplia y vaga.

Conclusión preliminar: Del análisis comparado de la jurisprudencia extranjera en materia de tratados para evitar la doble tributación, deducimos lo siguiente: el término “beneficiario efectivo”, en el contexto fiscal de los tratados cuyo propósito es evitar la doble tributación, esto es, la armonización de potestades tributarias entre estados contratantes, se conceptualiza como (i) una regla fiscal anti-abuso que persigue identificar realidades de tipo económico y toma en cuenta el Derecho interno del país de la fuente pagadora para evitar el “*treaty-shopping*”; o, como (ii) una regla tributaria de atribución de ingresos que conceptualiza el término con contenido “internacional” y que atiende al Derecho interno del país de residencia del receptor del pago por concepto de regalía, intereses y dividendos, para identificar el carácter de “beneficiario efectivo”.

2. ACUERDOS ENTRE GOBIERNOS PARA LA COOPERACIÓN Y EL INTERCAMBIO DE INFORMACIÓN FISCAL

Ya sea que el acuerdo se concrete en un contrato bilateral entre gobiernos, tal como el “Acuerdo entre el Gobierno de la República de Panamá y el Gobierno de los Estados Unidos de América para la Cooperación fiscal y el intercambio de información en materia de impuestos” celebrado en Washington, D.C. el 30 de noviembre de 2010¹¹; o mediante el artículo de intercambio de información fiscal de un tratado para evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal en materia de impuesto sobre la renta¹², tal como los que ha firmado Panamá durante los últimos 2 años, lo cierto es que el propósito de la obligación de intercambio de información es la asistencia y cooperación entre estados para la administración y aplicación de la legislación fiscal interna de cada una de las Partes.

Llama poderosamente la atención que ni el artículo 25 del Modelo de Convenio de la OCDE para evitar la doble tributación ni el texto entero del articulado del modelo de acuerdo para el intercambio de información fiscal, también de la OCDE, utilizan el término “beneficiario efectivo”. Y tiene sentido que así sea, porque el propósito de dichas disposiciones no es armonizar el poder tributario de dos estados contratantes, sino perseguir la evasión fiscal según se le dibuje en cada legislación interna. En el mismo orden de ideas, para el propósito específico de evitar el fraude fiscal según la legislación interna de cada uno de los estados contratantes, tampoco es relevante el concepto de residencia utilizado en las legislaciones internas ni en los convenios

entre estados. Este clausulado da derecho a los estados contratados a pedir información relativa a personas que pudieren, incluso, no ser residentes de ninguno de ellos, pero que sí está en poder o al alcance del estado requerido.

Este articulado tiene un fin policivo-fiscal, de cooperación investigativa en torno a procedimientos internos de determinación tributaria y de persecución de conductas ilícitas según la legislación fiscal del estado requirente. El propósito central de este articulado no es de armonización tributaria.

Igualmente interesante, sin embargo, es que el canje de notas interpretativo entre los Estados Unidos y Panamá, en la nota 5(a) específicamente, utiliza el término “propietarios sustanciales-substantial owners”, refiriéndose al escenario en que las acciones de una sociedad anónima sean propiedad de otra sociedad anónima y la obligación de los agentes residentes de las entidades panameñas de tener dicha información de identificación de las personas participantes en una cadena de propiedad. Interpretamos que el alcance de dicho término queda expuesto en el artículo 5(4)(b) del Acuerdo entre Panamá y Estados Unidos: “información sobre la propiedad de todas las personas que componen una cadena de propiedad; en el caso de los fideicomisos, información sobre los fideicomitentes, fiduciarios y beneficiarios y en el caso de las fundaciones, la información sobre los fundadores, los miembros del consejo

11. Ver artículo 1 del “Acuerdo entre el Gobierno de la República de Panamá y el Gobierno de los Estados Unidos de América para la Cooperación Fiscal y el Intercambio de Información en Materia de Impuestos”.

12. Por ejemplo, el artículo 25(1) del “Convenio entre la República de Panamá y Barbados para Evitar la Doble Imposición y Prevenir la Evasión Fiscal en Materia de Impuesto sobre la Renta”.

fundación y los beneficiarios”. El “propietario sustancial” es el contribuyente, el que Estados Unidos considere como tal según su legislación interna y que esté siendo investigado.¹³

Conclusión preliminar: De todo lo expuesto anteriormente inferimos que:

