



Universidad de Chile
Facultad de Derecho
Departamento de Derecho Internacional

LOS CONVENIOS PARA EVITAR LA DOBLE TRIBUTACIÓN
INTERNACIONAL: HACIA UN CONCEPTO DE BENEFICIARIO
EFECTIVO

**Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y
Sociales**

Autores

EUGENIO GONZÁLEZ DE PEÑA
SERGIO PABLO HENRÍQUEZ GUTIÉRREZ

Profesor guía Carlos Dettleff Beros

Santiago, Chile, Junio 2011

TABLA DE CONTENIDO

INTRODUCCIÓN.....	1
CAPÍTULO I: LA DOBLE TRIBUTACIÓN INTERNACIONAL.....	6
1. Origen del fenómeno de la Doble Tributación Internacional.	6
2. Concepto.	7
2.1. La doble tributación económica.....	8
2.2. La doble tributación a nivel interno.....	9
3. Causas de la doble tributación internacional.....	10
3.1. Factores de Conexión o criterios de sujeción fiscal.....	10
a) Factores de conexión personales:.....	11
b) Factores de conexión reales:.....	11
3.2. Conflicto entre factores de conexión personales y reales.....	12
3.3. Conflicto entre factores de conexión reales.....	12
3.4. Conflicto entre factores de conexión personales.....	12
4. Métodos para evitar la doble tributación.....	13
4.1. Método de la Deducción.....	13
4.2. Método de la Exención.....	15
4.3. Método del crédito o de la imputación de impuestos extranjeros.....	17
4.4. Método del <i>Tax Sparing</i>	19
5. Mecanismos para la eliminación o disminución de la doble tributación internacional.....	20
5.1. Mecanismo unilateral.....	20
5.2. Mecanismos bilaterales o multilaterales.....	21
CAPÍTULO II: CONVENIOS PARA EVITAR LA DOBLE TRIBUTACIÓN INTERNACIONAL.....	23
1. Concepto.....	23
2. Propósito de los CDTI.....	23
3. Relación entre los CDTI y la normativa interna de los países.....	25
4. Principales modelos de CDTI.....	27
4.1. El modelo Pacto Andino.....	27
4.1.1. Principio general.....	28
4.2. El modelo de las Naciones Unidas (ONU).....	29
4.2.1. Principio general.....	29
4.3. El modelo de Estados Unidos.....	30
4.4. El modelo de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE).....	30
5. Estructura básica de los CDTI.....	32

CAPÍTULO III: LA INTERPRETACIÓN DE LOS CONVENIOS PARA EVITAR LA DOBLE TRIBUTACIÓN INTERNACIONAL33

1. Importancia.....	33
2. Aplicabilidad de la Convención de Viena Sobre el Derecho de los Tratados a los convenios en materia tributaria.....	33
3. Los Artículos 31 a 33 de la Convención de Viena Sobre el Derecho de los Tratados.....	34
3.1. El principio general de interpretación: El artículo 31 de la CVDT.....	34
3.1.1. Interpretación de buena fe.....	35
3.1.2. Primacía del texto.....	36
3.1.3. Objetivo y fines.....	37
3.2. Artículo 31 N° 2. El elemento sistemático.....	38
3.3. Artículo 31 N°3. Otros elementos a tener en consideración.....	39
3.4. Artículo 31 N° 4. El sentido especial de los términos utilizados.....	40
3.5. Medios de interpretación complementarios.....	41
3.6. Tratados suscritos en dos o más idiomas.....	42
3.7. Otros elementos de interpretación.....	43
4. Normas de interpretación establecidas en los distintos modelos de CDTI...44	44
4.1. Artículo 3(2) del modelo OCDE.....	44
4.1.1. Expresiones no definidas en el convenio.....	45
4.1.2. Remisión al Derecho interno.....	46
4.1.3. El contexto.....	47
4.2. Interpretación estática y dinámica.....	48
4.3. Los Comentarios al modelo OCDE.....	50
5. Interpretación en el Modelo Pacto Andino.....	53
6. Interpretación en el Modelo ONU.....	54
7. Interpretación en el Modelo de EEUU.....	54

CAPÍTULO IV: HACIA UN CONCEPTO DE BENEFICIARIO EFECTIVO.....57

1. El uso inapropiado de los CDTI.....	57
2. <i>Treaty shopping</i>.....	59
2.1. Concepto de <i>treaty shopping</i>	60
3. El abuso de los CDTI: Evasión y Elusión.....	61
3.1. Criterio para identificar al <i>treaty shopping</i> con el fraude a la ley.....	65
4. Estructura básica de <i>treaty shopping</i>.....	67
4.1. Modalidades de <i>treaty shopping</i>	68
4.1.1. <i>Direct conduit companies</i>	68
4.1.2. <i>Stepping stone conduits</i> o <i>indirect conduit companies</i>	69
4.2. Objeciones al <i>treaty shopping</i>	71
4.3. Argumentos a favor del <i>treaty shopping</i>	72
5. Medidas contra el <i>treaty shopping</i>.....	74
5.1. Normativa interna <i>anti-treaty shopping</i>	75
5.2. Normas chilenas contra la evasión y su relación con las normas de este tipo establecidas en los CDTI.....	78
5.3. Las normas contra el <i>treaty shopping</i> comprendidas en los CDTI.....	81

5.3.1.	El concepto de persona y residencia.	82
5.3.2.	Las cláusulas de limitación de beneficios (LOB <i>clauses</i>).	83
5.3.3.	<i>Look-through approach</i> (o levantamiento del velo).	83
5.3.4.	<i>Channel aproach</i>	84
5.3.5.	<i>Subject to tax approach</i>	85
5.3.6.	<i>Exclusion approach</i>	85
5.3.7.	Cláusula general de buena fe.	87
5.3.8.	<i>Amount of tax provision</i>	87
5.3.9.	<i>Stock Exchange provision</i>	87
5.4.	La cláusula de limitación de beneficios en el Convenio modelo de Estados Unidos.	88
5.4.1.	Estructura de la cláusula de limitación de beneficios.	89
5.5.	La cláusula de beneficiario efectivo.	91

CAPÍTULO V: LA CLÁUSULA DE BENEFICIARIO EFECTIVO.....92

1.	Función de la cláusula.....	92
2.	Origen del concepto.	93
2.1.	La teoría de la propiedad económica en el Derecho Alemán.....	96
3.	Evolución del concepto de beneficiario efectivo.....	97
3.1.	Convenio modelo OCDE de 1977 y sus Comentarios.	97
3.2.	El Reporte sobre Sociedades Instrumentales o Conductores de 1986.	99
3.3.	Cambios al modelo OCDE de 1995 y 1997.	101
3.4.	Los Comentarios al modelo OCDE de 2003.	102
3.5.	Comentarios al modelo OCDE de 2005, 2008 y 2010.	104
4.	Ámbito de aplicación en el Modelo OCDE.....	105
4.1.	Dividendos.	105
4.2.	Intereses.	106
4.3.	Regalías.....	107
5.	Ámbito de aplicación en el Modelo de Estados Unidos.....	108
6.	Ámbito de aplicación en el Modelo de la ONU.....	108
7.	Objeto de la cláusula.	109
7.1.	Dividendos.	109
7.1.1.	“Cláusula Chile”.....	111
7.2.	Intereses.	112
7.3.	Cánones o Regalías.....	113

CAPÍTULO VI: LA INTERPRETACIÓN DEL CONCEPTO DE BENEFICIARIO EFECTIVO..... 115

1.	Consideraciones generales.....	115
2.	El concepto de beneficiario efectivo como concepto autónomo de carácter internacional.	116
3.	El concepto de beneficiario efectivo en el derecho anglosajón.	117
4.	El concepto de beneficiario efectivo en los Comentarios al modelo de la OCDE y en el Reporte sobre sociedades conductoras de 1986.....	118
5.	Beneficiario efectivo y las sociedades <i>stepping stone conduit</i>.	123

6. El concepto de beneficiario efectivo en la doctrina y la jurisprudencia.	125
7. El concepto en la jurisprudencia internacional.	127
7.1. Caso Aiken.....	128
7.1.1. Los hechos.....	128
7.1.2. La resolución de la Corte. Comentarios.....	130
7.2. Caso <i>Indofood</i>	131
7.2.1. Los hechos.....	132
7.2.2. Comentarios al fallo.....	133
7.3. Caso <i>Prevost</i>	135
7.3.1. Los hechos.....	135
7.3.2. Comentarios al fallo.....	136
7.4. Caso <i>Bank of Scotland</i>	137
7.4.1. Los hechos.....	137
7.4.2. Comentarios al fallo.....	138
7.5. Caso <i>Royal Dutch</i>	140
7.5.1. Los hechos.....	140
7.5.2. Comentarios al fallo.....	142
7.6. Otros fallos destacados.....	143
8. El concepto en la jurisprudencia administrativa.	145
8.1. La definición en la <i>Technical Explanation</i>	145
8.2. Análisis de la Directiva 2003/49/CE sobre fiscalidad de los intereses y cánones.....	147
8.3. Análisis de la Circular N° 601 emitida por la autoridad tributaria China.	151
8.4. Circular N° 57 de 2009.	154
8.4.1. Personas excluidas: Agentes y Mandatarios.....	155
8.4.2. Sociedades instrumentales.....	156
8.4.3. Valor interpretativo de la Circular.....	157
8.5. Circulares N° 32 de 2001 y N° 16 de 2009.....	158
9. Definición del concepto en los CDTI.	159
10. Significado del concepto de beneficiario efectivo propuesto.	161
CONCLUSIONES.....	165
BIBLIOGRAFIA.....	170

INTRODUCCIÓN

Producto de la globalización y de la apertura de los mercados a nivel internacional, diariamente se llevan a cabo miles de transacciones en todo el mundo, lo que a su vez implica que el dinero se encuentre constantemente pasando de una mano a otra, incluso muchas veces, de un país a otro.

Sin embargo, al participar en estas transacciones personas y empresas de diversas nacionalidades, pueden surgir una serie de problemas. Uno de éstos dice relación con el fenómeno de la doble tributación internacional, toda vez que tanto los países donde estas personas residen, como los países en donde se llevan a cabo estas transacciones, pueden imponer impuestos o tributos sobre las rentas que tales transacciones generen.

Dicho fenómeno representa una seria barrera al comercio internacional, incrementando los costos asociados a negocios de este tipo, de modo que los actores económicos se ven impedidos o desalentados de llevarlos a cabo, incidiendo negativamente en el flujo de inversiones entre los distintos países.

Producto de esta situación, comenzaron a adoptarse una serie de medidas para aplacar sus efectos. En este contexto, el ideal es lograr que no exista mayor diferencia entre una transacción de carácter local respecto de una de carácter internacional. Es decir, la carga impositiva total en ambos escenarios debe tender a ser idéntica o al menos similar.

Para ello, primero, desde un punto de vista nacional o interno, muchos países legislaron en el sentido de establecer normas que beneficiaran a sus contribuyentes que percibieran rentas del exterior sobre las cuales se hayan visto obligados a pagar

impuestos en otros países. Por ejemplo, es recurrente que las distintas legislaciones dispongan de créditos o incluso exenciones por aquellos impuestos que sus residentes soporten en el extranjero.

No obstante, estos esfuerzos no han sido suficientes para disminuir sustancialmente los efectos adversos de la doble tributación internacional. Esto ocurre, entre otras razones, porque muchas veces los créditos son insuficientes o porque se hacen distinciones entre rentas sobre las cuales se otorgan créditos y otras no susceptibles de créditos. Por lo anterior, la comunidad internacional ha decidido adoptar instrumentos de carácter internacional, ya sean multilaterales o bilaterales, con el objeto de aliviar efectivamente dichos efectos.

Dentro de este contexto, han proliferado los denominados convenios para evitar la doble tributación internacional. Estos instrumentos tienen por objeto reducir las cargas tributarias, ya sea eliminando o reduciendo las tasas de impuestos, en el país fuente de la renta o en el país de residencia de los contribuyentes.

Ahora bien, debido a la complejidad técnica que conlleva la elaboración y celebración de un tratado de esta naturaleza, han sido organismos de carácter internacional, los cuales cuentan con profesionales especialistas en la materia, quienes han establecido modelos de convenio sobre los cuales los países se basan para celebrar tratados de carácter bilateral. Así, en la actualidad existe el modelo de las Naciones Unidas, el modelo de la Comunidad Andina de Naciones e incluso un modelo propio de Estados Unidos.

Sin embargo, el modelo que mayor aceptación y utilización ha tenido, es aquel diseñado por la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE). De hecho, este es el modelo que Chile ha seguido en todos sus acuerdos, salvo el convenio suscrito con Argentina. Por tanto, centraremos el análisis en las disposiciones del Convenio OCDE.

Como señalábamos anteriormente, estos convenios establecen ciertos beneficios tributarios, que implican ya sea una reducción o derechamente una eliminación de impuestos en el país fuente de la renta o en el país de residencia de los contribuyentes. Esto constituye, por un lado, un verdadero incentivo al comercio internacional, pero por otro lado, ha significado la proliferación de sociedades meramente instrumentales que se constituyen con el solo objeto de aprovechar dichos beneficios. Este abuso a los tratados se conoce en la doctrina internacional como *treaty shopping*.

Con el propósito de evitar que en estos casos se apliquen los beneficios tributarios respectivos, los modelos de convenio contienen provisiones especiales, dentro de las cuales, especialmente en lo referido a la tributación de dividendos, intereses y regalías, destaca por su difusión y relevancia la “cláusula de beneficiario efectivo”.

De acuerdo con ésta, para que se apliquen los beneficios establecidos en los convenios, el residente en uno de los Estados contratantes y que percibe las rentas o rendimientos, debe ser el beneficiario efectivo de las mismas. En otras palabras, si el beneficiario efectivo de las mismas es un residente de un tercer país no contratante, entonces se denegarán los beneficios respectivos.

Sin embargo, determinar con exactitud que debe entender por “beneficiario efectivo” es una tarea ardua, la cual, hasta el día de hoy no tiene resultados positivos, lo que ha implicado que la utilización de dicha cláusula se vea reducida en la práctica a pesar de su amplia inclusión en los convenios.

Por todo lo anterior, es que en esta tesis pretendemos abordar las interpretaciones que existen sobre el concepto, así como revisar las decisiones tanto administrativas como judiciales que hagan referencia al tema, siempre poniendo énfasis en el punto de vista chileno.

Con este objeto, estudiaremos en el Capítulo I al fenómeno de la doble tributación internacional, haciendo referencia a los métodos que se han implementado para

evitarla. Esto, desde un punto de vista nacional como internacional, toda vez que en la actualidad la mayor parte de las legislaciones internas, incluyendo la chilena, contienen normas que tienen por objeto subsanar los efectos nocivos de dicho fenómeno, como también encontramos normas de este tipo a nivel internacional.

Dentro de este contexto, nos avocamos en el Capítulo II, y atendiendo a los métodos internacionales para evitar la doble tributación, atendiendo al estudio de las principales características de los diversos modelos de convenio, enfocándonos en las diferencias que separan a uno y otro.

Luego, en el Capítulo III y IV, nos dedicamos al estudio de dos aspectos de gran relevancia que se relacionan con la aplicación de dichos tratados. En primer término, nos referimos a las normas y principios que rigen la interpretación de los convenios, para luego enfocarnos en los abusos de los cuales han sido objeto, y más específicamente en el fenómeno del *treaty shopping*. Sobre esto último, nos adentraremos en el análisis de las medidas que se han adoptado para luchar contra el uso inapropiado de los convenios.

En este sentido, y como herramienta contra el mencionado *treaty shopping*, es que en los Capítulos V y VI tratan sobre el concepto de beneficiario efectivo, haciendo referencia a su origen, evolución y aplicación dentro de los convenios, como a sus posibles interpretaciones.

Ahora bien, lejos de estimar concluido el tema con la exposición, análisis crítico y toma de postura respecto de las cuestiones mencionadas, el presente trabajo pretende examinar, igualmente, el posicionamiento de las instancias administrativas y judiciales en lo que concierne a la interpretación y aplicación del concepto de beneficiario efectivo.

Examinaremos y evaluaremos críticamente el concepto de "beneficiario efectivo" en las diversas instancias en que se ha planteado. Asimismo, realizaremos una serie de recomendaciones respecto de cómo el concepto debe ser traducido y entendido en

orden a resolver la actual incertidumbre que reina sobre el tema. El objeto es desarrollar clarificaciones que sean aplicables internacionalmente y dentro de lo mismo, propondremos una interpretación que favorezca la armonía internacional y la aplicabilidad de los Convenios para evitar la doble tributación.

CAPÍTULO I: LA DOBLE TRIBUTACIÓN INTERNACIONAL

1. Origen del fenómeno de la Doble Tributación Internacional.

Cada Estado es plenamente soberano para crear y determinar el alcance de su propia legislación. En dicho contexto, los países tienen el derecho de dictar las leyes tributarias que estime conveniente, aún si estas normas no pueden ser aplicadas en la práctica¹.

Imaginemos, por ejemplo, que México dicta una ley tributaria mediante la cual establece que se gravarán con una tasa de 15% las rentas obtenidas por aquellas personas residentes en Argentina por sus rentas de fuente argentina. De acuerdo a lo señalado, México es plenamente soberano para dictar una ley con esas características, aunque en la práctica ésta no reciba aplicación alguna.

De acuerdo a lo señalado por Roy Rohatgi, hay quienes consideran que un Estado no tiene restricciones en cuanto a su derecho a cobrar impuestos, y que puede ser ejercido sin consideración a otros Estados, en tanto exista un nexo válido que permita al Estado cobrarlo. Por tanto, agrega, el derecho de un país a cobrar impuestos está fundado en el hecho de existan *factores de conexión* que así lo permitan².

Estos factores de conexión vinculan al contribuyente con un Estado en particular. Dentro de estos podemos considerar la nacionalidad, domicilio o residencia del contribuyente o el lugar donde se desarrolle su actividad económica, entre otros.

¹ Para Cocivera, el poder tributario es la manifestación más saliente de la soberanía del Estado. COCIVERA, B. *Principi de diritto tributario*. Milán, 1959. Pág. 102. En: LÓPEZ, Carlos María. Incidencia del derecho internacional general en materia tributaria, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, 2005. Pág. 16.

² ROHATGI, Roy. Principios básicos de Tributación Internacional. Colombia, Legis, 2008. Pág. 28.

El problema radica en el hecho que respecto a un mismo hecho, dos o más Estados pueden, soberanamente, cobrar impuestos similares o análogos, de acuerdo a los diversos factores de conexión que establezcan sus leyes tributarias.

2. Concepto.

El concepto de “doble tributación internacional” tiene diversas acepciones y es utilizado, a menudo, para describir distintas situaciones. Por otro lado, no existe una definición legal de ésta, ya sea a nivel de derecho interno o en el derecho internacional. Tampoco existe uniformidad de criterio por parte de la doctrina o la jurisprudencia.

Arnold y McIntyre definen a la doble tributación internacional como la “aplicación de impuestos similares por parte de dos o más estados soberanos respecto del mismo hecho gravado, sobre el mismo sujeto y en el mismo período tributario”³.

El destacado autor español JOSÉ Manuel Calderón señala que existe doble imposición internacional cuando “(...) dos o más entes jurídico-públicos autónomos dotados de poder tributario independiente a nivel internacional yuxtaponen impuestos idénticos o análogos sobre un mismo hecho imponible realizado en un mismo momento temporal, gravando al mismo contribuyente y objeto imponible (...)”⁴.

Por último la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (en adelante e indistintamente OCDE) ha señalado que “la doble imposición internacional puede definirse de forma general como el resultado de la aplicación de impuestos similares en dos o más Estados a un mismo contribuyente por un mismo hecho gravado en un mismo período de tiempo”⁵.

³ ARNOLD, Brian J. y MCINTYRE, Michael J. International Tax Primer. Holanda, Kluwer Law International, 1995, Pág. 35.

⁴ CALDERÓN CARRERO, José Manuel, “La doble imposición internacional y los métodos para su eliminación”, Ed. McGraw Hill, España, 1997. Pág. 109.

⁵ OCDE. Model Tax Convention on Income and on Capital, condensed version. Paris, Francia. 2010. Pág. 7.

Las definiciones recién dadas establecen ciertos elementos mínimos que deben darse para que se entienda que exista doble tributación internacional propiamente tal o doble tributación jurídica, a saber:

- i) Dos o más países que apliquen un impuesto de naturaleza análoga.
- ii) Que dichos impuestos sean soportados por un mismo sujeto pasivo.
- iii) Que dichos impuestos se apliquen sobre un mismo hecho gravado.
- iv) Identidad en cuanto al período tributario.

Si bien existe cierta uniformidad respecto a la necesaria concurrencia de estos elementos, no siempre resulta una tarea fácil identificar cuando nos encontramos realmente frente a una situación de doble tributación internacional. Por ejemplo, puede ocurrir que dos países apliquen un impuesto sobre un mismo sujeto pasivo, pero que dicho impuesto no tenga la misma naturaleza jurídica.

2.1. La doble tributación económica.

Muchas veces se comete el error de confundir el concepto recién visto, con el de doble tributación económica como también con el de la doble tributación a nivel interno.

Desde un punto de vista económico, se puede definir a la doble tributación como “aquella situación que ocurre cuando existe múltiple tributación sobre la misma fuente económica⁶”. Se puede apreciar que el concepto económico es mucho más amplio que el concepto de doble tributación internacional propiamente tal. De esta manera, puede ocurrir que sobre un mismo caso exista doble tributación desde un punto de vista económico, pero no desde un punto de vista jurídico.

⁶ ARNOLD, Brian J. “et. al.”, op. cit. Pág. 36.

Si bien son conceptos similares, la doctrina coincide en que la principal diferencia entre la doble imposición económica y la doble tributación internacional propiamente tal, radica en que en la primera no existe identidad del sujeto pasivo del impuesto⁷.

Un ejemplo clásico de doble tributación económica citada por la doctrina es aquel que se produce cuando simultáneamente se grava con impuesto un dividendo a nivel de la sociedad, y luego se grava el dividendo cuando es percibido por el socio de esa sociedad. Se puede apreciar en este caso que hay claramente una falta de identidad subjetiva, puesto que existen dos sujetos pasivos diversos, a saber, la sociedad propiamente tal y el socio de la sociedad.

A pesar de la distinción entre el concepto estricto de doble tributación internacional y el concepto de doble tributación económica, es común que se presenten ambos fenómenos coetáneamente. A propósito, Calderón cita como ejemplo el caso en que una sociedad italiana repartiese dividendos a un socio español. Este último soportará sobre tales dividendos un impuesto en la fuente (Italia) y otro en la residencia (España). Dichos dividendos habrán soportado tanto el impuesto sobre sociedades italiano junto con el impuesto español sobre los socios al integrarse a la base imponible del socio⁸.

2.2. La doble tributación a nivel interno.

Existe doble tributación a nivel interno cuando un mismo contribuyente es gravado por dos o más impuestos análogos, por un mismo hecho gravado y en el mismo período de tiempo por dos o más entes públicos pertenecientes a un mismo Estado.

Este último elemento lo diferencia del concepto estricto de doble tributación que ya hemos venido dando, toda vez que no hay en este caso dos o más Estados

⁷ PLAGNET, B. "Droit Fiscal International", Lictec, Paris, 1986, Pág. 56.

⁸ CALDERÓN CARRERO, José Manuel, op. cit. Pág. 113.

independientes y soberanos que apliquen un impuesto similar sobre un mismo sujeto pasivo.