- a. Cuando el propósito ha sido evitar la doble tributación, (ii) el término “beneficiario efectivo” ha sido utilizado internacionalmente como regla anti-abuso en contra de la conducta conocida como “treaty-shopping”, en cuyos casos las cortes han utilizado la legislación interna del país de la fuente o una concepción de naturaleza internacional; y (ii) el término “beneficiario efectivo” ha sido utilizado también como regla fiscal para la atribución de ingresos, en cuyo caso se ha utilizado la legislación del país receptor para determinar el carácter de propietario.
- b. Cuando el propósito es facilitar la identificación de un contribuyente en torno al cual se está llevando a cabo el proceso administrativo de determinación tributaria, o que pudiera estar incurrido en conductas evasoras, el término “beneficiario efectivo” tendrá siempre el alcance que todo el arsenal de normas anti-abuso y “treaty-shopping”, normas de determinación tributaria en general, y normas calificativas de ilícitos fiscales, le otorguen según el Derecho interno del estado requirente de la información. Nos queda claro igualmente que en este contexto el concepto de residencia no es relevante. Por lo tanto, cuando nos acercamos a la arena de los ilícitos tributarios, que conlleven o no responsabilidad penal, llegamos a las normas de Derecho interno del estado requirente para darle concepto al término “beneficiario efectivo”.

3. EL TÉRMINO “BENEFICIARIO EFECTIVO – BENEFICIAL OWNER” EN LA LEGISLACIÓN FISCAL INTERNA DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA

En vista que Panamá celebró recientemente un acuerdo con los Estados Unidos para el intercambio de información fiscal, resulta sumamente pertinente para nosotros entender el contenido del término “beneficiario efectivo” en la legislación fiscal interna de los Estados Unidos de América, puesto que es con base en dicha legislación que las autoridades fiscales estadounidenses llevan a cabo la determinación de las obligaciones de sus contribuyentes y llevan a cabo los requerimientos de información a otros gobiernos con quienes tienen suscritos acuerdos de cooperación fiscal.

Debemos comenzar diciendo que los Estados Unidos grava con el impuesto sobre la renta al

“beneficiario efectivo”, que no es el que recibe el ingreso sólo a fines formales ni tampoco, necesariamente, quien lo recibe en primera instancia y lo devenga según la contabilidad financiera.

El Internal Revenue Service (“IRS”), la autoridad fiscal federal en los Estados Unidos, define el “beneficiario efectivo” a efectos de la declaración de retenciones que deben llenar los agentes de retención cuando realicen pagos de fuente estadounidense a personas no residentes (Form 1042-S), de la siguiente manera: en lo que se refiere a pagos distintos a aquellos para los cuales se solicite un porcentaje de retención menor bajo el amparo de un tratado para evitar

13. Este mismo sentido se le atribuye al alcance del artículo 5(4)(b) en el comentario técnico 50 al Modelo de Acuerdo para el Intercambio de Información Fiscal de la OCDE. Es relevante destacar que en dicho comentario la OCDE utiliza en inglés el término “beneficial ownership”, mismo término que utiliza en su versión en inglés de los artículos 10 al 12 del Modelo de Convenio para evitar la doble tributación.

la doble tributación, el “beneficiario efectivo” del ingreso es, generalmente, la persona que según la ley fiscal de los Estados Unidos debe incluir dicho ingreso dentro de su renta bruta en una declaración de impuestos, lo cual deja por fuera a los testaferros, representantes, custodios o entidades transparentes para fines fiscales.¹⁴

De manera que el término asume significado según las propias reglas fiscales internas de atribución de ingresos de los Estados Unidos, y con base en esas reglas, los Estados Unidos solicitan información fiscal a sus contrapartes en acuerdos para el intercambio de información fiscal y fuera del marco de tratados para evitar la doble tributación, salvo en lo que se refiere el artículo 26 de dichos tratados (intercambio de información fiscal)¹⁵.

Actualmente, las reglas sobre retenciones en los Estados Unidos se aplican mediante un sistema de auto-certificación. Así, un inversionista no residente en los Estados Unidos que aspira a que no se le aplique una retención sobre ingresos de fuente estadounidense, debe suministrar al agente de retención estadounidense una certificación contenida en el formulario W-8 del IRS, declarando su estatus de extranjero no residente.

Existen 4 tipos de formularios W-8. Tres de ellos están diseñados para ser suministrados por el

“beneficiario efectivo” al agente de retención estadounidense: (i) W-8BEN¹⁶, que debe ser suministrado al agente de retención con relación a ingresos de fuente estadounidense pero que no provienen de una actividad comercial activa dentro de los Estados Unidos sino de renta pasiva para el no residente; (ii) W-8ECI, que debe ser suministrado al agente de retención con relación a ingresos de fuente estadounidense y que provienen de una actividad comercial activa dentro de los Estados Unidos y por lo tanto dichos ingresos deben incluirse en la declaración de rentas del “beneficiario efectivo” en los Estados Unidos; (iii) W-8EXP, que debe ser suministrado al agente de retención por organizaciones exentas o gobiernos extranjeros. El cuarto tipo de formulario W-8 es el (iv) W-8IMY, que debe suministrar el receptor de un pago de fuente estadounidense cuando lo recibe en calidad de intermediario y por cuenta del “beneficiario efectivo” no residente en los Estados Unidos. El formulario W-8IMY debe ir acompañado del correspondiente W-8BEN, W-8ECI o W-8EXP, según el caso.