3. Causas de la doble tributación internacional.

Como ya hemos dicho, el fenómeno de la doble tributación radica principalmente en el hecho que cada Estado, soberanamente, puede establecer los tributos que le parezca necesario respecto de cada hecho imponible. En otras palabras, cada país puede establecer libremente los factores de conexión que estime. De esta manera, un mismo hecho imponible puede estar sujeto a tributación de acuerdo a la normativa interna de dos o más Estados distintos en la medida que estos establecen distintos criterios o factores de conexión.

3.1. Factores de Conexión o criterios de sujeción fiscal.

De acuerdo a lo ya señalado, existen diversos factores de conexión o de sujeción fiscal. Cada Estado puede aplicar soberanamente cualquiera de estos factores, de manera que un hecho imponible quedará sujeto a la legislación de un país determinado, toda vez que exista un factor de conexión que así lo determine.

A propósito, el profesor Pedro Massone ha señalado que “(...) para que una relación o situación pueda sujetarse a la jurisdicción de un Estado, es necesario que la relación o situación tenga un mínimo de conexión con el orden jurídico de este Estado, por ejemplo la residencia, domicilio o nacionalidad de los sujetos envueltos”⁹.

En este sentido, el profesor Osiel González ha señalado que “los sistemas tributarios deben determinar *a priori* las reglas a partir de las cuales se van a gravar las rentas de acuerdo a criterios de vinculación económica efectivos con su jurisdicción y

⁹ MASSONE PARODI, Pedro. “La Doble Tributación Internacional o los Convenios para evitarla”, Edeval, Valparaíso, 1997. Pág. 12.

sancionarlas por la vía legal”¹⁰. Agrega que dichas reglas que vinculan una renta con el poder tributario de un Estado son los denominadas criterios o factores de conexión.

a) Factores de conexión personales:

Dice relación con aspectos personales del contribuyente. Podemos establecer como factores de conexión personales, entre otros, la residencia o domicilio, la nacionalidad, y el lugar de constitución de una persona jurídica.

En este sentido, es común que los Estados graven las rentas obtenidas por sus residentes independientemente del lugar donde estas se obtengan. A modo de ejemplo, el artículo 3 de la Ley sobre Impuesto a la Renta de Chile (en adelante e indistintamente LIR) establece que “(...) toda persona domiciliada o residente en Chile, pagará impuestos sobre sus rentas de cualquier origen, sea que la fuente de entradas esté situada dentro del país o fuera de él (...)”. Es decir, Chile grava a sus domiciliados o residentes por sus rentas de fuente mundial.

b) Factores de conexión reales:

Dicen relación con el origen o localización de los bienes o derechos que producen una renta. Podemos señalar como factores de conexión reales el lugar del pago, entre otros, el lugar donde se desarrolla una actividad, el lugar donde se producen los efectos de un acto y el lugar donde se encuentra ubicada una cosa.

Como ya lo hemos señalado, la doble tributación internacional puede producirse toda vez que dos o más Estados impongan sobre un mismo contribuyente criterios o factores de sujeción distintos produciéndose de esta manera, un conflicto de criterios.

¹⁰ GONZÁLEZ, Osiel. Los convenios para evitar la doble imposición suscritos de acuerdo al modelo de la Organización para la Cooperación y del Desarrollo Económico. Tesis (Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales). Santiago, Chile. Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 2005. Pág. 15.

Estos “conflictos” respecto a los criterios de conexión se pueden clasificar de la siguiente manera:

3.2. Conflicto entre factores de conexión personales y reales.

Este ocurre cuando un residente en un Estado obtiene rentas en otro Estado y ambos países gravan dichas rentas.

A modo de ejemplo podemos señalar el caso de una persona natural residente (factor de conexión personal) en un Estado A que recibe una renta de arrendamiento de un bien ubicado en un Estado B (factor de conexión real).

3.3. Conflicto entre factores de conexión reales.

En este caso dos o más Estados sujetan a tributación a la misma persona aplicando criterios de conexión reales diversos.

Por ejemplo, una persona natural residente en un Estado A cede el uso de una marca a otra persona natural residente en el Estado B. El Estado A grava la renta que recibe la persona residente toda vez que considera que dicha marca se encuentra ubicada en su territorio. El Estado B también grava esta renta pues la fuente pagadora, es decir el arrendatario, se encuentra dentro de su territorio. En este caso, podemos ver que existe un conflicto entre un criterio de ubicación del bien (territorialidad) y el criterio de la fuente pagadora.

3.4. Conflicto entre factores de conexión personales.

De los conflictos de conexión este es el menos recurrente. Ocurre cuando dos o más Estados, aplicando criterios de sujeción personales, gravan con impuesto a una misma persona.

Por ejemplo, una persona natural residente en el Estado A se traslada durante 3 meses en un año al Estado B. El Estado A grava sus rentas de fuente mundial y el Estado B también grava sus rentas de fuente mundial, puesto que considera residentes a todos aquellos que permanecen durante 3 meses ininterrumpidamente en su territorio.

4. Métodos para evitar la doble tributación.

Producto de las consecuencias económicas que trae aparejado el fenómeno de la doble tributación internacional, como por ejemplo el ser una barrera para las inversiones, los países se han visto en la necesidad de avocarse a la búsqueda de soluciones que permitan mitigar en cierta medida estos efectos.

Actualmente, no existe consenso a nivel internacional respecto de cual o cuales mecanismos sean los más apropiados y efectivos para llevar a cabo esta tarea. Sin embargo, existen 3 métodos que son los más utilizados por las diversas legislaciones. Cada Estado puede escoger la aplicación de uno de estos métodos o una combinación de estos, a saber:

4.1. Método de la Deducción.

Este método es considerado como aquel que representa un menor beneficio para el contribuyente. Fue utilizado principalmente por algunos países cuando recién estaban formando sus sistemas tributarios antes de la Segunda Guerra Mundial, sin embargo, hoy en día está prácticamente en desuso, siendo considerado por algunas legislaciones como un método alternativo o complementario al método crediticio que veremos más adelante.

Consiste principalmente en que el Estado grava a sus residentes por sus rentas de fuente mundial, pero a la vez les permite *deducir* de su base imponible los impuestos pagados en el extranjero.

A modo de ejemplo podemos citar el caso en que un residente del Estado A obtiene ingresos por \$100 en el Estado B. Al ser este un ingreso de fuente extranjera, va a ser gravado primeramente en el Estado B y luego en el Estado A, puesto que este último grava sus rentas de fuente mundial. La tasa de impuesto en el Estado B es de un 30%, y por lo tanto el contribuyente deberá pagar \$30. Luego, el sujeto deberá reconocer el ingreso (\$100) en su país de residencia, el cual lo grava con una tasa de 50%. Sin embargo, como este Estado aplica el método de la deducción, permitirá rebajar de la base imponible los \$30 pagados en el extranjero. De esta manera, deberá aplicar la tasa de 50% sobre \$70 (\$100 - \$30), debiendo pagar \$35 en su país de residencia. En total el contribuyente pagará \$65 (\$30 + \$35), es decir, debió soportar una tasa efectiva de 65%.

Arnold critica este método puesto que su efecto real es que el contribuyente deba soportar una tasa efectiva mucho mayor a la tasa aplicada por su país de residencia. Como resultado de lo anterior, dicho método crea una predisposición a llevar a cabo inversiones a nivel local en desmedro de aquellas inversiones a nivel internacional y sólo pudiese justificarse desde el punto de vista del interés nacional del Estado del cual el contribuyente es residente¹¹.

Se puede apreciar de esa manera, que el método de la deducción no representa una solución efectiva a la doble tributación internacional. Como tal, es un método que recibe escasa aplicación en la actualidad y que es utilizado por algunos países que están sujetos a impuesto por rentas percibidas en el extranjero y sobre las cuales no pueden aplicar alguno de los otros métodos.

¹¹ ARNOLD, Brian J. MCINTYRE, Michael J. op. cit. Pág. 40.

4.2. Método de la Exención.

Este método consiste principalmente en que el país de residencia del sujeto grava con impuesto sus rentas de fuente nacional, estableciendo una exención sobre sus rentas de fuente extranjera. De esta manera, la renta obtenida en el exterior será gravada únicamente en el país fuente de ésta.

Este método es de los más utilizados en la actualidad y es reconocido como uno de los más favorables para el contribuyente, toda vez que la renta va a estar sujeta a tributación solamente en un país.

En el caso de Chile, podemos encontrar la utilización de éste en el Convenio para evitar la Doble Imposición entre Chile y Argentina, el cual establece que sólo el Estado de la fuente puede gravar las rentas, las cuales se encuentran exentas en el otro Estado (de residencia)¹².

Se pueden encontrar al menos dos variantes de la exención como método para eliminar la doble tributación:

- a) Exención con cláusula de progresividad: En esta modalidad, la renta de fuente extranjera se incluye dentro de la base imponible del impuesto a nivel local, pero solamente con el objeto de determinar el impuesto “promedio” que hubiese tenido que pagar el contribuyente si es que el total de sus rentas fueran de fuente nacional.

Para ilustrar lo anterior, citaremos como ejemplo el caso en que una persona natural residente en un Estado A obtiene \$100 como renta de fuente nacional y otros \$100 como renta de fuente extranjera. Supongamos

¹² El Artículo 4° de dicho CDTI establece que “Independiente de la nacionalidad o domicilio de las personas y del lugar de celebración de los contratos, las rentas, ganancias o beneficios de cualquier naturaleza (...) sólo serán gravables en el Estado Contratante en que tales rentas, ganancias o beneficios tuvieren su fuente productora (...)”.

que dicho Estado establece una tasa de impuesto progresiva, la cual implica que respecto de esos primeros \$100 la tasa alcanza el 20% y sobre los segundos \$100 la tasa alcanza el 40%. De acuerdo a esta modalidad, hay que sumar ambas rentas como si fueran de fuente nacional, aplicando la tasa progresiva antes dicha. Esto resulta en que los primeros \$100 se gravan con 20% (\$20) y los segundos \$100 con una tasa de 40% (\$40). En total la carga alcanza los \$60, lo que implica que la tasa “promedio” es de 30%. Esta tasa “promedio” será finalmente la aplicable a los \$100 de fuente nacional (\$30). Los otros \$100 de fuente extranjera se encuentran exentos. A diferencia de esta modalidad, de acuerdo al método de la exención puro y simple, contribuyente sólo estaría sujeto a impuesto por los \$100 de fuente nacional con una tasa del 20% (\$20).

- b) Exención condicional: Esta modalidad consiste en que el Estado de residencia del contribuyente aplicará el método de la exención únicamente en la medida que dicha renta sea efectivamente gravada en el extranjero. La condición también puede estar dada por la exigencia de que exista reciprocidad.¹³

Se puede observar que el método de la exención es relativamente simple y puede ser administrado y fiscalizado con cierta facilidad por las autoridades tributarias. Las modalidades, en especial la cláusula de progresividad, implican mayor dificultad tanto para contribuyentes como para el ente fiscalizador respectivo.

Por otro lado, este método ha fomentado la utilización de países con baja tributación o incluso nula tributación (paraísos tributarios), con el objeto de aplicar la exención sobre sus rentas de fuente extranjera y luego tener una baja tributación en su país de residencia, en este caso, un paraíso tributario.

¹³ El artículo 9 de la Ley sobre Impuesto a la Renta de Chile establece una exención para las rentas oficiales obtenidas por representantes diplomáticos o consulares de naciones extranjera en Chile, en la medida que los países a los cuales estos representan se concedan iguales o análogas exenciones a los representantes diplomáticos o consulares de Chile.

4.3. Método del crédito o de la imputación de impuestos extranjeros.

De acuerdo a este método, sobre los impuestos de fuente mundial que deba soportar un contribuyente en un Estado determinado, éste podrá imputar o deducir los impuestos análogos pagados en el exterior sobre la misma renta.

Por ejemplo, si una persona natural residente en el Estado A paga en el extranjero impuesto por \$100 y luego en su país de residencia paga impuestos por \$500, éste podrá imputar o deducir esos \$100 pagados en el exterior. De esa manera, la carga total efectiva será de \$400 en su país de residencia. ($\$500 - \100).

Se puede observar, que bajo esta modalidad no se elimina por completo la doble tributación internacional, pero se morigeran sus efectos. Asimismo, implica un menor sacrificio económico para el Estado de residencia del contribuyente en comparación con el método de la exención.

De acuerdo a lo señalado por el profesor González, el método de la imputación puede implementarse fundamentalmente a través de dos vías¹⁴:

- a) Imputación íntegra: de acuerdo a esta modalidad, el contribuyente podrá imputar o deducir de sus impuestos pagados en su país de residencia el total de los impuestos análogos soportados en el extranjero respecto de la misma renta.
- b) Imputación ordinaria o limitada: a diferencia de la anterior, ésta modalidad establece ciertas limitaciones a la imputación que realiza el contribuyente por impuestos pagados en el exterior.

A menudo sucede que la tasa de los impuestos establecidos en el país de residencia del contribuyente es menor a la tasa del impuesto pagado en el extranjero.

¹⁴ GONZÁLEZ, Osiel. op. cit. Pág. 31.

De esa manera, y de acuerdo a las reglas recién vistas, el impuesto pagado en el exterior “absorbe” al impuesto pagado a nivel local, lo que implica un desmedro económico para el país de residencia. Incluso puede darse el caso en que el país de residencia del contribuyente deba pagarle a éste por la diferencia entre la mayor tasa soportada en el exterior y la tasa a nivel local.

Para evitar esto, gran parte de las legislaciones ha consagrado la modalidad de imputación ordinaria o limitada. De esta manera establecen ciertos límites a la imputación o deducción, evitando de esa manera que los ingresos de fuente nacional sean absorbidos por los impuestos pagados en el exterior.

Como contrapartida, en el evento que no pueda imputarse la totalidad de los impuestos pagados en el extranjero, muchos países han establecido la posibilidad de imputar el remanente a los impuestos que deban pagarse los años siguientes.

Para graficar lo anterior, asumamos que una persona natural, residente en el Estado A, está sujeto a una tasa local de 20%. En el primer año, esta persona obtiene rentas en el Estado B por \$100 con una tasa de 50%, es decir, paga \$50 en el Estado B. Estos \$50 son considerados como un crédito contra los \$30 de impuesto en el Estado A (tasa de 30% sobre los \$100). En ese año, solamente podrán imputarse \$30 del total de 50% pagado en el exterior. Si al año siguiente no obtiene rentas de fuente extranjera, podrá utilizar los \$20 como crédito contra los impuestos soportados en su país de residencia.

Si bien este método ha sido mayoritariamente acogido, no está exento de críticas. En este sentido, se puede señalar que dicho método es complejo e implica grandes desafíos para los Estados que lo apliquen. Asimismo, las legislaciones deben ser detalladas y aptas técnicamente, estableciendo con claridad diversas materias, como lo son, la naturaleza de los impuestos que puedan deducirse y sus límites.

Respecto a la legislación chilena, se ha adoptado la modalidad de la imputación ordinaria o limitada. Es así como el artículo 41 A de la LIR, aplicable a aquellas rentas

provenientes de países respecto de los cuales Chile no tiene convenios suscritos, permite acreditar contra el Impuesto de Primera Categoría, únicamente aquellos impuestos soportados sobre retiros de utilidades, distribuciones de dividendos, uso de marcas, patentes, fórmulas, asesorías técnicas y otras prestaciones similares, además de las rentas de las agencias u otros establecimientos permanente, limitando el crédito al menor valor entre la tasa de Impuesto de Primera Categoría (20% actualmente)¹⁵ y el 30% de la Renta Neta de Fuente Extranjera (RENFE).

Luego, el artículo 41 C de la LIR amplía el margen de aplicación de la norma anterior a otros impuestos pagados en el exterior, y además establece un límite mayor de imputación (sin limitarlo al menor valor del Impuesto de Primera Categoría en Chile). Por último, permite acreditar aquellos impuestos no sólo contra el Impuesto de Primera Categoría pagado en Chile, si no que contra el Impuesto Global Complementario y Adicional¹⁶.

Es recurrente, tal como lo hace Chile, que la aplicación del método crediticio varíe dependiendo si la renta proviene de un país con el cual se tiene convenio para evitar la doble tributación respecto de aquellos países con los cuales no se tiene.

4.4. Método del *Tax Sparing*.

Consiste principalmente en que el país de residencia del contribuyente le otorgue un crédito por impuestos soportados en el extranjero, los cuales por alguna razón no han sido pagados al país de la fuente de la renta.

¹⁵ La tasa de Impuesto de Primera Categoría en Chile para el año comercial 2011 es de un 20%, el que será rebajado a un 18,5% para el año comercial 2012. Luego, desde el año 2013 en adelante, la tasa será de un 17%.

¹⁶ Lo dispuesto en el artículo 41C de la LIR, es sólo aplicable respecto de las rentas provenientes de países con los cuales Chile ha suscrito Convenios para evitar la Doble Tributación Internacional.

Tal como señalan Richard Vann¹⁷, este método se crea con el objeto de que el país fuente de la renta pueda establecer beneficios tributarios, sin la preocupación que ese beneficio sea subsumido finalmente por el impuesto soportado en el país de residencia del contribuyente. En este caso, dicha situación es evitada toda vez que el país de residencia reconoce como crédito un impuesto que no ha sido soportado en el país fuente de la renta.

Esta situación puede darse, por ejemplo, como consecuencia de medidas tomadas por el país fuente que tienen por objeto incentivar la inversión extranjera por medio de la rebaja o exención total de impuestos.

5. Mecanismos para la eliminación o disminución de la doble tributación internacional.

Los métodos analizados y que tienen por objeto aliviar la doble tributación internacional, pueden ser adoptados, ya sea, unilateralmente por cada Estado consagrándolo en su propia legislación interna, o bilateral o multilateralmente a través de la celebración de Convenios para evitar la Doble Tributación Internacional (en adelante e indistintamente CDTI).

5.1. Mecanismo unilateral.

Este mecanismo se traduce en que cada país adopta de manera autónoma y soberana aquellas medidas tendientes a aliviar los efectos de la doble tributación internacional, tomando en consideración su propia realidad y necesidades. Las medidas que se adoptan, son incorporadas a la normativa interna.

De esa manera, es recurrente observar legislaciones que consagran alguna de las modalidades del método de la exención o del método del crédito o imputación, entre

¹⁷ VANN, Richard. Income tax incentives for Investment. En: THURONYI, VICTOR. Tax Law Design and Drafting, Vol.2. Washington D.C., International Monetary Fund, 1998. Pág.1013.

otros¹⁸. En mucho menor medida se ha adoptado el método de la deducción, el cual está prácticamente en desuso.

5.2. Mecanismos bilaterales o multilaterales.

Estos mecanismos se traducen principalmente en la celebración de tratados internacionales, ya sea entre dos países o entre más de dos países. El objetivo principal de estos tratados es limitar los impuestos que puedan ser cobrados por los Estados que los suscriban, cuando se den los supuestos de doble tributación internacional.

Con este objeto, los países acuerdan gravar ciertas rentas únicamente en el país de residencia o en el país fuente de la renta o también consagran dentro de sus disposiciones como métodos para evitar la doble tributación, el de la exención y el del crédito¹⁹. Otra práctica común consiste en establecer el método del *Tax Sparing*, especialmente en aquellos CDTI celebrados entre países desarrollados y países en vías de desarrollo.

Si bien, tanto en los mecanismos unilaterales como en aquellos mecanismos bilaterales o multilaterales se consagran métodos similares para aliviar la doble tributación internacional, no puede hablarse de identidad. A propósito, Calderón señala que las medidas adoptadas en los CDTI “(...) pese a inspirarse en las técnicas establecidas unilateralmente, constituyen en sí mismas un sistema diferente para dar respuesta a la doble imposición a nivel internacional”²⁰. Lo anterior se debería a la naturaleza de los convenios, los que son adoptados de manera concertada por los distintos países, sobre una base de consenso y reciprocidad. Esto permitiría a los

¹⁸ En Chile podemos destacar a modo de ejemplo lo establecido en el artículo 17 N° 7 de la LIR, el cual consagra el método de la exención al otorgar la calidad de ingreso no constitutivo de renta a las pensiones o jubilaciones de fuente extranjera. Por otro lado el artículo 41^a del mismo cuerpo legal consagra el método de la imputación al otorgar un crédito por los impuestos pagados en el extranjero contra el Impuesto de Primera Categoría.

¹⁹ Estos métodos son utilizados tanto en el modelo de CDTI de la OCDE como de la ONU.

²⁰ CALDERON, José Manuel. op. cit. Pág. 122.

países signatarios poder moldear dichos métodos de acuerdo a sus propias realidades y necesidades.

En los siguientes capítulos nos referiremos en profundidad a los CDTI; sus características principales, objetivos, aplicación e interpretación, como también sobre sus usos inapropiados.

CAPÍTULO II: CONVENIOS PARA EVITAR LA DOBLE TRIBUTACIÓN INTERNACIONAL

1. Concepto.

Los convenios para evitar la doble tributación internacional pueden ser definidos como “tratados internacionales de carácter bilateral a través de los que se encauzan y ordenan las relaciones fiscales internacionales que tienen lugar entre dos países”²¹.

Este tipo de tratados internacionales surgen a fines del siglo XIX. De hecho, el primer convenio de esta naturaleza, firmado entre Prusia y Austro-Hungría data de 1899. Recién después de la Primera Guerra Mundial, la Liga de las Naciones creó el primer modelo de tratado aplicable a nivel internacional. Desde entonces, y especialmente después de la Segunda Guerra Mundial, distintas entidades internacionales llevaron a cabo sus propios modelos de convenios.

2. Propósito de los CDTI.

El objeto de estos convenios, no es otro que el evitar o disminuir la doble tributación internacional, además de prevenir la evasión fiscal. Los Estados firmantes buscan distribuirse la potestad tributaria para gravar las rentas, estableciendo que una determinada renta sea imponible solamente en uno de los dos Estados, o bien, que es imponible en ambos, con la obligación para uno de los dos, de permitir que el impuesto

²¹ CALDERÓN, J.M “et. al.”. Convenios Fiscales Internacionales y Fiscalidad de la Unión Europea Madrid, Walters Kluwer España S.A., 2009. Pág.44

pagado en uno de los Estados sea deducible o imputable en el otro, de acuerdo a los métodos ya revisados²².

Algunos autores señalan que los CDTI no establecen ni eliminan impuestos, sino que solamente determinan la procedencia de aplicar o no los tributos existentes en las legislaciones de los Estados contratantes respecto de ciertas rentas, en algunos casos señalando tasas máximas de imposición²³.

Una razón fundamental para la suscripción de los CDTI es combatir la evasión. Los países, con miras a prevenir esta situación, acuerdan establecer mecanismos de intercambio de información. De esta manera, en caso de detectarse alguna inconsistencia por parte de la autoridad tributaria de uno de los Estados contratantes, éste tendrá derecho a pedirle al otro Estado información respecto a las operaciones cuestionadas.

Por otro lado, existen motivaciones de índole político-económicas, las cuales no están expresamente consagradas, pero que en muchos casos son más importantes que aquellas señaladas anteriormente²⁴. Por ejemplo, para aquellos países en vías de desarrollo, los cuales por lo general son importadores de capital, será importante celebrar convenios que hagan prevalecer las tasas establecidas en el país de la fuente (es decir, sus propias tasas), en desmedro de aquellas establecidas en el país de residencia. Para lograr esto, buscarán acogerse a un modelo de tratado que favorezca dichos propósitos, sin perjuicio que en la práctica aquello no ocurra con frecuencia²⁵.

²² VASCONCELLO, Fernando. La doble tributación internacional y los convenios para evitarla. Tesis (Doctorado en gestión avanzada de empresas en una economía globalizada). España, Universidad de Lleida. 2006. Pág. 4.

²³ GONZÁLEZ, Osiel. op. cit. Pág.47.

²⁴ VANN, Richard. International Aspects of Income Tax. En: THURONYI, VICTOR. Tax Law Design and Drafting, Vol.2. Washington D.C., International Monetary Fund, 1998. Pág.725.

²⁵ A propósito el modelo de convenio de la ONU establece como principio general que se privilegia la aplicación de impuestos en el país fuente por sobre país residencia. Asimismo, el CDTI firmado entre Chile y Argentina establece en su artículo 4 que “Independientemente de la nacionalidad o domicilio de las personas y del lugar de celebración de los contratos, las rentas, ganancias o beneficios de cualquier naturaleza que éstas obtuvieren sólo serán gravables en el Estado Contratante en que tales, ganancias o beneficios tuvieren su fuente productora, salvo los casos de excepción previstos en el presente Convenio”.

A pesar que en su mayoría, los CDTI no establecen regulaciones que beneficien específicamente a los países en vías de desarrollo²⁶, estos últimos igualmente han optado por suscribir este tipo de convenios. Lo anterior, con la finalidad de incentivar el intercambio comercial y la importación de capitales extranjeros, además de mejorar su imagen a nivel internacional.

Por lo general, los objetivos que se tienen a la vista al momento de celebrar un CDTI no dicen relación exclusivamente con aquellos aspectos puramente tributarios. También se busca promover la inversión, dar estabilidad a las normas tributarias, prevenir la discriminación, como asimismo mejorar la imagen del país, entre otros.

3. Relación entre los CDTI y la normativa interna de los países.

Para efectos de analizar la relación entre las disposiciones establecidas en un CDTI y el ordenamiento jurídico de cada nación, emplearemos, a modo de referencia, a la forma de implementación en nuestro país. Estudiar las distintas conjugaciones de normativa interna para la adopción de tratados es una materia que amerita por sí sola un trabajo por separado.

En Chile, para que un tratado internacional se entienda incorporado a nuestro derecho debe ser negociado por el Poder Ejecutivo, aprobado por el Congreso Nacional, ratificado por el Jefe de Estado, promulgado y publicado en el Diario Oficial, según lo establecen los artículos 32 N° 15 y 54 N° 1 de la Constitución Política de la República de Chile de 1980.

Una vez cumplidos dichos trámites, las normas de los CDTI se entienden incorporadas al ordenamiento jurídico nacional. Luego, subyace la duda respecto a una eventual supremacía legal de los Convenios por sobre las normas locales.

²⁶ Por ejemplo, el modelo OCDE concede a menudo, el derecho exclusivo de imposición al Estado de la residencia por sobre el de la fuente, lo que puede llevar a resultados desiguales que beneficien a aquellos países desarrollados que exporten bienes de capital.

A propósito, la Constitución de Chile, en su artículo 54, N°1 inciso quinto, establece que las disposiciones de un tratado sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo a las normas generales de derecho internacional.

Lo anterior, nos da a entender, tal como señala Calderón, que los CDTI “deben aplicarse imperativamente y las disposiciones internas que se opongan a contravengan lo dispuesto en los tratados internacionales, deben resultar inaplicadas a favor de lo dispuesto en tales convenios”²⁷.

A una conclusión similar arriba el Servicio de Impuestos Internos (en adelante el Servicio o SII indistintamente), al establecer que los tratados internacionales prevalecen sobre normas derogatorias, presentes y futuras, contenidas en leyes internas de alguno de los países contratantes²⁸.

Es decir, las normas establecidas en un CDTI no podrán ser derogadas por otras normas de carácter nacional o interno que sean incompatibles con los respectivos convenios, práctica que se conoce internacionalmente como “*Treaty Override*”. En ese caso, dichas normas se deben considerar inaplicables. Asimismo, aquello regulado expresamente en un tratado internacional primará por sobre la normativa actualmente vigente, respecto de las personas sujetas al Convenio y de los impuestos comprendidos por éste.

Es tener presente lo resuelto por el Servicio en la Circular N° 50 de septiembre de 2006. Dicha circular se refiere a lo dispuesto por los artículos 41 A y 41 C de la LIR, los cuales establecen un crédito por impuestos pagados en el exterior solamente respecto de las rentas que se mencionan expresamente en los artículos antes mencionados, en tanto que en los convenios suscritos por Chile el beneficio se da, en algunos casos, respecto de todas las rentas contempladas en el convenio.

²⁷ CALDERÓN, José Manuel. “et. al.” op. cit. Pág. 48.

²⁸ De acuerdo a Oficio N° 1552 de 1998, Oficio N° 3071 de 1988, Oficio N° 288 de 1996 y Circular N° 32 de 2001 del Servicios de Impuestos Internos de Chile.

Al respecto, el Servicio sigue la posición que las normas establecidas en los convenios se entienden incorporadas a la legislación nacional y éstas, además, priman por sobre las normas nacionales. De esta manera, se permitió acreditar los impuestos pagados en el extranjero por todas las rentas establecidas en el convenio respectivo, y no solamente por aquellas señaladas en los artículos 41 A y 41 C²⁹.

4. Principales modelos de CDTI.

A continuación nos referiremos a los principales modelos de CDTI que existen en la actualidad, así como sus objetivos y principios generales. Asimismo, estableceremos las principales diferencias que se dan entre estos.

4.1. El modelo Pacto Andino.

Este modelo, es aquel que fue acordado y diseñado por los países miembros de lo que actualmente se conoce como Comunidad Andina de Naciones³⁰. Dicha organización supranacional, tuvo desde sus inicios como objetivo primordial, el promover el intercambio comercial en la zona y contribuir al desarrollo económico y social de sus miembros.

Desde el punto de vista económico, los miembros del antiguo Pacto Andino, se caracterizan por ser países mono-exportadores, con un bajo ingreso per cápita y con

²⁹ En efecto, la Circular N° 50 de 2006 establece lo siguiente: “Las restricciones impuestas en la legislación interna para utilizar como crédito los impuestos pagados en el exterior y que este Servicio hizo presente en las circulares antes mencionadas, no se aplican en el caso de los convenios suscritos por Chile y que se encuentran vigentes. Para llegar a esa conclusión, se tuvo presente que en el sistema legal chileno, un convenio internacional suscrito por el Poder Ejecutivo, aprobado por el Congreso Nacional y cumplidos los requisitos de promulgación y publicación, se incorpora al orden jurídico interno con el valor de una ley, primando sobre las leyes vigentes que pudieran ser incompatibles con lo acordado en el convenio, mientras éste se encuentre vigente”.

³⁰ La Comunidad Andina de Naciones fue creada con el nombre de “Pacto Andino” en 1969, a través del acuerdo de Cartagena. Actualmente son miembros: Colombia, Ecuador, Perú y Bolivia. Chile fue miembro fundador hasta el año 1976, cuando decide retirarse de esta organización por diferencias de tipo político-económicas.

un gran volumen de importaciones de bienes de capital provenientes de las economías más desarrolladas. Bajo ese contexto, los Estados miembros decidieron diseñar un modelo de CDTI que privilegiara sus intereses, en atención al hecho de ser eminentemente importadores de capital.

4.1.1. Principio general.

Este Convenio establece el principio general de la fuente productora. Esto quiere decir que los impuestos establecidos en el Estado fuente de la renta prevalecen por sobre los impuestos existentes en el Estado de la residencia del contribuyente.

En el caso de Chile, el único CDTI que ha firmado bajo esta modalidad es aquel celebrado con Argentina. El resto de los convenios firmados por Chile y que se encuentren actualmente vigentes, siguen el modelo de la OCDE, sobre el cual nos referiremos con mayor profundidad en los siguientes numerales³¹.

El principio propiamente tal está consagrado en el propio modelo, al disponerse que “independientemente de la nacionalidad o domicilio de las personas y del lugar de celebración de los contratos, rentas, ganancias o beneficios de cualquier naturaleza que éstas obtuvieren, sólo serán gravables en el Estado en que tales rentas, ganancias o beneficios tuvieron su fuente productora (...)”³².

En otras palabras, el Estado de residencia del contribuyente no podrá gravar las rentas que éste obtenga y que tengan su fuente en el otro Estado contratante, independientemente del hecho que el país de la fuente grave efectivamente dichas rentas o no. Esto tiene como consecuencia, que muchas veces una renta cuya fuente se encuentra en uno de los países contratantes y que no se encuentre gravada por éste, tampoco podrá ser gravada en el país de residencia por aplicación del Convenio.

³¹ Al momento de redacción de esta tesis, todavía no entra en vigencia el CDTI suscrito con Estados Unidos.

³² Artículo 4 del modelo Pacto Andino.

Este principio tiene como finalidad proteger los intereses económicos y fiscales del país donde se encuentra la fuente productora de la renta, en desmedro del país de residencia del contribuyente, que por lo general, son países exportadores por excelencia.

Este tipo de modelo ha sido poco acogido a nivel internacional, principalmente porque deja en una situación desmejorada a los más desarrollados los cuales se ven impedidos de gravar las rentas obtenidas por sus residentes en el extranjero.

4.2. El modelo de las Naciones Unidas (ONU).

El “Modelo de Convención de Doble Tributación de las Naciones Unidas entre Países Desarrollados y en Vías de Desarrollo” o modelo ONU fue publicado por primera vez en 1980 y fue actualizado por última vez en 2001³³.

4.2.1.Principio general

Tal como su nombre lo dice, este es un modelo especialmente diseñado para ser acordado entre países desarrollados y países en vías de desarrollo. En consecuencia, y tal como lo señalamos a propósito del modelo Pacto Andino, se pone énfasis en la tributación basada en la fuente, en desmedro de la tributación en el país de residencia.

Por medio de este modelo, la ONU busca promover un flujo de inversión extranjera a los países en vías de desarrollo³⁴, además de equilibrar las relaciones entre los países desarrollados y subdesarrollados, debido a que los desarrollados imponen sus

³³ La ONU, a finales de la década de los setenta conformó un grupo de expertos, denominado Consejo Económico y Social (ECOSOC), del cual surgió en el año 1980, el modelo de convenio para evitar la doble imposición internacional y evitar la evasión fiscal.

³⁴ ROHATGI, Roy. op. cit. Pág.185.

condiciones a los países en vías de desarrollo, aprovechándose del interés que éstos pueden tener en atraer capital³⁵.

En la práctica este modelo ha recibido escasa aplicación, y las razones son similares a las señaladas respecto del modelo Pacto Andino. Es decir, al beneficiar al país fuente de la renta en desmedro del país de residencia, finalmente se está perjudicando a los países desarrollados, los cuales no van a estar dispuestos a celebrar este tipo de tratados.

4.3. El modelo de Estados Unidos

La última versión del modelo de convención de los Estados Unidos fue creada en 1996, y ha sido utilizado principalmente por este país en la celebración de sus tratados de doble tributación. Su contenido guarda relación tanto con la regulación impositiva interna de Estados Unidos como con sus objetivos fiscales.

En este caso, nos encontramos frente a un modelo de convenio muy similar al establecido por el OCDE. Por tanto, y tal como lo analizaremos en el siguiente numeral, este es un modelo que promueve que las rentas sean gravadas en el país de residencia, favoreciéndose así, los intereses fiscales de Estados Unidos.

4.4. El modelo de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE).

Dejamos para el final la referencia a este modelo. Esto, debido a su relevancia, puesto que desde su creación en 1963, los convenios se basan, prácticamente en su totalidad, en el modelo de la OCDE (en adelante e indistintamente el Modelo).

³⁵ ULLOA, Isis. Doble imposición internacional: Análisis jurídico en el derecho comparado. Tesis (Licenciatura en Derecho). San José, Costa Rica. Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho, 2008. Pág. 211.

Desde luego que los países miembros de esta organización han seguido en gran medida dicho Modelo al concluir o revisar sus convenios bilaterales, la gran excepción ha sido Estados Unidos. Sin embargo, el impacto de éste se ha extendido más allá del ámbito de la OCDE, al utilizarse como documento básico de referencia en las negociaciones entre países miembros y no miembros, e incluso entre países no miembros.

El gran nivel de aceptación de las disposiciones del Modelo y su incorporación a la mayoría de los convenios bilaterales ha contribuido a convertir los Comentarios a las disposiciones del Modelo en una guía ampliamente aceptada, no sin ciertos reparos, para la interpretación y aplicación de las disposiciones de los convenios existentes.

Este modelo se basa principalmente en el principio de la residencia, en desmedro de la tributación en el país de la fuente de la renta. Esto se explica fundamentalmente en el hecho que la OCDE en sus inicios era conformada exclusivamente por países exportadores de capital. Hoy en día el panorama no ha variado mayormente, aunque progresivamente se han ido incorporando países que no son exportadores de capital por excelencia, como es el caso de Chile.

Dicho principio otorga, en la práctica, un derecho ilimitado al país de residencia del contribuyente para gravar sus rentas y al mismo tiempo, limitar o eliminar el derecho que tiene el país fuente para gravar estas rentas. En caso que el país de la fuente puede gravar ciertas rentas, el país de residencia deberá adoptar medidas para aliviar la doble tributación, tales como el otorgar un crédito o establecer una exención.

En los siguientes capítulos analizaremos cuestiones relativas a la estructura, aplicación e interpretación de los CDTI. Para llevar a cabo esta tarea, usaremos como modelo básico el de la OCDE, en razón su abrumadora aplicación en la actualidad en desmedro de los otros modelos de convenio. De todas maneras, haremos hincapié en ciertas materias relevantes de los otros tipos de tratado.

5. Estructura básica de los CDTI

Tal como señalamos anteriormente, vamos a utilizar el modelo de la OCDE como base para el análisis de los CDTI. En primer lugar, haremos referencia a la estructura básica de los convenios:

- I. Capítulo I. Ámbito de aplicación (artículos 1 y 2).
- II. Capítulo II. Definiciones (artículo 3 a 5).
- III. Capítulo III. Imposición de las rentas (artículos 6 a 21).
- IV. Capítulo IV. Imposición al patrimonio (artículo 22).
- V. Capítulo V. Métodos para evitar la doble tributación (artículos 23A y 23B).
- VI. Capítulo VI. Disposiciones especiales (artículo 24 al 28).
- VII. Capítulo VII. Disposiciones finales (artículo 29 y 30).
- VIII. Capítulo VIII. Protocolo.

Esta estructura es seguida, sólo con algunas variaciones por casi todos los tratados existentes en la actualidad. El capítulo III referente a la imposición de las rentas es el más extenso, y en él se lleva a cabo una regulación pormenorizada e individual de cada una de las rentas más importantes.

Es por esto que más adelante, cuando nos avoquemos al estudio del concepto de beneficiario efectivo, se hará referencia en específico a los artículos 10, 11 y 12. Estos establecen la regulación de las rentas obtenidas por concepto de dividendos, intereses y cánones o regalías respectivamente, y son justamente aquellos artículos los que establecen la limitación de los beneficios establecidos en el convenio al beneficiario efectivo de dichas rentas.

Por último, cabe señalar que si bien el Modelo establece un principio general en cuanto a la eventual aplicación de impuestos por parte de los países firmantes, también tuvo que regular específicamente ciertas rentas, debido principalmente a la relevancia de éstas.

CAPÍTULO III: LA INTERPRETACIÓN DE LOS CONVENIOS PARA EVITAR LA DOBLE TRIBUTACIÓN INTERNACIONAL

1. Importancia.

En el presente capítulo, llevaremos a cabo un análisis de las normas básicas de interpretación de los Convenios para evitar la Doble Tributación Internacional. Para esto, nos enfocaremos en las disposiciones establecidas sobre este respecto en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (en adelante e indistintamente CVDT) y en el mismo modelo de la OCDE. Asimismo, revisaremos a modo de referencia, las normas de interpretación establecidas en el modelo Pacto Andino, ONU y Estados Unidos.

2. Aplicabilidad de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados a los convenios en materia tributaria.

En la medida en que los CDTI son acuerdos adoptados por dos o más Estados, y no entre particulares, sus normas deberán ser interpretadas de acuerdo a las disposiciones establecidas en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, la cual regula estas materias.

Esto no difiere respecto de cualquier otro tratado internacional, regido por las normas de derecho internacional público. Sin embargo, y tal como destaca la profesora Aurora Ribes, algunos sectores doctrinales han abogado por la aplicación de normas de carácter interno con el fin de interpretar estos convenios ante las dificultades técnicas de una interpretación fundada en normas de carácter internacional. No obstante, agrega que actualmente son mayoritarios los sectores doctrinales y

jurisprudenciales que se han venido pronunciando a favor de una distinción entre ambos sistemas, y en este mismo sentido, una prohibición de recurrir a las normas de derecho interno, en la medida de lo posible, a fin de interpretar normas internacionales³⁶.

Dicha posición minoritaria es sostenida entre otros por Rohatgi, quien señala que los CDTI son tratados firmados entre Estados, y por tanto, pasan a formar parte de la legislación interna de los países suscribientes, de manera que están sujetos a las reglas de interpretación aplicables tanto al derecho internacional como al derecho interno³⁷.

En definitiva, si bien existe desacuerdo en torno a la eventual aplicación de reglas internas de interpretación respecto de los CDTI, la gran mayoría de los países reconoce y adopta los mecanismos de interpretación establecidos en la CVDT, ya sea porque ha suscrito ésta, como por el hecho que la misma recoge la práctica internacional aplicable a los tratados, cristalizando los principios de derecho internacional público sobre la materia.

En el siguiente acápite revisaremos las principales reglas de interpretación establecidas en la Convención de Viena.

3. Los Artículos 31 a 33 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

La CVDT señala aquellas pautas generales que deben seguirse para interpretar tratados internacionales en sus artículos 31 a 33.

3.1. El principio general de interpretación: El artículo 31 de la CVDT.

³⁶ RIBES, Aurora. Citar. Pág. 122.

³⁷ ROHATGI, Roy. op. cit. Pág. 102.

Este artículo establece el principio general de interpretación de los tratados, al proscribir lo siguiente: “Un tratado debe ser interpretado de buena fe de acuerdo con el significado ordinario dado a los términos del tratado en su contexto a la luz de su objeto y propósito”.

De la lectura de este principio se pueden derivar ciertas ideas principales o sub-principios, sobre las cuales debe fundarse la interpretación de los CDTI, a saber³⁸:

3.1.1. Interpretación de buena fe.

El sub-principio de la buena fe es uno de los pilares fundamentales del Derecho Internacional Público, y su principal manifestación se traduce en el principio *Pacta Sunt Servanda* recogido en el artículo 26 de la CDVT³⁹.

Los tratados internacionales deben ser interpretados de acuerdo al principio de buena fe, esto es, de manera honesta, justa y razonable, de acuerdo a la intención expresa o implícita de las partes contratantes. Por tanto, la buena fe requiere de una investigación en cuanto a las verdaderas motivaciones que tuvieron las partes para celebrar un tratado en particular⁴⁰, pero teniendo presente que dichas motivaciones deben buscarse en el texto del tratado.

En este sentido, al buscarse la verdadera intención de los Estados contratantes expresada en el texto⁴¹, debe rechazarse una interpretación unilateral que tome en consideración sólo la posición de una de las partes. Para el caso particular de los

³⁸ De BROE, Luc. International tax planning and Prevention of abuse. A study under domestic law, tax treaties and EC law in relation to conduit and base companies. IBFD, Amsterdam, Holanda. 2008. Pág. 239. De Broe agrega que a pesar de estar dividido en cuatro ideas principales, estas deben ser consideradas como una sola regla general, la cual requiere de un proceso integrado de interpretación.

³⁹ Artículo 26 de la CVDT: Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe.

⁴⁰ ENGELLEN, Frank. Interpretation of tax treaties under International Law. IBFD. Amsterdam, Holanda, 2004. Pág. 131-132.

⁴¹ A lo largo de este capítulo, vamos a reiterar la idea que no debe darse crédito a la supuesta intención de las partes al momento de celebrar un determinado tratado, si es que dicha intención no está expresamente manifestada en el texto del tratado.

CDTI, lo ideal sería que existiera una interpretación en común que fuera acogida por la mayor cantidad de países posibles que siguen cada modelo⁴².

Por último, cabe señalar que al haber sido celebrados los tratados de buena fe, esto supone que cada uno de los términos adoptados tienen un significado y una aplicación. Por tanto, no es admisible una interpretación que lleve a un significado absurdo o ineficaz del tratado o de alguno de sus términos⁴³.

3.1.2.Primacía del texto.

Es claro que esta norma establece la preeminencia del texto escrito. Esto es, que la interpretación de los tratados, en este caso de tributación internacional, debe comenzar con el significado natural y ordinario de las palabras en el texto.

En este sentido, la interpretación de los tratados consiste en dilucidar el alcance del texto y no en investigar, inicialmente, la intención de las partes. Ribes considera que este principio es el correcto, toda vez que desde el momento en que las partes acuerdan el texto de un tratado, este adquiere independencia respecto de ellas. De esta manera, se evita que las partes puedan invocar con posterioridad su “verdadera intención”, lo que atentaría contra la seguridad jurídica⁴⁴.

Precisa este artículo, que el sentido ordinario y normal del texto debe buscarse en el contexto en que dicho texto se emplea, es decir, en relación con su objeto y fin. Se requiere entonces, que el tratado sea interpretado como un todo, y por tanto, el significado de las palabras debe ser coherente con el resto del texto.

Sin perjuicio de ello, el problema con este principio de interpretación, radica en el hecho de que los CDTI son tratados internacionales con un contenido altamente

⁴² DE BROE, Luc. op. cit. Pág. 242.

⁴³ FITZMAURICE, M. The practical working of the law of treaties. International Law. Oxford University Press. 200, Pág. 189 – 190. En: DE BROE, Luc. op. cit. Pág. 244.

⁴⁴ RIBES, Aurora. op. cit. Pág. 140.

técnico y complejo. Encontrar significados que sean aceptados por todos los Estados contratantes respecto de los términos establecidos en este tipo de convenios, es una tarea prácticamente imposible de llevar a cabo.

3.1.3. Objetivo y fines.

Relacionado con el principio de la buena fe, la CVDT establece como criterio de interpretación, la necesidad de determinar el contexto en que la letra del convenio se emplea, teniendo presente el objeto y fin del tratado.

Con respecto a la expresión “objetivo y fines”, debemos señalar que no dice relación con el propósito subjetivo de las partes, si no que el propósito objetivo que ha sido plasmado en el texto del tratado. De esta manera, si se interpreta una cláusula que aparentemente es clara, en un sentido distinto a los objetivos y fines del tratado, esta interpretación debe ser desechada.

A contrario sensu, un convenio debe ser interpretado de manera tal que produzca los efectos planeados por las partes, incluso si una interpretación de este tipo implica ignorar el sentido de uno o más términos aparentemente claros⁴⁵.

Normalmente, los objetivos y fines del tratado están claramente establecidos en el título del mismo, como también en su preámbulo. En este caso, por lo general los CDTI llevan como título “Convenio para evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal con relación a los impuestos a la renta al patrimonio”.

En definitiva, la interpretación de un tratado internacional debe centrarse en el texto, pero teniendo a la vista el contexto en el cual fue celebrado y los objetos y finalidades del convenio mismo.

⁴⁵ De BROE, Luc. op. cit. Pág. 248.

De la lectura de las normas de la CVDT, se concluye que no existe una jerarquía respecto de los métodos para interpretar, si no que estos deben ser aplicados en su conjunto.