Conclusión preliminar: El término “beneficiario efectivo” en la legislación interna de los Estados Unidos que atiende al flujo transfronterizo de riqueza cumple, primordialmente, con una finalidad atributiva de ingresos para identificar al sujeto que ha de tributar en los Estados Unidos sobre dichos ingresos y con base en las reglas estadounidenses de determinación tributaria.

14. La definición prosigue para describir los casos de fideicomisos (“trusts”) y sociedades de personas (“partnerships”) pero para nuestra disertación basta con lo expuesto.

15. Específicamente el artículo 26 del Modelo de Convención para evitar la doble tributación que utiliza los Estados Unidos de América.

16. Por ejemplo, el W-8 BEN es el formulario que deben suministrar los ahorristas extranjeros no residentes en los Estados Unidos para evitar que el banco estadounidense pagador de los intereses les retenga el 30% de dichos intereses. Según el Código de Renta Interna de los Estados Unidos, todos los pagos correspondientes a ingresos fijos, determinables, anuales o periódicos (“FDAP income”), de fuente estadounidense, y que se realicen a extranjeros no residentes, están sujetos a 30% de retención, a menos que el agente de retención pueda demostrar al IRS que el “beneficiario efectivo” del pago es elegible para una exención o para un porcentaje menor de retención bajo algún tratado. Los intereses derivados de depósitos bancarios, el llamado “portfolio interest” y las ganancias de capital por la venta de bienes muebles (incluyendo valores) por parte de no residentes están exentos de retención desde 1984. Ver sección 871(a), (h) e (i); y sección 865(a)(2) del Código de Renta Interna de los Estados Unidos. Estas exenciones se ven directamente afectadas por el FATCA (nuevo Capítulo 4 del Código de Renta Interna de los Estados Unidos).

Foreign account tax compliance act (FATCA)

nuevo sistema de retenciones para intermediarios financieros extranjeros

El 18 de marzo de 2010 fue promulgado un nuevo capítulo 4 del Código de Renta Interna de los Estados Unidos (nuevas secciones 1471, 1472, 1473 y 1474 de dicho código), el cual contiene la Ley de Cumplimiento para Cuentas Extranjeras, llamada FATCA por sus siglas en inglés. Mediante FATCA, el Congreso de los Estados Unidos estableció un nuevo régimen de requerimientos de información a instituciones financieras extranjeras (bancos, centrales de valores, casas de valores, fondos mutuales, etc.), cuya vigencia comenzará el 1 de enero de 2013. Recientemente, el 8 de febrero de 2012, el Departamento del Tesoro publicó 388 páginas contentivas de regulaciones (con carácter de propuestas – no definitivas) que desarrollan la aplicación de los 4 artículos del código arriba referidos, en lo que concierne a los deberes de las instituciones financieras extranjeras.

El objetivo de este nuevo régimen es desincentivar la evasión fiscal por parte de ciudadanos estadounidenses y residentes estadounidenses, en general, que utilicen cuentas off-shore para camuflar inversiones. Esta legislación es un resultado directo del enfoque de los Estados Unidos en combatir la evasión de impuestos que se instrumenta utilizando cuentas off-shore. Se propuso como un mecanismo para remediar las deficiencias en los métodos actuales utilizados por el IRS y el Departamento de Justicia de los Estados Unidos para identificar a ciudadanos y residentes estadounidenses con cuentas off-shore y complementar el actual programa de Intermediarios Calificados (“Qualified Intermediaries”) del IRS.

Para tal fin, se establece un régimen de retenciones que obliga a los pagadores estadounidenses de ingresos fijos, determinables, anuales o periódicos (“FDAP income”), o de ingresos por la enajenación de valores emitidos en los Estados Unidos; a retener el

30% de los ingresos brutos que se paguen por estos conceptos a instituciones financieras extranjeras. La institución financiera extranjera puede evitar las retenciones si celebra un acuerdo jurídicamente vinculante con el IRS, convirtiéndose en una entidad participante, en virtud del cual se comprometa a suministrarle a dicha autoridad fiscal, información que identifique a los “beneficiarios efectivos” de cuentas que sean personas estadounidenses, así como información sobre dichas cuentas. Las cuentas cubiertas por el FATCA son las denominadas por dicha ley como “US Accounts” y las define en general como aquellas cuentas financieras cuya propiedad directa o indirecta pertenece a un residente, ciudadano o persona jurídica estadounidense cuyos títulos no coticen en el mercado de capitales.

FATCA tendrá un impacto directo y profundo en las instituciones financieras panameñas que tengan (i) inversiones en los Estados Unidos, y (ii) cuentahabientes estadounidenses. El impacto se magnifica por el efecto cascada en las transacciones financieras internacionales que fluyen a través de varias entidades. Cada vez que una institución financiera panameña reciba o efectúe un pago sujeto a retención, se verá impactada por el FATCA, teniendo en cuenta que bajo la ley fiscal estadounidense una institución financiera extranjera participante en el sistema FATCA recibirá el tratamiento de agente de retención y se le adjudicará las responsabilidades legales que tienen los agentes de retención en los Estados Unidos. Tomemos en cuenta que FATCA es una ley estadounidense con alcances transfronterizos unilateralmente impuesta por los Estados Unidos, y que obliga a las instituciones financieras extranjeras a pesar que estas últimas, a su vez, también están reguladas por leyes locales de las jurisdicciones en que funcionan. FATCA obliga a estas instituciones financieras extranjeras a obtener, verificar y transmitir información al IRS, cerrar cuentas de aquellas personas consideradas como “recalcitrantes” (rebeldes) o retener el 30% de impuesto sobre la renta estadounidense en los pagos que se le hagan a estos cuentahabientes

contumaces. Obviamente, estas obligaciones impuestas por el FATCA entran en conflicto directo con las legislaciones locales de las instituciones financieras extranjeras, incluyendo la ley panameña que obliga a mantener la confidencialidad de la información de los clientes y abstención de suministro de información salvo a autoridades competentes en Panamá para solicitarla. Más aún, la retención en Panamá de un impuesto extranjero requeriría, al menos, consentimiento previo de los clientes afectados.

Las instituciones financieras extranjeras se verán en la situación de tener que escoger entre cumplir o no con los requerimientos del FATCA. Aquellas instituciones financieras que deseen continuar invirtiendo, por cuenta propia o de sus clientes, en los mercados de capitales estadounidenses, deberán cumplir con las obligaciones que impone el FATCA o sufrir el 30% de retención y no poder competir con aquellas instituciones que sí cumplan con FATCA. Sin embargo, los gobiernos de España, Inglaterra, Francia, Italia y Alemania, publicaron conjuntamente con el gobierno de los Estados Unidos un comunicado en el que manifiestan su disposición a explorar en el ámbito multilateral un mecanismo común para la implementación del sistema de transparencia fiscal internacional FATCA, a través de los tratados que tienen firmados entre ellos para evitar la doble tributación y para lograr el intercambio automático y rutinario de información fiscal entre dichos gobiernos. Este sistema FATCA multilateral eximiría a las

instituciones financieras radicadas en España, Inglaterra, Francia, Italia y Alemania de firmar el contrato con el IRS.

El Acuerdo de Información Fiscal suscrito entre Panamá y los Estados Unidos podría ser utilizado por los Estados Unidos para investigar aún más, en Panamá y por intermedio de la Dirección General de Ingresos, a los “Cuentahabientes Recalcitrantes” y a los cuentahabientes estado-unidenses reportados como tales por la una “Institución Financiera Extranjera Participante” radicada en Panamá (bancos, compañías de seguros, fondos de pensiones, fondos mutuales, casas de valores, custodios, administradores de inversiones y asesores de inversiones.)

Las instituciones financieras panameñas que decidan cumplir con FATCA, deberán celebrar el contrato con el Internal Revenue Service a más tardar el 30 de junio de 2013 para que la entidad panameña quede clasificada como una “Institución Financiera Extranjera Participante” y evite las retenciones de 30%.

Conclusión preliminar: El término “beneficiario efectivo” en la legislación interna de los Estados Unidos - que se ocupa del flujo transfronterizo de riqueza - cumple también con una finalidad de policía fiscal y de evitar la evasión por parte de sujetos que han de tributar en los Estados Unidos sobre dichos ingresos y con base en las reglas de determinación tributaria de los Estados Unidos.

4. RÉGIMEN DE TENENCIA INDIRECTA DE VALORES EN PANAMÁ – LOS TÉRMINOS “TENEDOR INDIRECTO” Y “PROPIETARIO EFECTIVO”

Considero apropiado atender al Régimen de Tenencia Indirecta introducido al ordenamiento jurídico panameño por el Decreto Ley 1 de 1999 (“Ley de Mercado de Valores”), modificado por la Ley 67 de 2011, justo después de haber discutido el tema FATCA. Precisamente, la Ley de Mercado de Valores, establece un régimen alternativo - al

tradicional establecido en el Código Civil y en el Código de Comercio – de propiedad sobre valores, y que se centra en el rol protagónico de los intermediarios financieros como titulares formales y fiduciarios de los derechos de los inversionistas a quienes representan y por cuya cuenta actúan en los mercados.