Así, una interpretación puramente gramatical, tomando solamente en consideración las definiciones de los términos, normalmente llevará a una interpretación errónea de los tratados, sobre todo de aquellos tratados que utilicen conceptos técnicos como los CDTI.

3.2. Artículo 31 N° 2. El elemento sistemático.

Recién señalábamos que uno de los elementos a considerar en la interpretación de los tratados internacionales, es el “contexto”. Pues bien, el artículo 31 N° 2 de la CVDT, con la finalidad de facilitar la tarea al intérprete, establece lo que debe entenderse por “contexto”.

En efecto, el contexto comprenderá, además del texto, su preámbulo y anexos:

- i) Todo acuerdo que se refiera al tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de la celebración del tratado;
- ii) Todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado.

De la lectura de este artículo, se puede observar que la CVDT ha determinado específicamente lo que debe entenderse por contexto del tratado, restringiendo de esta manera el alcance del concepto.

La principal diferencia entre los documentos señalados en la letra i) respecto de aquellos comprendidos en la letra ii), es que los primeros tienen un alcance más general, en el sentido que se incluyen todo tipo de acuerdos relativos al tratado,

celebrados entre las partes. En cambio, los segundos se refieren a aquellos actos jurídicos unilaterales de carácter internacional, y que habiéndose celebrado por tan solo una de las partes, son aceptados o ratificados por los demás Estados parte del tratado.

La incorporación de estos documentos dentro del concepto de lo que debe entenderse por contexto, tiene por finalidad que tales instrumentos no se consideren como elementos externos a los que sólo se puede acudir cuando los términos del tratado sean oscuros o ambiguos.

3.3. Artículo 31 N°3. Otros elementos a tener en consideración.

Junto con el contexto, la CVDT en su artículo 31 N°3 establece que deberá tenerse en cuenta también:

- i) Todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones;
- ii) Toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado;
- iii) Toda forma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes.

Respecto de los primeros, esto es, aquellos acuerdos interpretativos provenientes de los mismos Estados firmantes, la doctrina los ha denominado como la interpretación auténtica de los tratados⁴⁶, que no es más que la manifestación del sentido que las partes otorgan al tratado. Cabe señalar, que estos acuerdos deben ser posteriores, puesto que de otra manera, estos formarían parte de los mismos tratados.

Otro elemento a considerar de acuerdo a la CVDT, son aquellas prácticas o conductas ulteriores de las partes respecto a la aplicación del tratado. Hay que señalar

⁴⁶ RIBES, Aurora. op. cit. Pág. 143.

que éstas deben ser generalizadas, uniformes y seguidas por todas las partes⁴⁷. Estas prácticas demuestran el acuerdo entre las partes en torno a la forma en que debe interpretarse y, por tanto, aplicarse el tratado respectivo.

Por último, este artículo señala como elemento de interpretación a considerar, a aquellas normas de Derecho Internacional que sean aplicables en esta materia. No precisa la CVDT, que debe entenderse por estas “normas de Derecho Internacional”. En este sentido, pueden considerarse dentro de este numeral, por ejemplo, a otros tratados, una sentencia que vincule a las partes e incluso reglas de carácter consuetudinario.

No obstante, esta norma no deja en claro una eventual aplicación dentro del proceso interpretativo, de otras normas de carácter internacional, que sean perfeccionadas con posterioridad al tratado respectivo. En este sentido, Ribes cree que existen razones sólidas para interpretar un tratado internacional utilizando este tipo de normas⁴⁸.

Primero, porque la misma CVDT no hace una distinción respecto al elemento temporal de las normas aplicables. Segundo, advierte que una interpretación estática, esto es, sin tomar en consideración a aquellas normas internacionales dictadas con posterioridad al tratado, podría conducir a soluciones erróneas. Al contrario, si bien una interpretación dinámica, no está exenta de riesgos, estos se atenúan con el principio de la buena fe.

3.4. Artículo 31 N° 4. El sentido especial de los términos utilizados.

El artículo 31 N° 4 de la CVDT, establece que se dará a un término el sentido especial si consta que tal fue la intención de las partes. Con este numeral, se cierra la regla general de interpretación del artículo 31.

⁴⁷ MOYANO, César. La interpretación de los tratados internacionales según la Convención de Viena de 1969. International Academy of Business Disciplines, octubre, 2005. Pág. 45.

⁴⁸ RIBES, Aurora. op. cit. Pág. 152.

Como lo hemos venido señalando, el principio básico de interpretación es la preeminencia del sentido ordinario o corriente de las palabras. Por tanto, este último numeral viene a constituir la excepción que confirma la regla. Esto es, en el evento de comprobarse que las partes han dado un sentido especial a una palabra, entonces se otorgará preferencia a dicho sentido.

Por tanto, las partes deben estar de acuerdo en darle un alcance especial a uno o más términos e idealmente establecer esto de manera expresa. De esa forma, el intérprete no tendrá duda alguna de la aplicación de este significado por sobre el natural u ordinario.

Cabe señalar, que de la lectura de esta regla se desprende el hecho que la carga de la prueba recae sobre la parte que alega el supuesto sentido especial de los términos. Es decir, el Estado que pretenda invocar este hecho, deberá contar con los elementos de prueba suficientes para acreditarlo.

3.5. Medios de interpretación complementarios.

El artículo 32 de la CVDT establece que se podrá acudir a otros medios de interpretación complementarios, en particular a los trabajos preparatorios del tratado y circunstancias de su celebración, ya sea, para confirmar el sentido resultante de la aplicación del artículo 31, o para determinar el sentido cuando la interpretación dada en conformidad con el artículo 31 deje ambiguo u oscuro el sentido o conduzca a un resultado absurdo.

Estos métodos, tienen claramente un carácter auxiliar o subsidiario de la regla general establecida en el artículo 31 de la CVDT. Dentro de los medios de interpretación complementarios pueden considerarse, tanto a los trabajos preparatorios como también a las circunstancias que rodearon la celebración del tratado. Sin

embargo, siendo esta una enumeración no taxativa, pudiesen considerarse también otras normas de interpretación.

De este modo, si la aplicación de la regla general de interpretación de los tratados lleva a un resultado razonable, entonces estos medios de interpretación complementarios no deben aplicarse o sólo recurrir a ellos para confirmar las conclusiones iniciales. Por el contrario, si la interpretación lleva a un resultado ambiguo u oscuro, entonces el intérprete tendrá pleno derecho para recurrir a estas normas.

La CVDT no establece qué debe entenderse por trabajos preparatorios, ni por circunstancias que rodearon a la conclusión del tratado. Creemos que dentro de los primeros deben considerarse a todos aquellos proyectos, discusiones, informes, etc. que formaron parte de la negociación del tratado hasta su posterior celebración. En cambio, las circunstancias se refieren al contexto histórico en el que el tratado fue suscrito, incluyendo las motivaciones que tuvieron las partes firmantes para adoptarlo⁴⁹.

3.6. Tratados suscritos en dos o más idiomas.

El artículo 33 de la CVDT se refiere a aquellos tratados, como ocurre generalmente en el ámbito del Derecho Tributario Internacional, que son celebrados en dos o más idiomas. Esta norma establece que en este caso, el texto hará igualmente fe en cada idioma, a menos que el tratado disponga o las partes convengan que en caso de discrepancia prevalecerá uno de los dos textos. Es decir, existe un criterio de igualdad entre los tratados independiente del idioma.

Luego, este artículo en su inciso 3°, dispone que se presume que los términos del tratado tienen en cada texto igual sentido. Esto es relevante, puesto que en materia de

⁴⁹ KRISHNA, Vern. Treaty shopping and the concept of beneficial ownership in double tax treaties. Canadá, Canadian Current Tax. 19 (11): 129 – 148, 2009. Pág. 14.

impuestos, por lo general se lleva a cabo las negociaciones en un solo idioma, y luego el resultado es traducido a los idiomas locales.

Ahora bien, cuando el sentido entre un texto y otro sea divergente, deberá recurrirse al sentido que mejor concilie los dos, habida consideración de su objeto y fin⁵⁰. Es decir, si conforme a los artículos 31 y 32 de la CVDT se llega a interpretar un mismo término en sentidos diversos, entonces se deberá adoptar una posición ecléctica, tomando aquel sentido que mejor concilie ambos textos.

3.7. Otros elementos de interpretación.

Como lo señalamos anteriormente, las normas de interpretación contempladas en los artículos 31 a 33 de la CVDT no son las únicas a las cuales se puede recurrir. Esto, toda vez que estas normas sólo constituyen las principales técnicas de interpretación, y por tanto, puede recurrirse a otros medios adicionales.

A modo de ejemplo podemos citar dos principios. Por un lado el principio de la concordancia de la decisión, y por otro, el principio de la interpretación dinámica.

Respecto al principio de la concordancia, éste se refiere simplemente al hecho de que el resultado del proceso de interpretación debe ser aceptado por ambos Estados contratantes, en el caso de los CDTI, o por la mayoría de las partes en el caso de tratados multilaterales.

Por su parte, el principio de interpretación dinámica, dice relación con el hecho que el sentido de las normas va variando en el tiempo. Es decir, no se debe interpretar un término solamente de acuerdo al sentido que tenía éste al momento de la celebración

⁵⁰ Dicha regla se encuentra establecida en el artículo 34 N° 4 de la CVDT, la cual dispone que “salvo en el caso que en prevalezca un texto determinado conforme con lo previsto en el párrafo 1, cuando la comparación de los textos auténticos revele una diferencia de sentido que pueda resolverse con la aplicación de los artículos 31 y 32, se adoptará el sentido que mejor concilie estos textos, habida cuenta del objeto y fin del tratado”.

del tratado, sino que también debe considerarse los distintos sentidos que este ha ido adquiriendo en el tiempo.

4. Normas de interpretación establecidas en los distintos modelos de CDTI.

Ya revisadas las reglas interpretativas establecidas en la CVDT, las cuales son plenamente aplicables en el caso de los CDTI, corresponde avocarnos al estudio de las normas específicas sobre interpretación establecidas, tanto en el modelo OCDE, como en el modelo de Estados Unidos, el de las Naciones Unidas y en el modelo Pacto Andino.

4.1. Artículo 3(2) del modelo OCDE.

El principio general de interpretación del modelo de la OCDE, se encuentra consagrado en su artículo 3(2). Este dispone que, “en relación a la aplicación del Convenio en un momento determinado, cualquier término o expresión no definida en el mismo tendrá, a menos que de su contexto se infiera una interpretación diferente, el significado que en ese momento le atribuya la legislación de ese Estado relativa a los impuestos que son objeto del Convenio, prevaleciendo el significado atribuido por esa legislación fiscal sobre el que resultaría de otras leyes de ese Estado”⁵¹.

De la lectura del precepto, se puede concluir que la primera regla establecida en este artículo, da preeminencia a la definición expresa de los términos contenida en el mismo convenio. Dicho esto, cabe señalar que no son pocos los conceptos que están

⁵¹ Traducción autorizada al español, tomada del libro “Convenios fiscales internacionales y fiscalidad de la Unión Europea”, por Calderón Carrero J.M., Carmona Fernández Néstor, Martín Jiménez Adolfo y Trapé Viladomat Montserrat, Madrid, Walters Kluwer España S.A., 2009. En: ROHATGI, op. cit. Pág. 599.

definidos específicamente dentro del Modelo. La gran mayoría de estas definiciones se encuentran contenidas dentro del artículo 3(1)⁵².

Luego, en caso de no estar definidos expresamente uno o más términos dentro del convenio, se establece la posibilidad de acudir a la legislación tributaria interna de los Estados contratantes en busca de aquella definición.

Cabe señalar, tal como lo ha afirmado Engelen, que gran parte de la doctrina considera que esta norma tiene el carácter de especial en relación con las normas establecidas en la CVDT, y por tanto, debe aplicarse con preeminencia a éstas⁵³. Sin embargo, esto no quiere decir que las normas de la CVDT no sean aplicables, e incluso el mismo artículo 3(2) del modelo OCDE debe ser interpretado a la luz de dichas normas.

Para que sea admisible esta remisión, deben cumplirse dos requisitos copulativos. El primer requisito es que el significado de un término empleado por el tratado no se encuentre definido por éste; mientras que el segundo, requiere que del contexto no se pueda inferir una interpretación distinta a la establecida en la legislación interna.

4.1.1. Expresiones no definidas en el convenio.

Primero que todo, debe dilucidarse a que se refiere el convenio al decir “cualquier expresión no definida en el mismo”⁵⁴. De acuerdo a lo establecido por la Real Academia de la Lengua Española, por expresión debemos entender “palabra o locución” o también un “conjunto de términos que representa una cantidad”.

⁵² Este artículo define, entre otros, los conceptos de “persona”, “compañía”, “empresa”, “empresa de un Estado contratante”, “nacional”. Otros conceptos se encuentran definidos a lo largo del convenio, como “residente” en el artículo 4(1) o “dividendos” en el artículo 10(3).

⁵³ ENGELEN, Frank. op. cit. Pág. 477.

⁵⁴ La versión original del Modelo OCDE, redactada en francés, habla de “*term ou expression*”, lo que quiere decir, término o expresión.

En este sentido, delimitar el concepto de “expresión” solamente a palabras singularmente consideradas, limitaría en demasía la aplicabilidad de este artículo, y por tanto, deben considerarse también aquellas oraciones completas o parciales que no han sido definidas en el tratado.

Otros autores destacan el hecho que el artículo 3(2) también permitiría la remisión al derecho interno, cuando la o las expresiones estén definidas pero sólo parcialmente en el tratado. De esta manera, la legislación nacional podría completar una definición establecida en el tratado⁵⁵.

4.1.2. Remisión al Derecho interno.

Una segunda disyuntiva, dice relación con lo que debe entenderse por “ley” del Estado al que debe remitirse el intérprete cuando una expresión no se encuentre definida en el convenio o cuando se definición sea incompleta.

En este sentido, la duda subyace respecto de la eventual remisión a los conceptos establecidos en decisiones de carácter judicial o administrativo. Con el objeto de no extendernos demasiado sobre esta discusión, baste decir que la gran mayoría de la doctrina estima que la remisión a la “ley” interna, también se refiere a la jurisprudencia, ya sea judicial o administrativa.

Lo anterior, tomando en consideración lo señalado a propósito del principio de interpretación de buena fe, toda vez que limitar la remisión sólo a lo que formalmente se considera como “ley” sería atentar contra éste⁵⁶.

Asimismo, la referencia tampoco debe entenderse solamente respecto de la ley interna de carácter tributario, si no que el intérprete debe considerar la legislación en su conjunto. Es bastante común, por ejemplo, que un término tributario se encuentre

⁵⁵ AVERY JONES, J.F. Et.al. The Interpretation of Tax treaties with particular reference to article 3(2) of the OECD Model. En: British Tax Review. 1984. Pág. 21.

⁵⁶ De BROE, Luc. op. cit. Pág. 266.

definido por el Derecho Comercial o el Derecho Civil. De esa manera lo establece el Modelo mismo, pero disponiendo igualmente, que prevalecerá el significado otorgado por una ley impositiva por sobre el significado establecido en otro tipo de ley.

Como veremos en los capítulos siguientes, que esta discusión adquiere relevancia, puesto que ha ocurrido en la práctica que ciertos conceptos establecidos en los CDTI, han intentado ser definidos por las autoridades tributarias de los mismos países contratantes. Así ha sucedido por ejemplo, respecto del concepto de beneficiario efectivo.

4.1.3.El contexto.

Otra discusión se plantea, respecto de la expresión utilizada en el artículo 3(2) del modelo OCDE, la cual dispone que puede recurrirse al derecho interno en busca de una definición para un término no definido en un CDTI a menos “que de su contexto se infiera una interpretación diferente”.

En este orden de cosas, Ribes señala que existe, por un lado, una opinión minoritaria de la doctrina, la cual establece que la remisión al derecho interno debe llevarse a cabo únicamente en aquellos casos en que, una vez que se ha acudido al contexto como elemento interpretativo, el sentido del término permanece sin ser clarificado. Mientras que por otro lado, están quienes estiman que únicamente razones de peso considerable, y no cualquier interpretación derivada del contexto, debe implicar la prohibición de remitirse el intérprete a las normas internas⁵⁷.

En definitiva, están quienes creen que si una expresión no se encuentra definida, entonces deberá acudir al contexto y luego al derecho interno si la expresión todavía no es clarificada. Mientras que el resto, sostiene que podrá recurrirse al derecho interno, salvo que del contexto de la expresión se infiera que la interpretación es diversa a la establecida a nivel local.

⁵⁷ RIBES, Aurora. op. cit. Pág. 253.

Creemos que la interpretación más acertada es esta última, y por tanto, podrá el intérprete recurrir al derecho interno siempre y cuando, una expresión no esté definida en el convenio y que además, el contexto no requiera de una interpretación distinta a la prevista en la ley interna. Es decir, si bien no se exige agotar el análisis del contexto de la norma, como requisito previo a recurrir a la ley interna, una eventual definición establecida a nivel local tendrá valor sólo en el caso que sea coincidente con el contexto de la expresión.

Respecto al significado de la expresión “contexto”, anteriormente señalamos, a propósito del artículo 31(2) de la CDVT, que esta se refería principalmente al preámbulo y anexos de un tratado internacional, como cualquier otro acuerdo que se refiera al tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de la celebración del tratado o cualquier instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado.

Sin embargo, el “contexto” al cual se refiere el artículo 3(2) del modelo OCDE no debe ser interpretado de la misma forma que el “contexto” establecido en la CVDT. De esta manera, dentro del contexto deben entenderse también incluidos los objetivos y fines que tenían las partes al momento de celebrar el tratado, así como los Comentarios de la OCDE vigentes en dicho momento, lo establecido en otros tratados internacionales firmados por las partes con anterioridad, lo dispuesto en normas de carácter interno al momento de celebrar el convenio, etcétera⁵⁸.

4.2. Interpretación estática y dinámica.

⁵⁸ De BROE, Luc. op. cit. Pág. 274. En el mismo sentido, VOGEL, Klaus. On Double Taxation Conventions, Holanda, Kluwer Law International, 1997, Pág. 38.

Uno de los aspectos más discutidos sobre esta posibilidad de remisión a la normativa interna en caso que una expresión no se encuentre definida en el convenio, dice relación con el hecho de que la legislación doméstica va variando en el tiempo.

En este sentido, podemos distinguir dos tipos de interpretación según se tengan en consideración los cambios efectuados con posterioridad a la normativa interna aplicable, a saber, la interpretación estática y la interpretación dinámica.

Respecto de la primera, se sostiene que el intérprete sólo debe remitirse a la ley vigente al momento en que el tratado fue firmado, las cuales se entienden incorporadas al mismo. En cuanto a la segunda, se afirma que el intérprete puede recurrir a las normas que han sido dictadas con posterioridad a la firma del convenio, otorgándole viabilidad en el tiempo, ya que se evita que la interpretación quede obsoleta.

Respecto de esta discusión, la gran mayoría de los autores adhiere a la posición de aceptar la interpretación dinámica⁵⁹. El principal argumento, dice relación con el hecho que el artículo 3(2) del Modelo fue modificado en el año 1995, supuestamente con el objeto de admitir este tipo de interpretación. En este sentido, se agregaron a dicho artículo las frases “en cualquier momento”, y “en ese momento”.

En efecto, luego de la modificación, la redacción del artículo es clara en este sentido, al disponer que “para la aplicación del convenio en cualquier momento, cualquier expresión no definida en el convenio, tendrá (...), el significado que, en ese momento, le atribuya la legislación de ese Estado (...)”.

Sumado a lo anterior, no cabe duda que los conceptos tributarios, comerciales, o económicos, entre otros, van variando a través del tiempo. Por esto, una interpretación dinámica facilita la aplicabilidad de los convenios, toda vez que una interpretación estática podría ir en desmedro de la utilización práctica de los convenios, al fundarse en conceptos que se encuentran obsoletos.

⁵⁹ GONZÁLEZ, Osiel. op. cit. Pág. 67.

Sin embargo, una interpretación dinámica no está exenta de dificultades, puesto que los países firmantes pudiesen modificar unilateralmente sus leyes internas, y de ese modo, afectar la interpretación de los convenios⁶⁰. Esto, agrega De Broe, es un problema que puede ser evitado mediante la aplicación de los principios generales de interpretación establecidos tanto, en la CVDT, como en el mismo artículo 3(2) del Modelo⁶¹.

En este sentido, si la remisión a la legislación interna resulta en una interpretación absurda, injusta o va en contra de los objetivos y fines del convenio o en contra del principio de buena fe, la interpretación debe ser rechazada.

Por último, y tal como lo señalamos en los apartados anteriores, el mismo artículo 3(2) del modelo OCDE plantea una solución a los inconvenientes generados por una interpretación dinámica. Esto, al limitar la remisión a la legislación interna, en el caso que el contexto requiera lo contrario.

4.3. Los Comentarios al modelo OCDE.

Una de las disyuntivas más relevantes respecto de la interpretación de los convenios que se fundan en el Modelo, dice relación con la importancia práctica, naturaleza de los Comentarios que la misma OCDE realiza respecto a las disposiciones del Modelo.

Lo primero que hay que señalar, es que los Comentarios no son vinculantes. La misma OCDE así lo ha reconocido en la introducción al Modelo, al señalar que “aunque los comentarios no estén diseñados para ser anexados a las convenciones firmadas por países miembros, las que a diferencia del Modelo son instrumentos internacionales

⁶⁰ RIBES, Aurora. op. cit. Pág. 258.

⁶¹ De BROE, Luc. op. cit. Pág. 272.

legalmente vinculantes, pueden no obstante ser de gran ayuda en la aplicación e interpretación de las convenciones (...)⁶².

Otro elemento a considerar, es que los Comentarios van publicándose periódicamente. Por lo tanto, un comentario que estaba vigente al momento de firmarse un convenio, puede ser modificado, amplificado o aclarado por otro comentario publicado con posterioridad. El valor de los nuevos Comentarios para la interpretación de convenios celebrados con anterioridad, es otro aspecto que se discute, al cual nos referiremos en los próximos párrafos.

Admitida su utilización como medio de interpretación, debemos definir su naturaleza. Por un lado, están quienes estiman que estos se encuadran dentro de los elementos de interpretación establecidos en la CVDT⁶³, ya sea en su artículo 31(2)⁶⁴ o derechamente como un medio de interpretación complementario de acuerdo al artículo 32, mientras que por otro lado, están quienes consideran que los Comentarios deben entenderse como parte del “contexto” al cual se refiere el artículo 3(2) del Modelo.

Respecto de la primera posición, la tesis de considerar a los Comentarios como parte de los elementos de interpretación de la CVDT, está prácticamente abandonada en la actualidad⁶⁵. Por lo tanto, vamos a enfocar el análisis en la segunda posición, la cual establece que los Comentarios al modelo OCDE forman parte del “contexto”, según lo dispuesto su artículo 3(2)⁶⁶.

⁶² Modelo de Convención OCDE, Introducción, Párrafo 29. En: ROHATGI, Roy. op. cit. Pág. 78.

⁶³ AVERY JONES, J.F. Et.al. op. cit. Pág. 28.

⁶⁴ Ver Pág. 30.

⁶⁵ WARD, David. Is there an obligation in international law of OECD member countries to follow the Commentaries in the Model. En: BLOKKER, Niels. “et. al.” The legal status of the OECD Commentaries, Holanda, IBFD. 2008. Pág. 86.