El propósito de este régimen alternativo se encuentra elocuentemente expuesto en el artículo 198 de la Ley de Mercado de Valores, el cual transcribimos a continuación:

“Artículo 198: Objetivos

Este Título tiene por objeto permitir la emisión de valores representados por medio de anotaciones en cuenta, así como la creación y la operación de un régimen de tenencia indirecta de activos financieros a través de cuentas de custodia conforme a estándares **que aumenten la eficiencia en la negociación de valores y faciliten la integración del mercado bursátil panameño en sistemas internacionales de custodia, compensación y liquidación de valores.**¹⁷

Se trata de un mecanismo de inmovilización de valores en manos de un tercero (custodio) que es reconocido por el emisor, en principio, como el titular formal de los derechos de dichos valores. El custodio, a su vez, registra en sus propias cuentas los cambios de titularidad según los valores se vayan negociando en los mercados, pero el emisor continúa reconociendo al custodio como titular y no lleva el registro de las negociaciones en mercado secundario sobre los valores que emitió. Es un régimen especial para imprimir agilidad, seguridad y eficiencia al mercado de capitales. Pero es premisa fundamental de este régimen que el emisor no conoce por cuenta de quien actúa el custodio – central de valores - que aparece en sus registros como titular de los derechos sobre los valores. La central de valores¹⁸, en principio, tampoco conoce quiénes son los tenedores indirectos por cuya cuenta actúan en última instancia las casas de valores que participan en la central de valores.

Vemos entonces como este régimen está basado en una cadena de interpuestas personas que

actúan en nombre propio pero por cuenta ajena, siendo el tenedor indirecto – aquel con el poder de ejercer los derechos bursátiles que dimanar del valor - el último eslabón de la cadena en la medida que esa misma persona sea también el “propietario efectivo”, según lo define la Ley de Mercado de Valores en su artículo 1:

“Artículo 49. Definiciones...

52. Cuando se use en relación con un valor, la persona o personas que, estando registradas o no como propietarias de dicho valor, tengan directamente o a través de interpósita persona derecho a recibir el rendimiento de dicho valor, a ejercer los derechos de voto en relación con dicho valor, a enajenar o disponer dicho valor o a recibir el producto de la enajenación o disposición de dicho valor. Para los efectos de determinar la cantidad de propietarios efectivos de un valor, cuando dos o más personas tengan derecho a ejercer los derechos antes mencionados en relación con dicho valor, todas esas personas se contarán como si fueran un solo propietario efectivo.

Es precisamente el “propietario efectivo”, aquél cuya intencionalidad motiva la inversión legítima en un valor para servirse de dicha inversión, el que utiliza la eficiencia del régimen de tenencia indirecta para entrar y salir del mercado respecto de un determinado valor. De la lectura de su definición legal, es mi opinión que dicho término atiende a realidades de derechos legítimamente adquiridos y no a realidades de hecho que apunten meramente al aprovechamiento económico, legítimo o no, de un valor. El término “propietario efectivo” supone derechos legítimos disfrutados económicamente y en última instancia por su indisputable titular en Derecho, no por el que tiene mera apariencia formal de propietario.

Conclusión preliminar: Claramente la Ley del Mercado de Valores no utiliza el término

17. *Resaltado nuestro.*

18. *En Panamá, LatinClear.*

“propietario efectivo” con fines fiscales sino con el propósito de definir a la persona cuyo deseo legítimo de propio lucro activa la inversión o desinversión en un valor determinado¹⁹ y que se sirve legítimamente y en última instancia de dicho valor. Insertamos el calificativo “legítimo” porque para ostentar el legítimo derecho de propiedad sobre un valor, el peculio utilizado para la adquisición de dicho valor no debe ser procedente de delito, en particular, del delito

de blanqueo de capitales y financiamiento del terrorismo. Derivamos de su propia definición, que el “propietario efectivo” puede no figurar directamente como tenedor indirecto y titular de derechos bursátiles sobre un valor, es decir, puede no ser el cliente de la institución financiera, sino otra persona que controla directa o indirectamente al cliente, o a otra persona más arriba en la cadena de propiedad; pero los derechos del “propietario efectivo” son indisputables jurídicamente.

5. PREVENCIÓN DE LOS DELITOS DE BLANQUEO DE CAPITALES Y FINANCIAMIENTO DEL TERRORISMO – EL BINOMIO “BENEFICIARIOS FINALES Y/O PROPIETARIOS EFECTIVOS”

La Ley del Mercado de Valores ordenó al regulador panameño que dictase, en coordinación con la Unidad de Análisis Financiero, normas de conducta que deben seguir las casas de valores y los corredores de valores para la prevención de actividades relacionadas con el narcotráfico u otras actividades ilícitas. En la misma línea, la Ley 42 de 2000 (“Ley 42”) estableció “Medidas para la Prevención del Delito de Blanqueo de Capitales”.