⁶⁶ A pesar de ser esta la posición mayoritaria, la autoridad tributaria en Chile, esto es el Servicio de Impuestos Internos a través de la Circular N° 57 de 2009, ha señalado que “los comentarios emitidos por OCDE y que clarifican la aplicación de tal concepto en base a la finalidad perseguida por los CDTI, pueden ser utilizados como medio de interpretación complementario, de acuerdo a lo previsto en el artículo 32 de la Convención de Viena”.

Anteriormente, vimos que la utilización del “contexto” de acuerdo al artículo 3(2) del Modelo, debe ser entendida en términos amplios, a diferencia de lo que ocurre en la CVDT. En este sentido, al considerar a los Comentarios como parte integrante del concepto de “contexto” establecido en el Modelo, estos cobran gran relevancia para el intérprete⁶⁷.

Ahora bien, respecto de los Comentarios que son publicados con posterioridad y que contradicen o modifican sustancialmente Comentarios que estaban vigentes a la época de la firma del convenio, estimamos que no es posible considerar que esos nuevos Comentarios forman parte de la intención de los Estados contratantes al momento de negociar y acordar un tratado, y por lo tanto, estos no deben formar parte del trabajo del intérprete⁶⁸.

Sin embargo, respecto de aquellos Comentarios que complementen o aclaren otros anteriores, también deben ser consideradas como elementos interpretativos. Esto, tomando en consideración lo señalado a propósito de la interpretación dinámica, en cuanto a llevar a cabo un proceso interpretativo fundado en el principio de la buena fe, sin contradecir los objetivos y fines que se tuvieron para celebrar el convenio.

En este sentido, podemos observar que el principio de buena fe tiene un doble rol dentro de la interpretación de los CDTI. Por un lado permite que el proceso interpretativo se mantenga vigente al poder recurrir a comentarios posteriores. Por otro lado es una piedra de tope al mismo ya que está íntimamente relacionado con el *Pacta Sunt Servanda* y obliga a las partes a atender a éste.

Finalmente, cabe señalar que Chile ingresó como miembro a la OCDE en el año 2010. Este hecho no altera en nada la eventual aplicación de los Comentarios al modelo OCDE que hayan sido publicados con anterioridad al 2010, toda vez que Chile, junto con muchos otros países que no son miembros, optó libremente por acogerse a las disposiciones establecidas en el Modelo de convenio de la OCDE. Por lo tanto, los

⁶⁷ ENGELEN, Frank. op. cit. Pág. 441.

⁶⁸ En este mismo sentido De BROE, Luc. op. cit. Pág. 298.

Comentarios son perfectamente aplicables a todos aquellos países que utilicen el Modelo, a pesar de no ser miembros de la organización.

En definitiva, los Comentarios son un importante elemento de interpretación, los cuales deben entenderse como parte del “contexto” al cual se refiere el artículo 3(2) del Modelo. Sin embargo, no todo comentario debe ser considerado como parte integrante de un proceso de interpretación, desechando aquellos que contradigan o dejen sin efecto otros Comentarios que hayan sido publicados con anterioridad a la firma del convenio respectivo⁶⁹.

Por otro lado, si bien los criterios establecidos en la CVDT son aplicables a este tipo de tratados, su eficacia para interpretar sus normas resulta limitada e insuficiente. Un ejemplo de esto es lo que sucede respecto a los Comentarios OCDE, que son de gran importancia, pero que no encuentra acogida dentro de los elementos de interpretación establecidos en la CVDT, producto de la limitación del “contexto” dentro del mismo.

5. Interpretación en el Modelo Pacto Andino.

Como lo hemos señalado con anterioridad, el CDTI firmado entre Chile y Argentina, sigue las disposiciones del Modelo Pacto Andino, por lo cual, nos referiremos brevemente al tratamiento del elemento interpretativo dentro de éste.

La norma de interpretación se encuentra contenida en su artículo 3, el cual dispone que “Todo término o expresión que no esté definido en el presente Convenio tendrá el sentido con que se use en la legislación vigente en cada Estado Contratante”.

Como se puede apreciar, la disposición es similar a la establecida en el modelo OCDE, al hacer una remisión al derecho interno. Sin embargo, en esta norma no existe

⁶⁹ Un claro ejemplo de esto, dice relación con la nueva redacción propuesta por la OCDE respecto del artículo 7 del Modelo. Los comentarios respecto de este nuevo artículo, no deberán ser considerados dentro del proceso interpretativo de los CDTI suscritos con anterioridad, en aquella parte que contradigan o modifiquen comentarios pretéritos.

una limitación respecto del contexto, como tampoco existe una referencia en torno a una eventual interpretación dinámica, entre otras diferencias encontradas en la redacción del precepto.

A mayor abundamiento, es preocupante que los problemas de interpretación que se susciten en la práctica no encontrarán guía interpretativa alguna, dada la inexistencia de materiales adicionales al Modelo, tales como Comentarios al mismo, que contribuyan en este sentido.

De todas formas, no corresponde llevar a cabo una interpretación con mayor profundidad, toda vez que este Modelo está prácticamente abandonado en la actualidad. Los mismos países miembros de la actual Comunidad Andina de Naciones (anteriormente Pacto Andino), han celebrado la mayoría de sus convenios de acuerdo al modelo OCDE.

6. Interpretación en el Modelo ONU.

Respecto de este modelo, cabe señalar que la redacción del artículo relativo a la interpretación del mismo (coincidentalmente artículo 3(2)), tiene una redacción idéntica a la establecida en el modelo OCDE.

Incluso, en los mismos comentarios al modelo ONU, se reconoce tal identidad y, más aún, se le otorga gran peso interpretativo a los Comentarios del modelo OCDE⁷⁰. Por tanto, basta replicar en este apartado la discusión planteada respecto del artículo 3(2) del modelo OCDE.

7. Interpretación en el Modelo de EEUU.

⁷⁰ RIBES, Aurora. op. cit. Pág. 339.

Respecto de este modelo, su artículo 3(2) establece que "Para la aplicación del Convenio en cualquier momento por un Estado contratante cualquier expresión no definida en el mismo tendrá, a menos que de su contexto se infiera una interpretación diferente o las autoridades competentes acuerden un significado común a través de lo dispuesto en el artículo 25 (Procedimiento amistoso), el significado que se le atribuya en ese momento por la legislación de ese Estado relativa a los impuestos a los que el Convenio se aplica, prevaleciendo el sentido establecido por las leyes tributarias sobre el previsto para el mismo término en otras leyes de ese Estado".

También llama la atención, la identidad entre esta norma y la establecida en el artículo 3(2) del modelo OCDE, lo que revela la gran influencia de este último en el resto de los modelos.

Baste señalar en este apartado, que se reitera el análisis llevado a cabo a propósito de la interpretación en el modelo OCDE. Sin embargo, entre ambos modelos existe un elemento que las diferencia, y dice relación con los requisitos que se deben cumplir para que el intérprete pueda remitirse a la ley interna.

En este sentido, el modelo de Estados Unidos establece que deberán cumplirse 3 requisitos copulativos, a saber:

- i) Ausencia de toda definición del referido término en el propio tratado.
- ii) Que el contexto del tratado no requiera una interpretación diferente a la otorgada a dicho término por la legislación doméstica de que se trate.
- iii) Que las autoridades competentes de los Estados contratantes no hayan alcanzado un acuerdo en torno al significado que procede atribuir al mencionado vocablo.

Sobre este último requisito recae la gran diferencia entre ambos modelos. El modelo de Estados Unidos, antepone claramente a la remisión a la legislación local, el supuesto de que los órganos competentes para ello no hayan acordado el significado común que debe atribuirse al término en cuestión.

Establecida las principales diferencias interpretativas de los diversos modelos de CDTI, corresponde avocarnos en los próximos capítulos a la aplicación e interpretación de una de las cláusulas de limitación de beneficios más empleadas, esto es, la cláusula de beneficiario efectivo.

CAPÍTULO IV: HACIA UN CONCEPTO DE BENEFICIARIO EFECTIVO

1. El uso inapropiado de los CDTI.

Ya revisada la estructura e interpretación de los convenios, es necesario también hacer referencia a los diversos usos indebidos de los que han sido objeto.

Por lo general, los contribuyentes que tienen operaciones a nivel internacional, crean empresas en distintos países. Sin embargo, no siempre existe entre estos países un convenio que permita aliviar los efectos de la doble tributación internacional.

Como consecuencia de lo anterior, a menudo estos contribuyentes llevan a cabo estructuraciones societarias o corporativas, de tal manera que se aprovechen los beneficios establecidos en los CDTI para eliminar o disminuir su carga impositiva, ya sea en el país de la fuente, en el de residencia o en ambos.

Por tanto, es común que se constituyan sociedades en países donde existan convenios de este tipo, aunque dichas sociedades sean meramente instrumentales. Luego, surge la interrogante de si constituirá dicha planificación un abuso o un uso inapropiado de los Convenios, o si más bien, los contribuyentes tienen la libertad económica de definir sus propias estructuras corporativas.

La respuesta requiere de un análisis más profundo puesto que se ha afirmado que los contribuyentes tienen el derecho a arreglar sus asuntos de manera tal que paguen

la menor cantidad de impuestos posibles, siempre y cuando, se encuentren dentro del marco jurídico⁷¹.

Van Weeghel establece, con respecto al abuso de este tipo de tratados, que la dificultad comienza con los actos de los contribuyentes que se encuentran en concordancia con las provisiones de los tratados y las leyes internas de los Estados contratantes, pero cuyo resultado no se enmarca dentro del propósito del tratado o con las intenciones de los estados contratantes⁷².

La OCDE, por su parte, propuso un principio rector en esta materia en el año 2003. Sugiere que debe rechazarse la aplicación de los beneficios establecidos en un CDTI, cuando el objetivo principal del negocio es asegurar dichas ventajas tributarias y, cuando dicho resultado viole los objetivos y el propósito del convenio⁷³.

Por su parte, Vogel estima que el contribuyente no requiere ser “excesivamente correcto”⁷⁴, puesto que está en su derecho de organizar sus negocios con el objeto de evitar la doble tributación y minimizar con ello la cantidad de impuestos a pagar. Sin

⁷¹ Ya en el Reino Unido en el año 1936, Lord Tomlin señalaba que “(...) cada hombre tiene derecho, si es que puede, a ordenar sus asuntos de tal manera que los impuestos que conllevan las respectivas Leyes sean menores que lo que de otra manera pudiera ser. Si lograrse ordenarlo de dicha manera, entonces, sin perjuicio de que no lo aprecie el Comisionado de Rentas o el resto de los contribuyentes por su ingenuidad, éste no puede ser obligado a pagar un mayor tributo.” *IRC v. Duke of Westminster*, 1936. AC 1. La traducción es nuestra.

En otro fallo recogido de la jurisprudencia anglosajona, caratulado *IRC v. Fisher's Executors*, AC 395, 412, Lord Sumner señaló que “(...) las más altas autoridades siempre han reconocido que el sujeto tiene derecho a ordenar sus asuntos de manera que no atraiga tributos exigidos por la Corona, siempre y cuando lo haga dentro de la ley, y que legítimamente pueda reclamar la ventaja de los términos expresos o cualquier omisión que pueda encontrar a su favor en las Leyes tributarias. Al hacerlo, no será ni responsable ni incurrirá en culpa”.

En esta materia la propia International Fiscal Association estableció en su *General Report* que: “casi todos los países reconocen el derecho del contribuyente de arreglar sus asuntos de manera tal que atraiga la menor cantidad de impuestos, y en consecuencia elegir la manera jurídica que a su juicio sea la más adecuada para la disposición de sus asuntos.” UCKMAR, V. Tax avoidance and tax evasion, Cahiers Droite Fiscal Int. Kluwer Law International, 1983. Pág. 26. Todas las traducciones son nuestras.

⁷² VAN WEEGHEL, Stef. *The Improper Use of Tax Treaties*. Kluwer Law International, 1998. Pág. 97.

⁷³ Sobre este tema en particular, Loomer establece que los requisitos antes mencionados son subjetivos y objetivos, respectivamente. Estos dos criterios se encuentran en numerosas GAAR nacionales. LOOMER T., Geoffrey. *Tax Treaty Abuse: Is Canada Responding Effectively?*, Oxford University Center for Business Taxation. Pág. 3.

⁷⁴ Expresión utilizada por Vogel en: VOGEL, Klaus. *On Double Tax Conventions*. Kluwer Law and Taxation Publishers, 1991. Pág. 110.

embargo, debe distinguirse lo que es una legítima organización de las estructuras comerciales y tributarias respecto de aquellas conductas que son derechamente evasivas o fraudulentas.

Ello es relevante ya que no todos los países regulan de igual manera los arreglos financieros internacionales. Un caso emblemático es el de Finlandia, el cual no sanciona prácticas elusivas que el resto de los países europeos considera como abiertamente dañinas dentro de la planificación fiscal internacional, sin que por ello sea considerado un paraíso fiscal.

2. *Treaty shopping.*

El origen de la expresión dice relación con la práctica del “*forum shopping*”, originada en EEUU, la cual consiste a grandes rasgos en que el demandante busca llevar su pretensión ante el estado dentro de Estados Unidos, que tenga la jurisdicción civil más beneficiosa para su pretensión.

En el caso del *treaty shopping* ocurre algo similar. De acuerdo con Rosembloom, uno de los primeros en tratar este fenómeno, puede describirse esta práctica como aquella en que inversionistas buscan los Estados que tengan un tratado de doble tributación, formando entidades (usualmente una sociedad) en dichos países, con el objeto de aprovechar los beneficios establecidos en los convenios⁷⁵.

Se observa, que en ambos fenómenos existe una búsqueda consciente de una ventaja. Uno en el ámbito nacional y otro en el ámbito internacional tributario.

⁷⁵ ROSENBLOOM, David. Derivative Benefits: Emerging US Treaty Policy (1994) 22 Intertax 83. En: AVI-YONAH, Reuven S. y PANAYI, Christina HJI. Rethinking Treaty-Shopping Lessons for the European Union. Michigan Law. University of Michigan Law School. 2010. Pág. 2. La traducción es nuestra.

Por su parte ALESSI, respecto del mismo autor, precisa que el término nace durante una audiencia sobre Paraísos Fiscales en el Congreso de EEUU en 1971. En ALESSI, Verónica. Treaty Shopping-Abuso a los convenios internacionales. Asociación Argentina de Estudios Fiscales. [200-], Pág. 2.

Por último, cabe señalar que el concepto de *treaty shopping* no debe confundirse con el “*rule shopping*”, si bien entre ambos existen ciertas similitudes. Ello, porque este último concepto, también puede ser considerado como un uso inapropiado de los CDTI. Sin embargo, lo que existe en este caso es una decisión del contribuyente, consistente en adaptar su estructura para acogerse a la regla más favorable dentro de un convenio⁷⁶.

2.1. Concepto de *treaty shopping*.

Dilucidado entonces el origen de ésta práctica, cabe determinarse qué es lo que se entiende por tal, para luego analizar la estructuración de ésta, así como los argumentos a favor y en contra de la misma.

Para Vogel, el *treaty shopping* se refiere a aquella situación “donde las transacciones son hechas o las entidades establecidas, en otros Estados, con el único propósito de disfrutar de un beneficio de un tratado particular existente entre el Estado involucrado y un tercer Estado el cual de otra manera no sería aplicable”⁷⁷.

Por su parte van Weeghel estima que es “una situación en la que una persona que no tiene derecho a los beneficios de un tratado tributario hace uso, en el sentido más amplio de la palabra, de un individuo o de una persona jurídica con el fin de obtener los beneficios del tratado que no están disponibles directamente”⁷⁸.

Rosebloom lo define como “un esfuerzo premeditado para sacar provecho de la red de tratados tributarios internacionales, y una cuidadosa selección del tratado más favorable para un fin específico”⁷⁹.

⁷⁶ VEGA BORREGO, Alberto. op. cit. Pág. 38. Ver también VAN WEEGHEL, Stef. op. cit. Págs. 124–158.

⁷⁷ VOGEL, Klaus. op. cit. Pág. 50.

⁷⁸ VAN WEEGHEL, Stef. op. cit. Pág. 119. La traducción es nuestra. Cabe destacar que ésta es la definición empleada por la IBFD en el *International Tax Glossary*.

⁷⁹ ROSEBLOOM, David. ‘Tax Treaty Abuse: Policies and Issues’, *Law & Policy in Int’l Business*, 15: 776, 1983. En: DE BROE, Luc. *International Tax Planning and prevention of abuse: A study under*

Rohatgi ha señalado que el fenómeno del *treaty shopping* consiste en “distribuir rentas procedentes de un país a una persona en otro país a través de un Estado intermediario para obtener ventajas fiscales de tratados sobre impuestos existentes”⁸⁰.

La principal diferencia de todas estas definiciones dice relación con el grado de intención respecto de la entidad que se establece como intermediaria, esto es, si la razón primordial de las transacciones eran tributarias o bien si el único motivo para la transacción es el beneficio de las ventajas tributarias⁸¹.

A propósito del fenómeno *treaty shopping*, y con objeto de evitar este tipo de prácticas, se han introducido una serie de cláusulas dentro de los CDTI. Ahora bien, la interpretación de estas cláusulas y su relación con el fenómeno del *treaty shopping*, es en sí misma una materia sujeta a debate. En este sentido, no existe certeza respecto a la licitud o ilicitud de las estructuras *treaty shopping* o si se consideran este tipo de planificaciones tributarias internacionales como elusivas, y/o evasivas o fraudulentas. De todas maneras, en el siguiente acápite abordaremos esta discusión.

3. El abuso de los CDTI: Evasión y Elusión.

Uno de los elementos a considerar para determinar cuándo un contribuyente incurre o no en un abuso de un CDTI, es aquel que dice relación con los conceptos de evasión o fraude tributario y elusión. Esta distinción es relevante toda vez que la elusión es una conducta que bajo ciertos parámetros puede ser aceptada o tolerada, mientras que la evasión no lo es. Por ello debe tenerse presente, qué clase de actos son tolerados por las distintas administraciones fiscales.

domestic tax law, tax treaties and EC law in relation to conduit and base companies. IBFD. 2008. Pág. 5. La traducción es nuestra.

⁸⁰ ROHATGI, Roy. Basic International Taxation. Kluwer Law International. Pág. 362. La traducción es nuestra.

⁸¹ CERVANTES, Marcos. Interpreting the concept of beneficial ownership, Tesis (grado de Magister). Toronto, Canadá. University of Toronto, Facultad de Derecho, 2009. Pág. 19. Al respecto Rosenbloom agrega que “el término se centra en el estado de ánimo – a saber, una elección deliberada entre las jurisdicciones en razón de los tratados.” ROSENBLUM, David. op. cit. Pág. 766-767.

En su sentido natural y obvio, ambos conceptos implican evitar una dificultad. Sin embargo, el mismo uso de estos términos conlleva diferencias entre países, lo que ha producido ciertas confusiones. Así por ejemplo en inglés el término *tax evasion* se refiere a un tipo de fraude de naturaleza criminal, es decir, un delito. En francés, por otro lado, *evasión* es sinónimo de elusión en español; lo que en inglés significa *tax avoidance*, práctica la cual dentro de múltiples regímenes tributarios es legal.

Por evasión o fraude tributario, entendemos a aquella utilización de negocios jurídicos anómalos por parte del contribuyente, que incurre así en una distorsión o abuso de las formas jurídicas que el ordenamiento jurídico prevé, que son utilizados con fines diversos a los típicos⁸². Para Vega Borrego, el concepto de evasión presupone el ocultamiento por parte del contribuyente, de la existencia o exacta cuantía de la obligación tributaria mediante maniobras fraudulentas⁸³.

El concepto de evasión en este caso, puede identificarse con lo que Verónica Alessi considera como violación directa de un CDTI. Esto, dice relación con la transgresión de “las normas que prevén la disminución de la carga fiscal”. Así, a modo de ejemplo, señala el caso en que una sociedad que residiendo en un Estado declara falsamente a la autoridad tributaria de otro Estado que detenta un porcentaje de capital accionario de una sociedad residente en dicho país, con el objeto de beneficiarse con una retención reducida en el Estado fuente, en razón de un CDTI entre ambos Estados⁸⁴.

Desde este punto de vista, no podemos considerar que en el *treaty shopping* exista evasión propiamente tal. Esto, en atención a que el contribuyente no oculta la obtención de una renta, sino que modifica su estructura, utilizando una sociedad residente en otro Estado desde la cual finalmente declara dicha renta, para así acogerse a los beneficios establecidos en un CDTI que aquel país ha suscrito.

⁸² CASTRO, Abraham. Elusiones fiscales atípicas. Ateleier Libros Jurídicos, Barcelona. 2008. Pág. 82.

⁸³ VEGA BORREGO, Alberto. op. cit. Pág. 98.

⁸⁴ ALESSI, Verónica. op. cit. Pág. 1.

Por tanto, al no poder calificarse derechamente al *treaty shopping* como una conducta evasiva, debemos establecer entonces, si es que esta constituye una elusión tributaria. De ser así, la tarea es determinar si dicha elusión es tolerada o no por las distintas autoridades tributarias.

Respecto al concepto de elusión, esta ha sido definida por la doctrina como aquella actividad que “consiste en evitar por medios lícitos que un determinado hecho imponible se realice, mediante el empleo de formas o figuras jurídicas aceptadas por el derecho, aun cuando alguna de ellas sea infrecuente o atípica, y que no se encuentran tipificadas expresamente como hecho imponible por la ley tributaria”⁸⁵.

Por lo general se distingue, entre una elusión lícita y otra que es ilícita⁸⁶. Solamente la segunda es considerada como una conducta evasiva desde el punto de vista tributario, y dice relación con las conductas de los contribuyentes cuyo único objetivo es reducir la carga tributaria soportada mediante maniobras fraudulentas.

En consecuencia, no debemos confundir los conceptos de elusión con el de evasión o fraude tributario, a pesar de que el fraude presupone una conducta elusiva. Sin embargo, no toda elusión constituye fraude.

Lo que determinaría al fraude de ley, en oposición a un mero supuesto de elusión, es la ilicitud del medio que se ocupa para evitar el mandato o las sanciones de la norma tributaria. De esta forma, la ilicitud no viene determinada por la existencia de un propósito de elusión, sino por la “artificiosidad objetiva de la forma jurídica utilizada”⁸⁷.

A *contrario sensu*, existe una elusión fiscal lícita que debe ser amparada por el Derecho. La propia Corte Suprema de nuestro país, ha dicho que no deben confundirse los conceptos de evasión y elusión, señalando que este último consiste “en

⁸⁵ UGALDE PRIETO, Rodrigo, García Escobar, Jaime “Elusión, Planificación y Evasión Tributaria” Editorial Lexis Nexis, Octubre 2006, Santiago de Chile. Pág. 146

⁸⁶ GARCÍA ESCOBAR, Jaime. La Naturaleza Jurídica de la Elusión Tributaria. Consejo de Defensa del Estado, 2005, Santiago, Chile. Pág. 4.

⁸⁷ VEGA BORREGO, Alberto. op. cit. Pág. 99.

evitar algo con astucia, lo que no tiene que ser necesariamente antijurídico, especialmente si la propia ley contempla y entrega herramientas al contribuyente, como aquí ocurre, para pagar impuestos en una medida legítima a la que se optó, y no aquella que se liquida”⁸⁸.

Algunos autores confunden los conceptos de evasión, fraude y elusión, al señalar que la elusión tiene una clara connotación peyorativa estableciendo que la elusión tributaria es “toda conducta dolosa del contribuyente que tiene como finalidad evitar el nacimiento de una obligación tributaria, valiéndose para ello de fraude a la ley, de abuso de derecho o de cualquier otro medio ilícito que no constituya infracción o delito”⁸⁹.