La Ley 42, en su artículo 1(1), obliga a las instituciones financieras en general, incluyendo, entre otros, a bolsas de valores, centrales de valores, casas de valores, corredores de valores y administradores de inversión, a mantener la diligencia y el cuidado conducente a impedir que sus operaciones se lleven a cabo con fondos provenientes de actividades relacionadas con el delito de blanqueo de capitales y a evitar su comisión. En tal sentido, obliga a las instituciones financieras a “identificar adecuadamente a sus clientes” y a “documentar y establecer adecuadamente el verdadero dueño o beneficiario, directo o indirecto”. Esta pieza de legislación marca diferencia entre el que es dueño y el que es beneficiario a los efectos de la prevención del lavado de dinero. Sin embargo,

en este contexto, no conceptualiza el término “dueño” ni el término “beneficiario”.

Más aún, el Acuerdo 5-2006 de la Comisión Nacional de Valores de Panamá, dictado el 9 de junio de 2006, y que desarrolla “las normas de conducta” que deberán cumplir las centrales de valores, bolsas de valores, casas de valores, corredores de valores y administradores de inversión para “la prevención del delito de blanqueo de capitales y financiamiento del terrorismo”; en ese contexto, establece la normativa respecto a la “Política Conozca al Cliente” que deben cumplir los sujetos regulados.

Estas normas del Acuerdo 5-2006 utilizan los términos “cliente”, “beneficiarios finales” y “propietarios efectivos” sin definirlos. Se establece como obligatorio solicitar a los clientes – la persona que suscribirá el correspondiente contrato con la institución financiera - a suministrar información sobre la identidad de los “beneficiarios finales y/o propietarios efectivos”. Dicha labor investigativa de identificación de “beneficiarios finales y/o propietarios efectivos” debe ser llevada a cabo con un criterio de “escepticismo profesional” por parte del sujeto regulado, establece el Acuerdo.

19. El “propietario efectivo” puede ser también una institución financiera cuando actúa, respecto de un valor, por cuenta propia y no como intermediario.

Llama poderosamente la atención que la entonces Comisión Nacional de Valores (hoy Superintendencia del Mercado de Valores) utilizó a lo largo de todo el Acuerdo 5-2006 el binomio “beneficiarios finales y/o propietarios efectivos”. Decimos binomio porque obviamente ambos términos, “beneficiario efectivo” y “propietarios efectivos” no significan lo mismo. El término “propietario efectivo” viene definido por la propia Ley del Mercado de Valores, mientras que el término “beneficiario efectivo” está huérfano de definición nuevamente, y ya no en el contexto fiscal porque estamos en el contexto del mercado de capitales. Ya vimos las dificultades con que se enfrenta la jurisprudencia fiscal internacional para definir el término “beneficiario efectivo” en su contexto, mas sin embargo, el término también es utilizado en este otro contexto de la prevención del lavado de dinero y nuevamente sin conceptualización expresa por ley o reglamento. Pareciera que para la Superintendencia del Mercado de Valores, ambos términos no son sinónimos porque podría inferirse que la condición de “propietario efectivo” presupone en una misma persona la de “beneficiario efectivo”²⁰, pero que no necesariamente será así siempre dado que el binomio contrapone dichos términos mediante la conjunción disyuntiva “o”.

En el Derecho Comparado, es ilustrativa la Tercera Directiva del Parlamento Europeo sobre Lavado de Dinero²¹. Esta directiva se aplica a un amplio espectro de personas, incluyendo instituciones financieras y ciertos profesionales como auditores, contadores, asesores fiscales, notarios, abogados, casinos y otros. En lo que se refiere a las reglas sobre Conozca a su Cliente, la Directiva también utiliza la terminología y exige identificación y verificación del “titular

real – beneficial owner” y el entendimiento de la propiedad y estructura de control del cliente en adición a los procedimientos básicos de identificación de un cliente. Ahora bien, la Directiva sí define el término “titular real – beneficial owner”, y se refiere a la persona natural que “en última instancia” es dueña o controla al cliente y/o la persona natural por cuya cuenta se lleva a cabo una transacción. Así, vemos que el Parlamento Europeo definió al término “titular real – beneficial owner” enfatizando que siempre será una persona física. Una persona jurídica no es “titular real – beneficial owner” en el contexto de esta normativa para prevenir el lavado de dinero, exceptuando las sociedades que coticen en un mercado regulado y que estén sujetas a requisitos de información de Derecho comunitario o a normas internacionales equivalentes.²²

Conclusión preliminar: En virtud de lo anterior, nos ratificamos en nuestra posición de que el término “propietario efectivo” definido por la Ley del Mercado de Valores, obedece a derechos patrimoniales indisputables, añadiendo además que según nuestro parecer el término “beneficiario efectivo” - indefinido como está pero utilizado con profusión en la referida normativa “Conozca a su Cliente” de la entonces Comisión Nacional de Valores de Panamá - atiende al rango muy amplio de realidades fácticas para apuntar hacia la persona natural que se aprovecha económicamente de un valor, y que dichas realidades incluyen no sólo aprovechamientos legítimos en virtud de derechos patrimoniales indisputables, sino que también pueden referirse a realidades de hecho apartadas del Derecho. Es decir, entendemos que caben las circunstancias, en este contexto terminológico

20. Al utilizar “y/o”, la Comisión prevé la posibilidad de que el “propietario efectivo” “y” el “beneficiario efectivo” sean la misma persona; pero también prevé la posibilidad de que exista solo el “beneficiario efectivo” mas no el “propietario efectivo”, puesto que también utiliza la disyuntiva “o” para separarlos y contraponerlos.