En definitiva, si bien puede existir una discusión terminológica al respecto, lo relevante es determinar cuándo una conducta elusiva es considerada como fraudulenta. Más precisamente, debe establecerse cuando el fenómeno del *treaty shopping* pueda ser calificado como fraude a la ley.

A este respecto, Bugallo señala que el *treaty shopping* es un ejemplo de simulación en fraude de ley en donde la sociedad aparente se constituye en uno de los territorios para reclamo del amparo del CDTI, eludiendo las restricciones o limitaciones de los beneficios contenidos y concedidos a determinados sujetos. La sociedad simulada puede ser entonces vehículo de fraude de ley, utilizando el objetivo de amparo o cobertura en un conjunto normativo que no se corresponde a su situación jurídica efectiva.

Agrega que el aprovechamiento de un CDTI es un supuesto típico de abuso de Derecho, en el caso particular de simulación, con el resultado de fraude de ley. La calificación de la situación de hecho de la sociedad residente, es potestad exclusiva de la autoridad tributaria, pero la interpretación del CDTI para acotar su ámbito de

⁸⁸ Sentencia de 28 de enero de 2003, Considerando 18, causa caratulada “Sociedad Inmobiliaria Bahía S.A. con Servicio de Impuestos Internos” ROL 4038-2001 Corte Suprema.

⁸⁹ RIVAS CORONADO, Norberto, VERGARA HERNÁNDEZ, Samuel. Planificación Tributaria. Conceptos, teoría y factores a considerar. Chile, Magril. Año 2002, Pág. 21.

aplicación no podría concluirse sin una referencia precisa al mismo y, eventualmente, una interpretación común entre ambas autoridades en el caso que los términos del mismo no sean claros⁹⁰.

Para esto, y de acuerdo a lo señalado en los párrafos anteriores, se calificará el *treaty shopping* como una conducta fraudulenta, cuando la estructura que se forma para aprovechar los beneficios de un CDTI es artificiosa y no tenga justificación alguna. Esto se va a producir, cuando se constituya una compañía en un país determinado, con el único fin de acceder a los beneficios de un CDTI.

En definitiva, el criterio que determina lo artificioso de la operación y su ilicitud desde el punto de vista del fraude a la ley, es la existencia o no de elementos suficientes que integren o vinculen, ya sea a la operación o al sujeto, al Estado de residencia y/o de la fuente.

La determinación de dicho criterio corresponde a las distintas autoridades tributarias, tomando en consideración, por un lado, la libertad de los agentes económicos para adoptar aquellas medidas que sean más beneficiosas desde el punto de vista financiera, y por otro, la justificación de dichas medidas en relación con los objetivos de los CDTI.

3.1. Criterio para identificar al *treaty shopping* con el fraude a la ley.

Como ya mencionamos anteriormente, cada país tiene una distinta concepción de lo que es fraude, en el sentido amplio, de la ley tributaria. La doctrina tampoco establece en forma unánime qué es exactamente lo que se entiende por fraude, uso inapropiado o abuso de un CDTI, sin perjuicio de que se entiende que el mero abuso de un CDTI es una conducta más restringida que el uso inapropiado.

⁹⁰ BUGALLO, Enrique Agustín. Compatibilidad de las cláusulas antiabuso en los tratados de doble imposición. Asociación argentina de estudios fiscales, Argentina, 2002. Pág. 4. Por el contrario, Castro Moreno afirma que entre la simulación y la evasión tributaria hay diferencias insalvables. CASTRO MORENO, Abraham. op. cit. Pág. 89.

Así las cosas, vale la pena tener presente lo que Rosenbloom ha dicho respecto sobre el término “abuso” en relación con los CDTI. Este no solamente sería despectivo, sino que implicaría además, que existe un uso “adecuado” de los convenios que puede ser perfectamente identificado. Para dicho autor la utilidad de este término en sí es cuestionable.⁹¹

Sin perjuicio de la terminología que se emplee, y a pesar de lo difícil que al parecer es delimitar que actividades elusivas deben considerarse como aceptadas dentro del marco establecido en los CDTI y cuales no lo son, existe una base de actos que a todas luces se oponen al objeto y al espíritu de un CDTI.

Como lo hemos venido diciendo, el concepto de *treaty shopping* dice relación con “el uso del tratado por parte de un sujeto que no entraría en el ámbito de aplicación de aquel, mediante la configuración de una transacción comercial internacional, que incluya intencionalmente la participación de una persona residente en un Estado contratante, para disfrutar del tratamiento preferencial previsto en el tratado a favor de personas residentes en dicho Estado”⁹².

Por tanto, existe respecto del fenómeno del *treaty shopping*, al menos una pugna entre el principio de libertad económica, y el derecho de los Estados para rechazar la aplicación de un CDTI cuando consideren que la utilización de este tipo de convenios es artificiosa.

En relación con lo anterior, se debe tomar en consideración los objetivos que tienen los CDTI. Estos no están relacionados únicamente con la reducción de la doble imposición internacional, sino que también buscan los movimientos internacionales de bienes, de capital, personas, servicios y otros. Estos principios no se verían afectados por el *treaty shopping*, sino que todo lo contrario.

⁹¹ ROSENBLOOM, David. op. cit. Pág. 773 -.776. En: LOOMER, Geoffrey. op cit. Pág. 3.

⁹² ALESSI, Verónica. op. cit. Pág. 1.

Sin embargo, señala Vega Borrego, el contribuyente podrá recibir la protección del convenio únicamente cuando la operación respectiva esté respaldada por un substrato económico suficiente⁹³. Por tanto, el criterio económico es fundamental para calificar una conducta como artificiosa, debiendo existir un propósito económico claro, que no sea meramente el de aprovecharse de los beneficios establecidos en los CDTI.

Una primera conclusión entonces, es estimar que no se aplicarán los beneficios establecidos en los convenios en la medida que las operaciones del contribuyente tengan como único fin acceder al régimen del convenio, sin que exista además un sustento económico que las justifique. Es decir, cuando las operaciones que configuran *treaty shopping*, al cual ya hemos definido como una actividad elusiva, sea considerado como una elusión ilícita y, como tal, un fraude a la ley. Finalmente, cuando se den esas circunstancias, los países contratantes tendrán derecho a limitar los beneficios establecidos en los convenios.

4. Estructura básica de *treaty shopping*.

Sin perjuicio de las múltiples razones que existen para llevar a cabo este tipo de prácticas, dentro de las cuales podemos considerar el obtener un beneficio tributario en el país de la fuente o en el país de residencia, como lo sería una exención de impuestos, lo importante es recalcar que sin la existencia de un CDTI dicho beneficio no sería aplicable.

Como ya lo hemos dicho, el contribuyente busca aprovechar los beneficios establecidos en estos convenios por medio de una estructura corporativa que así lo permita. La forma más común de llevar a cabo dicha tarea, es a través de la constitución de sociedades en países que cuenten con una red de convenios con el solo objeto de sacar partido a tales beneficios. Este tipo de sociedades son conocidas como sociedades instrumentales, conductoras o "*conduit companies*".

⁹³ VEGA BORREGO, Alberto. op. cit. Pág. 102.

Este tipo de sociedades son aquellas que se constituyen en países con tratados, con el único objeto de aprovechar los beneficios que le otorgan dichos convenios. Beneficio el cual no se obtendría de no mediar o de no existir una sociedad domiciliada en ese país. Por lo general, estas sociedades se encuentran especialmente constituidas en países con legislaciones tributarias favorables o incluso en paraísos tributarios⁹⁴.

4.1. Modalidades de *treaty shopping*.

Existen dos modalidades principales de *treaty shopping*, estructurado en base a las *conduit companies* ya mencionadas. Por un lado, las *direct conduit companies*, y por otro, las *stepping stone conduit companies*, las cuales analizaremos a continuación, sin perjuicio que antes debe realizarse una precisión.

Para que dichas estructuras tengan viabilidad en el plano económico, la renta que es percibida por la sociedad que se ha constituido en un Estado suscriptor, constituida con el solo objeto de obtener los beneficios de un CDTI, no debe encontrarse sujeta a gravamen alguno. En caso de encontrarse sujeta a gravamen, este debe ser de la menor cuantía posible, o de lo contrario, como observa Vega Borrego, el beneficio obtenido en el Estado de la fuente, se compensaría con el gravamen a que estaría sujeta la sociedad en su Estado de residencia⁹⁵.

4.1.1. *Direct conduit companies*.

Esta es probablemente la figura más recurrente en la actualidad para obtener los beneficios establecidos en los convenios. Lo anterior se lleva a cabo por medio de la utilización de compañías o entidades meramente instrumentales, residentes en un Estado contratante (o compañías intermedias).

⁹⁴ DELGADO PACHECO, Abelardo. Las medidas anti elusión en los convenios de doble imposición y en la fiscalidad internacional. Instituto de Estudios Fiscales, Pág. 9.

⁹⁵ VEGA BORREGO, Alberto. op. cit. Pág 47

En efecto, Rohatgi señala que lo que caracteriza a una compañía intermediaria es que esta “recibe ingresos en una jurisdicción intermedia para su posterior distribución a no residentes. Está localizada normalmente en un país con un régimen fiscal preferencial y una red amplia de tratados de impuestos”⁹⁶.

El reporte del Comité de Asuntos Fiscales de la OCDE de 1986 sobre sociedades instrumentales, denominado “*Double taxation conventions and the use of conduit companies*” establece que esta estructura se emplea de la siguiente manera:

Imaginemos que existe una empresa matriz en un Estado A y una filial en un Estado B, la cual le paga dividendos a la primera, no existiendo un convenio suscrito entre ambos Estados. Posteriormente, se crea una nueva empresa en un Estado C, el cual tiene un CDTI con ambos Estados. De esa manera, se logra un beneficio tributario que en la situación inicial no existía, toda vez que se aplicará en este caso el convenio existente entre el país B y el país C, y luego el convenio existente entre el país C y el país A. Así mediante la interposición de una sociedad instrumental en C, el residente en el Estado A reduce su carga fiscal.

Otra característica de este tipo de estructuras, es que la sociedad instrumental o intermedia ubicada en el Estado C, goza de una carga tributaria reducida. Esto, porque normalmente estas sociedades se constituyen en países donde o bien existen normas específicas que reducen su tributación o la eliminan, como es el caso de los paraísos tributarios.

4.1.2. *Stepping stone conduits o indirect conduit companies.*

Este tipo de estructuras son consideradas como una modalidad de las *conduit companies*, y si bien en principio la estructura de este tipo de estrategia de

⁹⁶ ROHATGI, Roy. op. cit. Pág. 539.

planificación es idéntica a la descrita en el punto anterior, presenta algunas diferencias relevantes.

Para Rohatgi son aquellas que con miras a permitir que los beneficios de un tratado de impuestos entre dos países sean disfrutados por residentes de un tercer país, compensan el ingreso entrante con un pago saliente ligeramente más bajo. Es decir, se reduce la carga impositiva por el ingreso percibido en el país donde reside la *stepping stone conduit*, utilizando como contrapartida un gasto⁹⁷.

A modo de ejemplo, la sociedad intermediaria residente en el Estado C también va a recibir un dividendo desde el Estado B, pero a diferencia del caso anterior, no va a distribuir directamente dicho dividendo a la sociedad ubicada en el Estado A. Lo que en definitiva hace la sociedad domiciliada en el Estado C, es pagarle a la sociedad domiciliada en A ya sea comisiones, rentas de arrendamiento, regalías, intereses u otros rendimientos, los que a su vez, constituyen para la empresa C un gasto que podrá deducir de su renta imponible.

En consecuencia, en vez de distribuir dividendos a la sociedad ubicada en A como vimos en el caso anterior, la intermediaria le paga regalías, intereses, comisiones u otros por una suma similar al dividendo percibido. Estos pagos son considerados gasto en el país de la sociedad instrumental (en cambio el pago del dividendo no lo es) y, a su vez, su pago está sujeto a una baja tasa de retención de acuerdo al CDTI existente entre ambos países.

Por tanto, se obtiene una doble ventaja. Por un lado se aprovecha la red de tratados existentes en el Estado C, y por otro lado, la compañía domiciliada en el Estado B podrá deducir como gasto los pagos realizados a C por concepto de regalías, comisiones, arrendamiento u otros. Normalmente no existirá una correlación estricta entre los ingresos y los gastos generados para obtener el beneficio, con el fin que las distintas administraciones fiscales de los países no objeten la transacción, lo que se conoce como "*spread*".

⁹⁷ ROHATGI, Roy. op. cit. Pág. 538-539.

En definitiva, en cualquiera de las dos alternativas recién vistas, se aprovechan los beneficios establecidos en una red de convenios, los cuales no eran aplicables en un primer momento entre matriz y filial.

4.2. Objeciones al *treaty shopping*.

Si bien no existe unanimidad en contra de esta práctica, se han establecido una serie de razones para justificar la adopción en los convenios de medidas en contra del *treaty shopping*, a saber⁹⁸:

- i. Es una práctica que fomenta la elusión fiscal.
- ii. Atenta contra la reciprocidad que existe entre los Estados contratantes, afectando las concesiones que cada Estado realiza al negociar un CDTI.
- iii. Extiende el ámbito de aplicación de un CDTI a terceros que no han pactado dicho tratado y que no se encontraba en mente por los Estados contratantes.
- iv. Dicha práctica produce una erosión en la base imponible respecto del impuesto que se paga por concepto de retención en el Estado de la fuente.
- v. Se traduce en un desincentivo a la suscripción de convenios por parte de aquellos Estados que no habiendo firmado el tratado, se benefician de éste.
- vi. Los residentes en los Estados no contratantes escapan al control de las entidades fiscales de los Estados de la fuente respecto del intercambio de información y las disposiciones de mutuo acuerdo de los CDTI.

⁹⁸ LOOMER, Geoffrey T. Op cit. Pág. 10-12.

4.3. Argumentos a favor del *treaty shopping*.

Parte de la doctrina discute acerca de la veracidad de dichos argumentos. Al respecto, señalan lo siguiente⁹⁹:

i. En cuanto a la elusión fiscal que instaría el *treaty shopping*, establecen que permite lograr la finalidad principal de los CDTI, esta es, evitar la doble imposición en países que no tienen o tienen muy pocas deducciones y exenciones de impuestos.

Asimismo no debe asumirse que por el solo hecho de estar tratando con el *treaty shopping* este conlleva un fraude a la ley tributaria. No se debe desatender el hecho que la sociedad que se estime como instrumental realice efectivamente actividades económicas en su país de residencia (*economic substance*).

ii. Respecto de la supuesta reciprocidad entre los Estados ello no es tal como se plantea por cuanto parte de la base que detrás de cada beneficio que otorga el tratado existe reciprocidad entre las partes.

Dicha premisa no es absolutamente correcta. En la medida que se negocia un determinado CDTI se realizan ciertas concesiones por los Estados, pero no por ello dichas concesiones se han hecho de manera equitativa. Puede existir el caso en que un Estado de mayor fuerza política o económica negocie el tratado a su favor, con lo cual un Estado de menor envergadura deba aceptar las condiciones propuestas “unilateralmente”. Así se rompe un balance que no siempre existió como equitativo entre los Estados.

iii. En lo que respecta al argumento sobre el desincentivo para suscribir convenios, deben tenerse en cuenta las distintas fuerzas dentro del mercado internacional que tienden a la autocorrección de la competencia y la presión a la cual se encuentran sometidas las administraciones fiscales de cada país en orden a converger.

⁹⁹ AVI-YONAH, Reuven. op. cit. Pág. 7-10. También CERVANTES, Marcos. op. cit. Pág. 21-24.

Como podemos apreciar, existen variados argumentos a favor y en contra del *treaty shopping*. Sin perjuicio de ello, y a pesar de que muchas administraciones fiscales utilizan herramientas para combatir esta situación, otras no lo hacen, e incluso intentan promoverla.

A propósito, nos parece interesante resaltar lo dispuesto en un fallo de la Corte Suprema India, el cual hace hincapié en la diferencia entre los países desarrollados y subdesarrollados en cuanto al trato frente al *treaty shopping*.

En *Union of India v. Azadi Bachao Andolan*, dicha corte estableció que “(...) muchos países desarrollados toleran o fomentan el *treaty shopping*, aunque sea impropio o injustificado, por otras razones no relacionadas con impuestos, a menos que conlleven una pérdida significativa de la recaudación fiscal. A mayor abundamiento, muchos de ellos permiten el uso de su red de tratados para atraer empresas extranjeras y actividades fuera del país de origen. Algunos de ellos favorecen el *treaty shopping* para invertir en el exterior, para reducir los impuestos extranjeros de sus contribuyentes, pero no les gustan sus propias pérdidas de recaudación de impuestos en inversión extranjera o comercio de los no residentes. En los países en desarrollo, el *treaty shopping* es comúnmente tratado como un incentivo tributario para atraer el escaso capital extranjero o tecnología (...). Al respecto, no difiere sustancialmente de otro tipo de incentivos tributarios otorgados por estos como exenciones temporales de impuestos, *grants*, etc.”¹⁰⁰.

Dicho lo anterior, y sin perjuicio que ciertos países estiman que no deben tomarse medidas en contra de las estructuras *treaty shopping*, a continuación nos referiremos a todas aquellas propuestas que se han planteado para evitar el surgimiento de estructuras de este tipo.

¹⁰⁰ Union of India v. Azadi Bachao Andolan. Supreme Court of India, Civil Appellate Division. 2003. En: ROHTAGI, Roy. Basic International Taxation, Kluwer Law International. Págs. 373-374. La traducción es nuestra.

5. Medidas contra el *Treaty Shopping*.

Sobre este respecto, el profesor Rohatgi establece que existen, a grandes rasgos, cuatro categorías de medidas *anti-treaty shopping*¹⁰¹, a saber:

- i. Medidas neutrales (*neutral measures*): aquellas que combinan, tanto la normativa interna de los Estados contratantes, con las propias medidas que se encuentran en el CDTI firmados por éstos.
- ii. Medidas específicas (*specific measures*): aquellas medidas que niegan los beneficios de un CDTI a entidades que no se encuentran obligadas a tributar en su Estado de residencia o que gozan de un tratamiento tributario preferente¹⁰².
- iii. Medidas basadas en objetivos (*Purpose-based measures*): éstas medidas se establecen para negar cierto tipo de beneficio de un CDTI a entidades que se han establecido para la sola función de reclamar dichos beneficios.
- iv. Medidas comprensivas (*Comprehensive measures*): Abordan un amplio espectro de operaciones, impuestas tanto en la legislación interna como en los tratados.

La OCDE manifiesta al respecto que existen dos formas en las cuales las normas para enfrentar el *treaty shopping* se pueden integrar¹⁰³.

Primeramente, los Estados se encuentran facultados para adoptar la postura que el abuso de una norma en un tratado puede ser considerado, al mismo tiempo, como

¹⁰¹ ROHATGI, Roy. op. cit. Pág. 362 y 363.

¹⁰² El ejemplo clásico son aquellas sociedades domiciliadas en Luxemburgo (conocidas por la doctrina internacional como las “sociedades de Luxemburgo de 1929”), las cuales no están afectas a tributación en dicho país, y por tanto, las rentas que dichas sociedades obtengan en el extranjero, en caso de no ser gravadas en la fuente, no son objeto de imposición en absoluto.

¹⁰³ Comentarios modelo OCDE Art.1 Párrafos 9.1-9.3. año 2010.

abuso de una norma de carácter nacional. De ser así, estos pueden utilizar cualquiera de las normas dispuestas en el mismo tratado, y eventualmente aplicar cualquier regla anti elusiva establecida en la ley interna.

Por otra parte, establece que los Estados también pueden adoptar la postura que el *treaty shopping* es un abuso del tratado en sí mismo, en oposición al abuso de una norma nacional. Por tanto, una construcción apropiada de los convenios bastaría a los Estados para desestimar transacciones abusivas.

Como vemos, existen diversas vías para evitar este tipo de estructuras. En principio, un Estado contratante podría recurrir a las normas establecidos en los propios convenios o también aplicar sus propias normas internas para hacer frente a ésta práctica. Sin embargo, esta es una materia discutida, sobre la cual nos referiremos a continuación.

5.1. Normativa interna *anti-treaty shopping*.

La regulación fiscal nacional es el primer *test* que debe sortear una planificación fiscal internacional adecuada para no caer dentro de un uso abusivo de los CDTI. Si bien es la norma base, como veremos posteriormente, no siempre debe atenderse a ella ya que se encuentra en juego la estructura interna de jerarquía legal.

Como se vio anteriormente, los países pueden unilateralmente establecer normas para aliviar la doble tributación internacional, supliendo en parte la necesidad de establecer un CDTI. Dentro de este ámbito, es común que los países, establezcan normas de carácter general con el objeto de evitar la elusión fiscal indebida (en adelante GAAR).

Países como España, Suiza o Estados Unidos, cuentan con normas de éste tipo en sus códigos tributarios. Sin embargo y como se estableció con respecto a la práctica local, por el mismo hecho de aplicar normativa interna se produce el problema de qué

es lo que entiende cada país por un mismo hecho fiscal. Y es que al ser normas de carácter general, la interpretación de sus términos de carácter amplio puede causar inseguridad jurídica, por lo que se debe llevar acabo con suma cautela para no lesionar la armonía fiscal internacional entre los países contratantes, recordemos que respecto de un mismo acto un país puede ser el Estado fuente o el de residencia.

Vega Borrego establece que la aplicación de este tipo de normativa puede traer aparejados tres tipos de dificultades para los Estados.¹⁰⁴

El primero de estos problemas dice relación con lo difícil que resulta, para las distintas autoridades nacionales involucradas, determinar cuándo una operación o transacción de índole internacional tiene el carácter de abusiva.

Un segundo problema, viene asociado al empleo de normativa interna dentro del ámbito de aplicación de un CDTI. Esto, al determinarse con un criterio nacional una posible denegación de un beneficio tributario a un residente de otro país, en condiciones de que estamos frente a una transacción de carácter internacional. Asimismo, en el otro Estado contratante el criterio puede ser distinto y por ende, sí se obtengan dichos beneficios.

El tercer problema que identifica este autor, se encuentra relacionado con el principio *pacta sunt servanda*. Este se puede producir, toda vez que a una determinada transacción le sean aplicables los beneficios establecidos en un convenio, pero que luego, e invocando lo dispuesto en la legislación interna, estos beneficios le sean desconocidos por parte de alguno de los Estados parte del convenio.

Esto es lo que la doctrina ha denominado como el *treaty override*. Esta situación se produce cuando un Estado, invocando el derecho interno, desconoce lo dispuesto en un determinado tratado. Sobre este respecto, y a propósito de lo que señalamos en el

¹⁰⁴ VEGA BORREGO, Alberto. op. cit. Págs. 105-110.

capítulo anterior, las normas establecidas en un tratado internacional tienen por lo general, preeminencia por sobre las normas de carácter interno¹⁰⁵.

Las consecuencias lógicas que se derivan de este tipo de ejercicio normativo son la falta de certeza jurídica, lo que conlleva incertidumbre tanto a nivel jurídico, económico y político entre otros.

En este sentido, la OCDE, establece que la forma de subsanar dificultades posteriores a la entrada en vigencia de un CDTI es la renegociación del mismo o la suscripción conjunta de medidas al respecto. Por otro lado, la Convención de Viena establece en su artículo 60 la facultad de poner término en forma unilateral el tratado si éste es incumplido por el otro Estado contratante¹⁰⁶.