21. Directiva 2005/60/EC del Parlamento Europeo, del 26 de octubre de 2005.

22. Sin embargo, la Directiva no distingue entre dueño/propietario y mero beneficiario, sino que ambos conceptos los incluye en el término “titular real”.

23. Ver opinión 3-2009 de la Comisión Nacional de Valores de Panamá (10 de junio de 2009). Se utiliza el término “beneficiario” repetidas veces pero sin abordar su contenido y definición. Está disponible en la página web de la Comisión Nacional de Valores de Panamá.

de la prevención del lavado de dinero en el mercado de capitales, en que no exista un “propietario efectivo”, un verdadero y legítimo dueño, directo o indirecto en última instancia, pero si un “beneficiario efectivo” que disfruta de hecho y económicamente de un patrimonio sin que pueda llamársele dueño legítimo. Son precisamente estas últimas situaciones,

aquellas situaciones en que las condiciones de “propietario efectivo” y “beneficiario efectivo” no convergen en la misma persona física, las que están llamadas a detectar las normas de debida diligencia de “Conozca a su Cliente”²³: las situaciones en que un mero beneficiario de hecho pretende aparecer como propietario de Derecho.

6. CONCLUSIONES

Propuesta para la interpretación armonizada del término “beneficiario efectivo” en Panamá

Si hemos reconocido la relevancia del término “beneficiario efectivo” a la luz de toda la historia jurisprudencial y normativa que arrastra su definición, en distintas jurisdicciones y contextos, necesariamente debemos reconocer la controversia interpretativa que lo enmarca.

Panamá está tejiendo una red de tratados para evitar la doble tributación para ponerse a tono con la transparencia fiscal que exige la OCDE como estándar internacional, y además, tiene suscrito un acuerdo para el intercambio de información fiscal con los Estados Unidos de América. En paralelo, los Estados Unidos ha promulgado el FATCA - cuya vigencia comienza el 1 de enero de 2013 - para perseguir los enriquecimientos no declarados de sus residentes fiscales y ciudadanos camuflados en cuentas off-shore. Adicionalmente, Panamá es un centro financiero internacional que debe cumplir con estándares internacionales para la prevención del lavado de dinero. En todos estos contextos, tiene preponderancia el contenido que se le dé internamente en Panamá al término “beneficiario efectivo”, así como el entendimiento que debemos tener en Panamá del significado que se le da al mismo en otras jurisdicciones

y, particularmente, en los Estados Unidos de América vista la próxima vigencia de FATCA.

Ante la indefinición actual del término “beneficiario efectivo”, consideramos conveniente proponer la siguiente guía interpretativa para Panamá:

- a. **En el contexto armonizador de los tratados para evitar la doble tributación:** el término debería conceptualizarse como una regla de atribución de ingresos de carácter internacional; y que en tal sentido, que atienda al Derecho interno del estado contratante del receptor del pago para identificar al “beneficiario efectivo”. Que sean las reglas mercantiles del estado de residencia del receptor las que determinen si dicho receptor debe registrar el ingreso como propio, en cuyo caso ha de ser considerado como “beneficiario efectivo” del mismo; tomando en cuenta para ello las normas internacionales para la elaboración de estados financieros, independientemente de que el receptor del pago deba tributar o no sobre dichos ingresos en el estado contratante que le sirva de residencia fiscal. No debería conceptualizarse el término “beneficiario efectivo” como una norma anti-abuso contra el “treaty-shopping”, toda vez que dicha postura lleva el término al campo

23. Ver opinión 3-2009 de la Comisión Nacional de Valores de Panamá (10 de junio de 2009). Se utiliza el término “beneficiario” repetidas veces pero sin abordar su contenido y definición. Está disponible en la página web de la Comisión Nacional de Valores de Panamá.

del Derecho tributario interno del país de la fuente y de su arsenal interno de normas de determinación tributaria, lo cual puede disminuir la aplicabilidad de los tratados.