Por último, por medio de los Comentarios al Modelo, la OCDE ha defendido la postura de que las normas domésticas contra la elusión no tienen por qué estar

¹⁰⁵ Países como Estados Unidos y Suiza han implementado normas que producen *treaty override* a pesar de la objeción de la comunidad internacional.

¹⁰⁶ Artículo 60. Causales de terminación de un tratado o suspensión de su aplicación como consecuencia de su violación:

1. Una violación grave de un tratado bilateral por una de las partes facultará a la otra para alegar la violación como causa para dar por terminado el tratado o para suspender su aplicación total o parcialmente.

2. Una violación grave de un tratado multilateral por una de las partes facultará:

a) a las otras partes, procediendo por acuerdo unánime, suspender la aplicación del tratado total o parcialmente o darlo por terminado. sea:

i) en las relaciones entre ellas y el Estado autor de la violación; o

ii) entre todas las partes;

b) a una parte especialmente perjudicada por la violación para alegar ésta como causa para suspender la aplicación del tratado total o parcialmente en las relaciones entre ella y el Estado autor de la violación;

c) a cualquier parte, que no sea el Estado autor de la violación, para alegar la violación como causa para suspender la aplicación del tratado total o parcialmente con respecto a sí misma, si el tratado es de tal índole que una violación grave de sus disposiciones por una parte modifica radicalmente la situación de cada parte con respecto a la ejecución ulterior de sus obligaciones en virtud del tratado.

3. Para los efectos del presente artículo, constituirán violación grave de un tratado:

a) un rechazo del tratado no admitido por la presente Convención; o

b) la violación de una disposición esencial para la consecución del objeto o del fin del tratado.

4. Los precedentes párrafos se entenderán sin perjuicio de las disposiciones del tratado aplicables en caso de violación.

5. Lo previsto en los párrafos 1 a 3 no se aplicará a las disposiciones relativas a la protección de la persona humana contenidas en tratados de carácter humanitario, en particular a las disposiciones que prohíben toda forma de represalias con respecto a las personas protegidas por tales tratados.

expresamente incorporadas en los CDTI a fin de condicionar la aplicación de los tratados. De acuerdo a lo señalado por Loomer, se busca afirmar que los impuestos son establecidos por el derecho interno, y éstos no son más que reducidos por los CDTI, por lo tanto un abuso de las disposiciones de un convenio también sería un abuso de las disposiciones de derecho interno, en virtud del cual se aplica el impuesto. Por tanto, la OCDE concluye que no existe conflicto entre las normas nacionales anti elusivas y los CDTI¹⁰⁷.

El mismo autor agrega que un sector de la doctrina, al cual adherimos, ha argumentado que las opiniones expresadas en los Comentarios de la OCDE son inconsistentes¹⁰⁸. Ellos creen que un Estado que ha adoptado la posición de la OCDE, estaría dejando sin efecto de manera unilateral un tratado, es decir incurriría en *treaty override*, equivalente a una violación del derecho internacional público.

Por su parte la ONU, en su reporte sobre el fenómeno del *treaty shopping*¹⁰⁹, cuestionó el hecho que se denegaran los beneficios establecidos en los tratados en virtud del derecho interno, preguntándose si esta conducta pudiese ser considerada como un incumplimiento de las obligaciones que emanan de los tratados por parte de un Estado. Se observó que, si en algún caso particular, se determina que el tratado otorgue un beneficio estimado como abusivo, los contratantes tendrían que considerar la renegociación del tratado a fin de evitar situaciones similares en el futuro, primando de esta manera el principio de *pacta sunt servanda*.

5.2. Normas chilenas contra la evasión y su relación con las normas de este tipo establecidas en los CDTI.

¹⁰⁷ LOOMER, Geoffrey T. op. cit. Pág. 34.

¹⁰⁸ VAN WEEGHEL, Stef. op. cit. Págs. 92–98.

¹⁰⁹ ONU, Department of International Economic and Social Affairs, Contributions to International Co-operation in Tax Matters: Treaty Shopping, Thin Capitalization, Co-operation between Tax Authorities, Resolving International Tax Disputes, New York, 1988. Esta es la misma conclusión a la que llega la Corte Suprema India en el caso *Union of India v. Azadi Bachao Andolan*. Ver nota 111.

Tal como observa la profesora Astrid Schudeck, en Chile no existe una normativa interna de carácter general de tipo GAAR que sancione fraudes elusivos. Sin embargo, señala que existen ciertas normas anti elusivas diseminadas en nuestra legislación tributaria¹¹⁰.

A lo anterior, debemos agregar que nuestra legislación tampoco cuenta con una o más normas que se refieran a la relación entre las reglas de carácter interno con aquellas establecidas en convenios de carácter internacional.

Ante la falta de normas que regulen dicha materia, el tema debe ser enfocado desde el punto de la jerarquía que tienen las disposiciones comprendidas en un tratado internacional como lo son los CDTI.

Como lo hemos dicho anteriormente, antes de la reforma constitucional de 2005 el tema no se encontraba resuelto. Luego, si bien no existe una doctrina uniforme, se considera que las disposiciones de un tratado no pueden ser modificadas o derogadas por la ley interna del país. Sin embargo, existe todavía discusión respecto a que ocurre en el caso que la ley modificatoria o derogatoria tenga rango constitucional.

La discusión respecto a la relación entre normas internas e internacionales, no es meramente una discusión doctrinaria. A modo de ejemplo, podemos citar el caso respecto del pago de intereses al extranjero y el exceso de endeudamiento, contemplados en el artículo 59 N° 1 de la Ley sobre Impuesto a la Renta¹¹¹.

Dicha norma establece, que los créditos a partes relacionadas en el exterior, que generen intereses estarán afectos a una tasa de retención del 4%. Sin embargo, si los créditos exceden 3 veces el patrimonio del deudor, los intereses que excedan dicha

¹¹⁰ SCHUDECK, Astrid. Chile. En: INTERNATIONAL FISCAL ASSOCIATION. Cahiers de droit fiscal international, Holanda, 2010. Págs. 193-208. La profesora Schudeck enumera ciertas normas anti elusivas establecidas en la ley chilena, como lo son por ejemplo, las normas sobre precios de transferencia, normas sobre el pago de regalías a relacionados en el exterior, normas relacionadas a transacciones hechas con personas domiciliadas en paraísos fiscales, normas sobre exceso de endeudamiento, entre otros.

¹¹¹ La ley establece que hay exceso de endeudamiento, cuando el monto total de las deudas de una empresa son 3 veces mayor que el patrimonio de dicha empresa.

relación deuda-patrimonio estarán afectos a una tasa de retención del 35% y no del 4%.

La regla anterior, implica la aplicación una tasa de 4% sobre los intereses que cumplan con la regla de endeudamiento, y a la vez, la aplicación de una tasa de 31% sobre la diferencia o sobre el exceso de endeudamiento.

Ahora bien, recordemos que los CDTI establecen una tasa máxima de retención sobre los intereses de un 15%. Por tanto, la discusión se ha centrado respecto de la aplicación de esta tasa (15%) en aquellos casos en que exista exceso de endeudamiento, de manera que la tasa de 35% (o más bien de 31% sobre la diferencia) deba ser rebajada a 15%¹¹².

La discusión fue zanjada por el Servicio de Impuestos Internos, el cual a través del Oficio N° 3939 de 2004, estableció que este impuesto sobre el exceso de endeudamiento no podía ser considerado como impuesto de retención, y por lo tanto, no corresponde que la tasa sea rebajada al máximo de 15% establecido en los CDTI. Esto, porque los beneficios establecidos en los CDTI sólo son aplicables respecto de los impuestos de retención y no sobre impuestos de una naturaleza diversa, como ocurre en este caso.

Cabe señalar, que esta postura es controvertida y existen sólidos argumentos para sostener que las tasas máximas establecidas en los convenios son aplicables en este caso. De todas formas, esta materia amerita ser estudiada en profundidad, y solamente la citamos como un ejemplo en que se produce una disyuntiva entre la aplicación de normas de carácter local en relación con las disposiciones establecidas en los CDTI.

¹¹² A propósito, sólo algunos CDTI firmados por Chile, por ejemplo el suscrito con Brasil o Francia se han pronunciado sobre este aspecto. En ellos, claramente se establece que las disposiciones locales sobre exceso de endeudamiento no se verán modificadas por los respectivos convenios. Esto, sirvió como fundamento para que algunos sostuvieran que en todos los otros CDTI en los cuales no se pactó una disposición semejante, las normas locales sobre exceso de endeudamiento se entendían modificadas.

Es por ello que se han concentrado los esfuerzos en la implementación de normas específicas para tratar posibles situaciones de *treaty shopping* dentro de los propios CDTI, siendo el beneficiario efectivo junto con la cláusula de exclusión, ambas analizadas posteriormente, aquellas que destacan en todos los CDTI firmados por nuestro país.

En suma, existen aprensiones fundadas respecto de la aplicación de la normativa interna en contra del *treaty shopping*. Por un lado, se reconoce la funcionalidad de establecer normas de tipo GAAR en las legislaciones internas, pero a la vez, se reconocen que existen dificultades que se derivan de su variedad como de su compleja interpretación, dificultades que muchas veces sobrepasan a los beneficios.

En el apartado siguiente analizaremos aquellas medidas que se han estimado como más adecuada para hacer frente a los desafíos que plantean las estructuras de *treaty shopping*.

5.3. Las normas contra el *treaty shopping* comprendidas en los CDTI.

Al ser el *treaty shopping* un fenómeno de carácter internacional, y ante la disyuntiva sobre la aplicación de normas de carácter interno, se debe recurrir a las mismas reglas establecidas en los CDTI sobre este respecto.

Dentro de las normas con que cuentan los CDTI para hacer frente al *treaty shopping* podemos distinguir primeramente a aquellas cuyo objeto es delimitar *a priori* el ámbito de aplicación subjetivo del mismo. Estas son, el concepto de persona y residencia.

Por otra parte se encuentran las cláusulas de limitación de beneficios (LOB como ya lo anticipamos) introducidas principalmente por Estados Unidos en 1996 en su modelo y cuya adopción se ha ido estandarizando en el último tiempo. Este tipo de cláusulas también han sido propuestas por la OCDE, sin embargo, éstas han recibido escasa aplicación en la práctica.

Finalmente, existen medidas o cláusulas específicas que se agregan a los convenios, como lo es el concepto de beneficiario efectivo, para limitar el acceso a los beneficios de un tratado por parte de residentes de un tercer Estado.

5.3.1.El concepto de persona y residencia.

El modelo OCDE, establece en su artículo 1 que: “El Convenio se aplica a las personas residentes de uno o de ambos Estados contratantes”. Por tanto, podemos observar que deben cumplirse dos requisitos básicos para acogerse a los beneficios establecidos en los convenios. Esto es, ser una persona y a la vez, residente de uno de los países contratantes.

El artículo 3 del modelo OCDE establece que el concepto “persona” comprende tanto a las personas naturales, las sociedades y cualquier otra agrupación de personas. Agrega que por “sociedad” debe entenderse cualquier persona jurídica o cualquier entidad que se considere persona jurídica para efectos impositivos.

Como se puede apreciar, el concepto se encuentra establecido en términos muy amplios, pudiendo incluirse dentro de ésta definición, a personas naturales o jurídicas como también a otros entes sin personalidad jurídica a los que se les atribuye esta cualidad para efectos fiscales¹¹³.

En cuanto al concepto de residencia, el modelo OCDE establece en su artículo 4 que el término residente de un Estado contratante “significa toda persona, que en virtud de la legislación del mismo, está sujeta a imposición en él por razón de su domicilio, residencia, sede de dirección o cualquier otro criterio de naturaleza análoga”. Por tanto, la residencia debe determinarse de acuerdo a las normas locales de cada país.

¹¹³ GONZÁLEZ, Osiel. op. cit. Pág. 55. Agrega el profesor González, que de esta manera quedarían incluidos dentro del concepto de persona en Chile, los fideicomisos, las comunidades hereditarias, los empresarios individuales y los fondos de inversión privados, entre otros.

Sin embargo, las legislaciones internas de cada país generalmente difieren sobre esta materia. De esta manera, una persona puede ser considerada como residente por ambos Estados contratantes a la vez, lo que genera un conflicto.

Es por esto, que los mismos convenios establecen ciertas reglas aplicables para determinar, en caso de conflicto, qué Estado se debe considerar como residente un contribuyente¹¹⁴.

Por último, cabe señalar que la residencia debe ser acreditada por el contribuyente, lo que generalmente se lleva a cabo por medio de un “certificado de residencia”¹¹⁵.

5.3.2. Las cláusulas de limitación de beneficios (LOB *clauses*).

La introducción de éste tipo de cláusulas vino a significar un refuerzo a la delimitación del ámbito subjetivo en los CDTI, con el propósito de evitar la creación de estructuras que buscan únicamente la obtención de los beneficios establecidos en los CDTI.

Las siguientes, son aquellas cláusulas que la OCDE, a través de los Comentarios al artículo 1 de su Modelo, ha recomendado adoptar a los países que celebren convenios. En consecuencia, éstas no son obligatorias para las partes, y en la práctica, han recibido una escasa aplicación.

5.3.3. *Look-through approach* (o levantamiento del velo).

¹¹⁴ El Modelo OCDE establece en su artículo 4 un orden de prelación de reglas para determinar la residencia de un contribuyente. En caso de que no se pueda determinar la residencia por esta vía, el convenio promueve que los Estados contratantes lo determinen mediante un procedimiento de mutuo acuerdo. En ausencia de tal acuerdo, el contribuyente no tendrá derecho a los beneficios o exenciones contempladas en el tratado.

¹¹⁵ El CDTI entre Chile y Francia establece expresamente la obligación de acreditar la calidad de residente en el otro Estado contratante por medio de un certificado de residencia emitido por la autoridad correspondiente.

El objeto de esta cláusula es excluir de la aplicación de los beneficios establecidos en el convenio, a aquellas compañías que si bien están domiciliadas en uno de los países contratantes, están controladas o son propiedad de personas o entidades domiciliadas en un tercer Estado. Para estos efectos, a dichas compañías se les considera como transparentes. Con esto, se busca evitar que se constituyan sociedades en determinados países, con el solo objeto de aprovechar la red de tratados con que esos países cuentan.

Sin embargo, la OCDE establece que los beneficios dispuestos en los convenios igualmente serán aplicables, si dicha compañía lleva a cabo una verdadera actividad económica en su país de residencia o si ésta tiene “sustancia”. Estos elementos, deben ser analizados caso a caso.

5.3.4. *Channel approach.*

Al igual que en el caso anterior, existe una compañía residente en un Estado parte de un convenio, pero que a su vez es propiedad o está controlada por personas o entidades residentes en otro Estado. En este sentido, esta cláusula dispone que esta compañía no puede invocar los beneficios establecidos en el CDTI, si la mayor parte de la renta es remesada o pagada a sus dueños o controladores domiciliados en el otro Estado, es decir, si es utilizada simplemente como un “canal” por donde transita el dinero.

Un claro ejemplo de este tipo de medidas, se encuentra contenido en el párrafo 5 del protocolo del convenio entre Chile y Suiza. En éste se establece que no se aplicarán los beneficios comprendidos respecto de dividendos, intereses y/o regalías, si estos son pagados en virtud de un “acuerdo instrumental”.

Agrega esta norma, que por “acuerdo instrumental” debe entenderse como aquella transacción estructurada de forma tal, que le permiten a un residente de un Estado determinado reclamar los beneficios del convenio respecto de ese tipo de rentas, pero

que luego la totalidad o gran parte de estas mismas rentas son pagadas a un residente en un tercer país.

5.3.5. Subject to tax approach.

Este tipo de cláusula limita la aplicación de los beneficios de un CDTI sujetándolos a la condición de que la renta percibida en el Estado de la fuente se encuentre sujeta en el Estado de residencia a un impuesto similar al que estaría afecto en el primer Estado. Sin embargo se le critica que afecta adversamente a entidades que se encuentran legalmente exentas de impuestos como obras de caridad, fondos de pensión, etcétera, así como a otras entidades que se les otorgaron exenciones temporales de impuestos¹¹⁶.

5.3.6. Exclusion approach.

Este tipo de cláusulas se introducen con el objeto de excluir de los beneficios establecidos en un CDTI a aquellas sociedades que se constituyen especialmente en países donde existen regímenes tributarios privilegiados, con el solo objeto de aprovechar estos privilegios.

Recordemos que los convenios eliminan o reducen la tasa de impuestos en el país pagador o fuente. Luego, por medio de estas estructuras corporativas, se logra no solo un beneficio en el país de la fuente de acuerdo al convenio, sino que luego, esta misma compañía que percibe una renta de fuente extranjera, se verá beneficiada por los privilegios establecidos por su Estado de residencia.

¹¹⁶ A propósito, el Convenio de Chile con Canadá establece en su artículo 28 N° 5 que los beneficios comprendidos en éste, no serán aplicables a una sociedad, fideicomiso (*trust*) o comunidad que sea residente de uno de los Estados contratantes, y que a su vez sea propiedad o esté controlada directa o indirectamente, por una o varias personas que no son residentes de dicho Estado. Esto, en la medida que el impuesto aplicado por el Estado de residencia de la sociedad, fideicomiso o comunidad como consecuencia de la aplicación del convenio sea notoriamente menor al que se hubiese aplicado si los propietarios o controladores de dicha sociedad, fideicomiso o comunidad fueran residentes de este último Estado.

Ahora bien, los Estados deben ser cuidadosos al momento de determinar la aplicación de esta cláusula, puesto que se pudiese afectar a aquellas entidades que disfrutaran de un régimen tributario privilegiado por razones legítimas. Es el caso de las entidades sin fines de lucro, las cuales por lo general tienen un tratamiento tributario favorable.

En síntesis, respecto de los dos primeros métodos, el énfasis se encuentra puesto en la propiedad de la entidad intermediaria y su consiguiente relación con el receptor de la renta. Su objetivo es denegar los beneficios de un CDTI cuando el receptor formal de la renta no tenga derecho suficiente a estas o bien dicha renta con seguridad pase a un tercer Estado.

Por otra parte, los últimos dos métodos se encuentran enfocados en la tributación en el país de residencia. Su objetivo es asegurar que los beneficios del CDTI en el Estado de la fuente sean denegados cuando la renta sea gravada en un tercer Estado no contratante y no en el país de residencia.¹¹⁷

Es necesario que estas medidas para contrarrestar el *treaty shopping* sean temperadas, acompañándolas con una cláusula de buena fe (*bona fide provisions*), con el objeto de proteger a todas aquellas sociedades que tengan verdadera sustancia económica, desarrollen actividades económicas fidedignas u ofrezcan otros motivos válidos para su residencia en dichos países, no se les deniegue la aplicación de los beneficios del CDTI¹¹⁸.

Para asegurar lo anterior, esto es, que los beneficios consagrados en los convenios se apliquen en todos aquellos casos en que exista buena fe por parte de los contribuyentes, la OCDE ha sugerido que se incorporen a los CDTI ciertas cláusulas. De esa manera, una compañía que incumpla lo señalado en las cláusulas de limitación de beneficio, igualmente puede beneficiarse de los convenios. Estas cláusulas son:

¹¹⁷ AVI-YONAH, Reuven. op. cit. Pág. 12.

¹¹⁸ DELGADO PACHECO, Abelardo. op. cit. Pág. 110.

5.3.7. Cláusula general de buena fe.

Ésta establece que se aplicarán los beneficios establecidos en los convenios a todas aquellas sociedades cuya creación, mantenimiento y actividades en general se rijan por razones económicas legítimas. En definitiva, esta cláusula protege a aquellas empresas que no han sido creadas con el único fin de obtener beneficios tributarios.

Dentro de esta categoría, podemos incluir a lo que se conoce en la doctrina como *activity provision*. Esta cláusula tiene por objeto otorgar los beneficios establecidos en los convenios a aquellas compañías que tienen una actividad sustantiva o relevante en su país de residencia.

5.3.8. Amount of tax provision.

Esta cláusula establece que se otorgarán los beneficios dispuestos en los convenios a aquellas sociedades que solicitan una rebaja de impuestos menor a la carga impositiva efectiva en su país de residencia. Por ejemplo, una empresa residente en el Estado A solicita se rebaje la tasa de impuestos a pagar en el Estado B, de acuerdo a lo establecido en el CDTI existente entre ambos países. Luego, si el impuesto a pagar por esta empresa en su país de residencia es mayor a la rebaja solicitada, entonces ésta última deberá ser concedida.

5.3.9. Stock Exchange provision.

Esta provisión establece que se aplicarán los beneficios dispuestos en los convenios a todas aquellas sociedades que tengan registradas sus acciones principales en una bolsa de valores del país donde es residente, o cuando ésta sea propiedad de una o más empresas residentes en este país que tengan registradas sus

acciones principales en una bolsa de valores del mismo país. En síntesis, se exige que las compañías tengan presencia bursátil.

La OCDE señala que las partes deben acordar por medio de negociaciones la redacción de estas provisiones. Asimismo aconseja a los diferentes países, que otorguen a sus autoridades tributarias respectivas la atribución de determinar cuándo una compañía es susceptible de ser beneficiado por un convenio, a pesar de no cumplir con las cláusulas de limitación de beneficios.

Sin embargo, y tal como lo hemos señalado anteriormente, este tipo de medidas que propone la OCDE no se han visto plasmadas de manera general en los convenios, al no existir una cláusula especial de limitación de beneficios. Solamente algunos países han adoptado algunas de estas en sus propios convenios, pero siempre de manera aislada y para casos muy puntuales.

5.4. La cláusula de limitación de beneficios en el Convenio modelo de Estados Unidos.

Estados Unidos es el país que ha liderado los esfuerzos encaminados en establecer limitaciones a aquellos contribuyentes, que pretenden aprovecharse de los beneficios comprendidos en los convenios, por medio de estructuras artificiales.

Como lo hemos visto, para muchos países las estructuras *treaty shopping* no son repudiables, y por lo tanto, no adoptan medidas para evitar la proliferación de éstas. En cambio, Estados Unidos considera que esta situación es absolutamente intolerable y, por lo tanto, debe existir una normativa acorde con este fin.

Es por esto, que a diferencia de lo que señalábamos a propósito del modelo OCDE, en donde las normas anti abuso están diseminadas y varían dependiendo de lo acordado por parte de los países contratantes, en el modelo de Estados Unidos lleva a cabo una regulación orgánica, por medio del establecimiento de una cláusula especial

de limitación de beneficios. Esta se encuentra específicamente en el artículo 22, con el título de “*Limitation of benefits*” (limitación de beneficios), lo que analizaremos a continuación.

5.4.1. Estructura de la cláusula de limitación de beneficios.

La cláusula establece que un residente de un Estado Contratante no tendrá derecho a los beneficios establecidos en el CDTI respectivo, salvo éste sea considerado por la autoridad tributaria como una “persona calificada”.

Para estos efectos, se detallan dentro de la cláusula todas aquellas situaciones respecto de las cuales un contribuyente es considerado como “persona calificada” y, como tal, beneficiario del convenio, a saber¹¹⁹:

- a) Las personas naturales;
- b) Una entidad de carácter público, por ejemplo, una Municipalidad;
- c) Toda entidad sin fines de lucro, por ejemplo, un fondo de pensión;
- d) Una sociedad, si es que ésta cumple cualquiera de las siguientes condiciones:
 - i) La categoría principal de sus acciones sea tranzada en bolsa de valores reconocida en el Estado de su residencia, y estas representan al menos el 50% de los derechos de voto y del valor de la sociedad.
 - ii) Las subsidiarias, si al menos el 50% de cada clase de acciones dentro de la compañía son directa o indirectamente propiedad de una sociedad

¹¹⁹ AULT, Hugh. Et.al, Introduction to United States International Taxation. Págs 182-184. También BITKKER, Boris. Fundamentals of International Taxation. Warren Gorham & Lamont, 2002. Págs. 223-227.

que transe sus acciones de acuerdo a lo señalado en el numeral anterior.