- b. En el contexto del articulado para el intercambio de información fiscal, contenido tanto en tratados para evitar la doble tributación como en los acuerdos entre gobiernos para el intercambio de información fiscal:** tratándose de normas contractuales para cooperar con el otro estado signatario en la persecución de sus evasores, está claro que el término asumirá el contenido que el estado requirente le adjudique al mismo para fines tributarios. En el escenario de los Estados Unidos de América, país con el cual Panamá tiene suscrito un acuerdo para el intercambio de información fiscal, el significado de dicho término será el que la legislación fiscal estadounidense le dé, siendo Panamá el país requerido y obligado a suministrar la información en la medida que la solicitud de los Estados Unidos se enmarque dentro de los parámetros del acuerdo. Respecto de la eventualidad que sea Panamá el país requirente, en el canje de notas no quedó plasmado que el concepto de “propietario sustancial-substantial owner” fuese una inquietud para Panamá.
- c. En el contexto FATCA:** por ser FATCA una ley fiscal interna de los Estados Unidos de América, aunque con alcances transfronterizos, el significado del término “beneficiario efectivo” será el que la ley fiscal estadounidense le otorgue. Es un escenario inusual, en que el resto del mundo financiero - dada la importancia de los mercados de capitales de los Estados Unidos – está obligado a conocer, entender y cumplir las normas fiscales internas de los Estados Unidos, incluyendo su arsenal de normas
- anti-diferimiento. Al ser Panamá un centro financiero con más de 60 licencias de casas de valores otorgadas, y perfilándose como el hub de valores de Centro y Suramérica, no podemos demorar el monitoreo y entendimiento de FATCA. El FATCA afectará a los intermediarios panameños y en última instancia a sus clientes.
- d. En el contexto de las normas para la prevención del blanqueo de capitales:** el llamado es a una definición del término por parte de la hoy Superintendencia del Mercado de Valores, dejando claro que el “propietario efectivo y/o beneficiario efectivo” será siempre una persona natural, salvo en el caso de las sociedades que coticen en bolsas autorizadas, siguiendo la línea del Parlamento Europeo. Dada la importancia central del término “beneficiario efectivo” en la normativa panameña para la prevención del blanqueo de capitales, el mismo no debería permanecer sin clara definición. En tal sentido, debería quedar claro para el intérprete que el cliente es tenedor indirecto; que el cliente puede o no ser “propietario efectivo”; que el “propietario efectivo” siempre será el “beneficiario efectivo”, pero que el “beneficiario efectivo” pudiere no ser “propietario efectivo” en aquellos casos que los aparentes derechos patrimoniales estén viciados por el origen o destino de los fondos sobre los cuales versen. Un traficante de drogas puede ser “beneficiario efectivo” pero nunca debería ser considerado “propietario efectivo” de bienes provenientes de delito, de ahí que su esfuerzo estará en simular y adoptar la apariencia de “propietario efectivo” según se define dicho término en la Ley del Mercado de Valores en Panamá.
- e. Como reflexión final:** Debemos reconocer que el término “beneficiario efectivo” ha sido importado de legislaciones extranjeras

24. *Que, en nuestra opinión, debería apuntar hacia una persona natural, salvo cuando se trate de sociedades que coticen en una bolsa de valores*

y que internamente se encuentra sin definición en Panamá. Para darle contenido al término, es indispensable atender primero al contexto en el que ha de ser utilizado y no pretender extrapolar el contenido fiscal que le demos, eventualmente, al contexto cuyo propósito sea la prevención del lavado

de dinero; ni viceversa²⁴. Sin embargo, tanto en el ámbito fiscal como en el ámbito de prevención del delito de blanqueo de capitales, el término impacta profundamente desde distintos flancos a los mercados de capitales, localmente en Panamá e internacionalmente.

7. BIBLIOGRAFÍA

EVERY JONES, John F. et al: The Origins of Concepts and Expressions Used in the OECD Model and their Adoption, 249, nota 65 (2006).

BAKER, Philip: Possible Extension of the Beneficial Ownership Concept, 20-24 (2008).

CANADA, Federal Court of Appeals, The Queen v. Prévost Cart Inc., 2009.

ESTADOS UNIDOS, Tax Court, Aiken Industries v. Commissioner, 56 T.C. 925 (1971)

ESTADOS UNIDOS, Model Income Tax Convention of November 15, 2006.

INGLATERRA, English Court of Appeals (Civil Division), Indofood International Finance Ltd. V. JP Morgan Chase Bank N.A. (2006)

NACIONES UNIDAS, Model Tax Convention, (1999).

OECD, Model Tax Convention on Income and Capital, (2010).

OECD Model Agreement on Exchange of Information on Tax Matters, (2002)

PARLAMENTO EUROPEO, Directiva 2005/60/EC, 26 de octubre de 2005.

REINO DE ESPAÑA, Audiencia Nacional, SAN de 26 de marzo de 2007.

REPÚBLICA DE PANAMÁ, LEY N° 40 DE 2011, Acuerdo entre el Gobierno de la República de Panamá y el Gobierno de los Estados Unidos de América para la Cooperación Fiscal y el Intercambio de Información en Materia de Impuestos, Gaceta Oficial N° 26767 de 2011.

REPÚBLICA DE PANAMÁ, Comisión Nacional de Valores, Opinión 3-2009, 10 de junio de 2009.