- iii) El artículo 22 (2) (f) impone una doble prueba a cualquier sociedad que no transe sus acciones en bolsa de valores, esto es, la prueba de propiedad y la prueba de erosión de la base.

La primera de las pruebas exige que las compañías que solicitan la aplicación de los beneficios establecidos en el convenio, al menos durante la mitad de los días de un año tributario, el 50% de sus derechos sean propiedad de residentes, personas naturales, del Estado que sea parte del convenio o de otras compañías residentes en dicho Estado, que cumpla con alguno de los requisitos establecidos en los numerales anteriores.

La segunda prueba, exige que no más del 50% de la utilidad bruta de una compañía, sea pagada a personas que no sean residentes de los países parte del convenio.

Por último, en caso que no pueda cumplirse con alguna de las condiciones señaladas anteriormente, la cláusula establece que una sociedad podrá ser considerada como “persona calificada”, si desarrolla activamente conductas comerciales o de negocios en su país de residencia¹²⁰.

Es decir, el convenio considera también elementos de tipo subjetivo tomando en consideración los hechos y circunstancias que dicen relación con la obtención de la renta. Así por ejemplo, en el caso que una renta provenga sustancial e inequívocamente del desarrollo de negocios efectivamente realizados.

En definitiva, Estados Unidos es uno de los pocos países en el mundo, que ha encaminado sus esfuerzos a establecer una regulación integral de la limitación de

¹²⁰ El Modelo de Estados Unidos utiliza la expresión “*trade or business*”.

beneficios. Las reglas dispuestas en este sentido, apuntan a otorgar los beneficios establecidos en los convenios a aquellos contribuyentes que cumplan con ciertos requisitos objetivos, los cuales son fácilmente comprobables. Pero esta cláusula, también reconoce a aquellos sujetos que llevan a cabo actividades económicas o comerciales reales y sustanciales en alguno de los países contratantes, lo que es coincidente con lo señalado en los Comentarios de la OCDE a este respecto.

5.5. La cláusula de beneficiario efectivo.

Una de las cláusulas específicas contra el abuso, es la del beneficiario efectivo (*beneficial ownership*). Esta reviste de gran relevancia, por un lado porque la gran mayoría de los CDTI cuentan con esta limitación específica, respecto de la obtención de ciertas rentas (dividendos, intereses y regalías), y por otro lado, porque existe un gran número de casos en los cuales los países contratantes no han establecido ningún otro tipo de limitaciones.

Sin embargo, no existe un significado preciso de lo que se entiende por ella. Es más, como se constató hace más de veinte años existía escasa probabilidad de que se arribara a un consenso internacional respecto del significado del término beneficiario efectivo¹²¹. Tal como dicha afirmación previó, hasta el día de hoy, no se ha dado tal armonía. Es por ello que a la vista de la importancia de éste término, dedicaremos los siguientes capítulos a su análisis en profundidad.

¹²¹ AVERY JONES, John. Et al. The Treatment of Trusts under the OECD Model Convention, European Taxation, 1989. Pág 379. En: CERVANTES, Marcos. op. cit. Pág. 1. En este mismo sentido LUKOFF, F. Dividends, Interest, Royalties: The Beneficial Ownership. Change in the 1974 Amendments to the OECD Draft Convention. Taxes-The Tax Magazine 8: 566-567, 1977. En: VEGA BORREGO, Alberto. op. cit. Pág. 136.

CAPÍTULO V: LA CLÁUSULA DE BENEFICIARIO EFECTIVO

1. Función de la cláusula.

Una de las medidas más importantes que contienen los Convenios para evitar la doble tributación internacional para luchar en contra del *treaty shopping*, es la denominada cláusula de beneficiario efectivo (*beneficial ownership clause*), establecida en los artículos 10, 11 y 12 del modelo OCDE, a propósito de los dividendos, intereses y regalías o *royalties* respectivamente.

Como cláusula específica contra la elusión¹²² (*specific anti-avoidance clause*), su objetivo es denegar los beneficios establecidos en el convenio, cuando el perceptor de los dividendos, intereses o regalías, residente en el otro Estado contratante, no sea el beneficiario efectivo de dichas rentas. Ello puede suceder, por ejemplo, cuando una sociedad perceptora de uno de los rendimientos anteriormente mencionados, que pretende acceder a los beneficios del tratado, se constituya con un fin meramente instrumental. Esto es, recibir dichas rentas para luego distribuirlas a un tercero, ubicado en otro Estado.

La importancia de esta cláusula radica no sólo en el papel que juega en la lucha contra el *treaty shopping* y el abuso de los convenios, sino que además, viene a complementar lo dispuesto en las legislaciones internas de los países contratantes. Esto, en la medida que la mayoría de los países no cuenta en su normativa local con herramientas específicas para la limitación de beneficios en contra de aquellas

¹²² Damos por reproducida aquí la discusión analizada en el Capítulo 4 respecto del uso inapropiado de un CDTI y las distintas visiones que existen sobre la elusión.

estructuras artificiales que sólo buscan obtener una ventaja desde el punto de vista impositivo¹²³.

Sin embargo, los límites de esta cláusula distan de ser claros y la experiencia de su aplicación, tanto internacional como en Chile, es realmente escasa por lo que las autoridades fiscales, así como los tribunales de cada país, tienen mucho camino por recorrer en materia interpretativa.

2. Origen del concepto.

El término beneficiario efectivo tiene su origen en el derecho anglosajón. Su inclusión en el Modelo se remonta al año 1977, sin embargo, al momento de ésta incorporación, no se determinó cual iba a ser su significado. A pesar de ello, debemos establecer que esta no era la primera vez que se introducía este concepto en un convenio sobre fiscalidad internacional. Ya en 1966, en el protocolo del CDTI entre Estados Unidos y el Reino Unido se incluía este término. Sin perjuicio de su paulatina inclusión en diversos convenios celebrados en el mundo, el reducido análisis por parte de la doctrina y jurisprudencia internacional en aquella época tampoco contribuyeron a precisar su significado¹²⁴.

Como señalamos en el párrafo precedente, el concepto nace en el derecho anglosajón, más precisamente en las decisiones de la Corte de Equidad en el Reino Unido a propósito de la figura del *trust*. Debemos entender por *trust* a aquella relación fiduciaria en la que una persona es titular de un derecho sobre una cosa, pero sujeta a la obligación de mantener o usar dicha propiedad para el beneficio de otra persona

¹²³ KRISHNA, Vern. op. cit. Pág. 132.

¹²⁴ SUMMERHILL, Louis; "et. al." Beneficial Ownership by Holding Company Respected. Tax Bulletin, Aird & Berlis LLP. 2008. Pág. 5. A ello se suma su inclusión en el convenio de 1966 entre Canadá y el Reino Unido y en los comentarios del modelo de la OCDE de 1977. DU TOIT por su parte, señala que en una nota explicativa del convenio de 1945, se establecía que: "la aplicación de las disposiciones del convenio en materia de dividendos, intereses y cánones deja de depender del hecho de que esos rendimientos estén sujetos a imposición en el otro Estado contratante; a partir de ahora dependerá de que el beneficiario efectivo resida en el otro Estado". En: VEGA BORREGO, Alberto. op. cit. Pág. 107.

(beneficiario)¹²⁵. La Corte distingue dentro de la figura del *trust*, dos tipos distintos de dominio sobre la cosa.

Por un lado tenemos el *legal ownership*, es decir, la propiedad formal, de la cual es titular el *trustee*. Por el otro lado tenemos el *beneficial ownership* o la propiedad económica, la cual reside en uno o varios beneficiarios, quienes perciben los rendimientos de la cosa. Ello es así en virtud de un mandato conferido por un tercero, el *settlor*, quien ha impartido instrucciones específicas al *trustee* para que acometa la tarea encomendada, no para su propio beneficio, sino para el de los beneficiarios.

Es importante tener presente que el poder de disposición con que cuenta el *trustee* puede variar dependiendo del tipo de *trust* que se trate. Así, podemos distinguir, por un lado, a aquellos *trusts* donde el *trustee* tiene la obligación de poner a disposición de los beneficiarios los rendimientos, beneficios o rentas que se han obtenido (*life interest trust*), mientras que por otro lado, están aquellos en los cuales el *trustee* tiene discrecionalidad absoluta sobre éstos (*accumulating trust*).

La distinción anterior es del todo relevante, ya que un contribuyente puede ser considerado como beneficiario efectivo de una renta por el hecho de no obligarse a restituir, transferir o ceder una determinada renta a un tercero. Aplicando este criterio en la figura del *trust*, podría señalarse que los beneficiarios perceptores de rentas provenientes de un *life interest trust*, serían considerados como los beneficiados efectivos en relación con la eventual aplicación de un CDTI. A su vez, tratándose de un *accumulating trust* (en el que no se prevé un flujo de rentas a favor de los beneficiarios) serían los *trustee* los considerados como beneficiarios efectivos.

Como podemos observar, el margen de discrecionalidad de quien ejerce las instrucciones es determinante para la comprensión del concepto de beneficiario efectivo, y por ende su aplicación en los CDTI.

¹²⁵ BOGERT, George. *Trusts*. West Publishing Co. St. Paul. Minnesota, 1987, Pág. 1. En: VAN WEEGHEL, Stef. op. cit. Pág. 65.

Todo esto permite esclarecer el origen del concepto, sin embargo, al mismo tiempo genera ciertos problemas para su debido entendimiento. Primero, al ser un concepto que tiene sus raíces en el derecho anglosajón, surge la duda respecto de su eventual aplicación ante el derecho continental, como también si este debe ser interpretado dentro del contexto de la realidad anglosajona.

Por otro lado, la tradición continental no reconoce la dualidad del derecho de propiedad, como sí lo hace el derecho anglosajón, lo que hace aún más complicada la aplicación del concepto de beneficiario efectivo. Así por ejemplo, en nuestro país la propiedad es un derecho real¹²⁶ que admite un solo titular, sin más limitaciones que las establecidas en la ley.

No obstante ello, sí es posible en nuestra legislación, y en general en aquellas legislaciones que sigan la tradición del derecho continental, que existan figuras donde diversas personas se atribuyan derechos derivados de la propiedad, sobre una misma cosa. Así, en el caso del usufructo, el usufructuario tiene derecho a hacerse dueño de los frutos que la cosa dada en usufructo genera.

Sumemos a las dificultades antes vistas, el hecho de que los términos de un tratado deben ser interpretados de acuerdo a la normativa interna, a menos que el contexto establezca otra cosa, según reza el artículo 3(2) del Modelo¹²⁷. Pues bien, si en nuestro país no sólo se desconoce la institución sino que además no se reconoce la dualidad en la propiedad, nos encontramos con que las dificultades para determinar su alcance su multiplican.

¹²⁶ El artículo 582 del Código Civil establece que el dominio (que se llama también *propiedad*) es el “derecho real en una cosa corporal, para gozar y disponer de ella arbitrariamente; no siendo contra la ley o contra derecho ajeno. La propiedad separada del goce de la cosa se llama *mera o nuda propiedad*.”

Una de las características de este derecho real es que es exclusivo, es decir, admite solo un dueño. Ello se traduce en la facultad de excluir del propietario, esto es, de denegar el uso, goce o disposición a terceros. PEÑAILILLO AREVALO, Daniel. Los Bienes. La propiedad y otros derechos reales. Colección Manuales Jurídicos. Cuarta Edición. Editorial Jurídica de Chile. 2006. Pág. 60. No cabe hacer aquí la mencionada distinción del derecho anglosajón entre propiedad formal y propiedad material o económica.

¹²⁷ Dicho artículo establece que “(...) para la aplicación del Convenio en cualquier momento por un Estado contratante, cualquier expresión no definida en el mismo tendrá, a menos que de su contexto se infiera una interpretación diferente, el significado que en ese momento se le atribuya por la legislación de este Estado relativa a los impuestos que son objeto del Convenio.”

2.1. La teoría de la propiedad económica en el Derecho Alemán.

Sin perjuicio de lo establecido anteriormente, en principio, el concepto de beneficiario efectivo es absolutamente ajeno respecto de los países que siguen la tradición del Derecho Civil. No cabe distinguir en este caso, entre propietario formal y propietario material o económico, puesto que el derecho de propiedad no admite clasificaciones ni distintos niveles de propiedad sobre una misma cosa. En todo caso, si se puede llegar a concebir que personas distintas al propietario de una cosa, tengan sobre ésta derechos derivados de la propiedad¹²⁸.

Bajo este punto de vista, normalmente la propiedad sobre un bien y su disponibilidad económica van de la mano. Sin embargo, esto no siempre será así, pudiendo darse el caso en que la disponibilidad económica del bien recaiga sobre una persona distinta al propietario del mismo. Esto es lo recoge la teoría de la “propiedad económica” alemana, al establecer que se debe atribuir el bien al sujeto que ejerce el poder económico sobre la cosa, aunque formalmente, de acuerdo a las reglas del Derecho Civil, no sea formalmente el propietario.

Esta teoría, que se origina en el Derecho Tributario alemán, distingue diversos elementos para determinar quién es el “propietario” efectivo del bien. Dichos elementos distinguen quién tiene el “disfrute” de la cosa, como también quién asume el riesgo, deterioro o pérdida de la misma, quien aprovecha sus frutos, quién asume las cargas, entre otros. La persona que reúna aquellos elementos, deberá ser considerada como el propietario económico del bien para efectos tributarios.

Por tanto, se puede concluir que existen claras similitudes entre el concepto de beneficiario efectivo del Derecho Anglosajón respecto del concepto de “propiedad económica” del Derecho alemán. Ambas buscan determinar quién dispone

¹²⁸ Esto es lo que ocurre, por ejemplo, en el caso del usufructo descrito anteriormente.

efectivamente de la cosa o del rendimiento, aunque formalmente sea otra persona el que detente el derecho de propiedad sobre dicha cosa o rendimiento.

3. Evolución del concepto de beneficiario efectivo.

Para entender el concepto, es necesario que primero revisemos la evolución de su significado. Por tanto, en los párrafos siguientes nos referiremos a los cambios que se han ido introduciendo sobre este concepto en los distintos modelos de convenio existentes.

3.1. Convenio modelo OCDE de 1977 y sus Comentarios.

El concepto fue recién introducido en el convenio modelo de la OCDE en 1977 como una corrección a su predecesor, el convenio modelo de 1963, el cual solamente normaba la evasión fiscal. Si bien las razones del porqué se introdujo dicho término no son del todo claras, lo cierto es que el modelo de 1963, no contenía cláusula alguna que se refiriera a el uso indebido de los CDTI en relación con la elusión fiscal.¹²⁹

La redacción original del modelo de 1977 establecía lo siguiente:

“Artículo 10 (dividendos): 1. Los dividendos pagados por una sociedad residente en un Estado contratante a un residente del otro Estado contratante pueden someterse a imposición en este otro Estado.

2. Sin embargo, estos dividendos pueden también someterse a imposición en el Estado contratante en que resida la sociedad que pague los dividendos y según la legislación de este Estado, pero si el receptor de los dividendos es el beneficiario efectivo, el impuesto así exigido no podrá exceder del (...)”.

¹²⁹ARNOLD, Brian J. Tax Treaties and Tax Avoidance The 2003 Revisions to the Commentary to the OECD Model. 2004. IBFD. Pág. 244.

“Artículo 11 (intereses): 1. Los intereses procedentes de un Estado contratante y pagados a un residente del otro Estado contratante pueden someterse a imposición en este otro Estado.

2. Sin embargo, estos intereses pueden también someterse a imposición en el Estado contratante del que procedan y de acuerdo con la legislación de este Estado, pero si el perceptor de los intereses es el beneficiario efectivo, el impuesto así exigido no puede exceder del (...)”.

“Artículo 12 (regalías): 1. Los cánones procedentes de un Estado contratante y pagados a un residente del otro Estado contratante sólo pueden someterse a imposición en este otro Estado si dicho residente es el beneficiario efectivo (...)”.

La inclusión del término parece deberse a la aprensión manifestada por el delegado del Reino Unido, quien estableció que la redacción de las cláusulas en el modelo de 1963 era defectuosa. Esto, por cuanto los beneficios establecidos en un CDTI se podía obtener incluso en aquellos casos donde la renta era pagada a un agente u otro tipo de mandatario (*nominee*), quien luego remitía dichas rentas a un tercero ubicado en un tercer país¹³⁰.

De la lectura de los artículos, se puede llegar a la conclusión que para que el Estado de la fuente tenga la obligación de limitar o eliminar la tributación sobre estas rentas, el perceptor de las mismas tiene que ser, a la vez, el beneficiario efectivo de estas. La tarea entonces, es determinar que debe entender por beneficiario efectivo.

Los comentarios al modelo de 1977 sólo contienen una breve referencia al significado de la expresión, señalando que, "(...) la limitación del impuesto del Estado

¹³⁰ BAKER, Philip. The United Nations Model Double Taxation Convention Between Developed and Developing Countries: Possible Extension of the Beneficial Ownership Concept. Anexo en Report on Beneficial Ownership. Economic and Social Council Committee of Experts on International Cooperation in Tax Matters Fourth session Geneva, 20-24 October 2008 E/C.18/2008/CRP.2/Add.1 Pág. 5. El autor establece, asimismo, que la primera inclusión dentro de los estudios de la OCDE fue en un reporte titulado “*Revised Text of Certain Articles of the 1963 OECD Draft Double Taxation Convention*”, publicado en abril de 1972.

de la fuente no se aplica cuando un intermediario, como un agente u otro mandatario, se interpone entre el beneficiario (acreedor) y el pagador (deudor), a menos que el beneficiario efectivo sea residente del otro Estado contratante. Los Estados que deseen una formulación más explícita (son libres de hacerlo) en las negociaciones bilaterales”¹³¹.

Como se ve, poco aportaron las breves palabras que dedicó la Comisión para ilustrar el significado del término. En estos comentarios, sólo se considera la posibilidad que un tercero, como un agente o un *nominee*, sea interpuesto entre el beneficiario y el pagador.

Al mismo tiempo, agrega el autor español, debe reconocerse el hecho de que la propia OCDE ya admitía un vacío en la materia al “invitar” a los Estados contratantes a profundizar los términos en sus respectivas negociaciones¹³².

3.2. El Reporte sobre Sociedades Instrumentales o Conductores de 1986.

La explicación de la OCDE en los Comentarios de 1977 fue insuficiente, y recién tras casi 10 años, la OCDE, en su “Reporte sobre sociedades instrumentales o conductoras de 1986”¹³³ (en adelante el Reporte) se refiere con mayor profundidad al tema.

En él, se establece que en el evento que la sociedad intermedia no sea la *beneficiaria efectiva*, no se aplican en el Estado de la fuente los límites a la imposición real previstos en los artículos 10 a 12 del Modelo. Agrega que esto será así, cuando desde un punto de vista económico, la reducción o eliminación de la tributación

¹³¹ Comentarios modelo OCDE Art.10 Párrafo 12; Art. 11 Párrafo 8; Art. 12 Párrafo 4, año 2010. BAKER, Philip. op. cit. Pág. 6. La traducción esta tomada de aquella realizada por el Instituto de Estudios Fiscales, sin embargo éste traduce *beneficiary* como acreedor y *payer* como deudor, en circunstancias que el Modelo de la OCDE no emplea dichos términos normalmente. VEGA BORREGO op. cit. Pág. 115. nota 447. Los paréntesis son nuestros.

¹³² VEGA BORREGO, Alberto. op. cit. Pág. 104 y 115.

¹³³ Double Taxation Conventions and the Use of Conduit Companies, OECD Committee on Fiscal Affairs, París, 1986.

beneficia a un sujeto que en principio no tiene derecho a la aplicación de un convenio, pero que interpone una sociedad conductora entre él y el pagador del rendimiento para lograr ese fin (párrafos 12, 8 y 4 de los Comentarios a los artículos 10, 11 y 12, respectivamente)

Por otro lado, el Reporte señala que si bien los Comentarios de 1977 mencionan el supuesto del agente y el mandatario, la norma debe ser aplicable también a otros casos en los que se celebra un contrato o en el que se cumplen obligaciones en los que un sujeto realiza funciones análogas a las de un agente o mandatario. Así, una sociedad intermedia normalmente no tiene la condición de beneficiario efectivo, a pesar de que formalmente sea el titular de determinados activos, si los derechos que puede ejercer sobre los mismos son tan limitados o endebles (*narrow powers*) que le convierten en un mero administrador que actúa por cuenta de las personas interesadas en ese activo.

No obstante, el hecho que una sociedad sea intermediaria, se requiere un análisis más profundo de esa sociedad, tanto desde el punto de vista legal, como corporativo o económico. En cualquier caso, este análisis puede resultar excesivamente gravoso y complejo para el Estado de la fuente. A ello se suma que los Estados de residencia de la sociedades intermedias, por lo general, no dispondrán de información suficiente acerca de los partícipes de dichas sociedades, terceros interesados o sobre el procedimiento de adopción de decisiones al interior de éstas¹³⁴.

En definitiva, si bien lo establecido por la OCDE en el Reporte de 1986 no añadió nada novedoso respecto de los Comentarios anteriores, existen ciertos aspectos a considerar. Tal como lo señalamos anteriormente, se plantea que una sociedad que recibe un rendimiento no podrá ser considerada como el beneficiario efectivo, a pesar de ser legalmente propietaria de éste, si se encuentra sujeta a la obligación de transferir dicho ingreso. Es decir, si no puede disponer libremente de éste porque, ya sea al constituirse o bien con posterioridad, se ha determinado que debe transferir el

¹³⁴ OCDE. Report on Conduit Companies 1986. Traducción de VEGA BORREGO, Alberto. op. cit. Págs. 115 -116.

rendimiento a un tercero. En este caso, la OCDE plantea que el perceptor de los rendimientos es un “mero fiduciario” de un tercero domiciliado en un tercer país.

Ahora bien, la doctrina lleva a cabo ciertas precisiones con respecto a este nuevo elemento. En este sentido, Vern Krishna señala que la frase “mero fiduciario” no contribuye en nada. La noción de que una persona pueda ser un “mero” fiduciario es paradójica porque “fiduciario” se refiere a las obligaciones que se les impone en el *common law* a cierto tipo de personas, como los *trustees* o directores corporativos, los cuales tienen altos grados de responsabilidad en la administración de los bienes bajo su control. En este sentido el Reporte, de acuerdo con este autor, utilizaría el concepto del “mero fiduciario o administrador” en el mismo sentido de un “agente o mandatario” (*agent or nominee*) el cual se encuentra sujeto a las órdenes de un tercero o mandante¹³⁵.

3.3. Cambios al modelo OCDE de 1995 y 1997.

Luego de sucesivas revisiones al Modelo, finalmente en 1995 se llevó a cabo un cambio en la redacción de los artículos 10, 11 y 12, alterando los requisitos para obtener los beneficios establecidos en los convenios.

La modificación sustituyó la expresión “si el perceptor de los dividendos o intereses es el beneficiario efectivo”, por la expresión, “si el beneficiario efectivo de los dividendos o intereses es residente del otro Estado contratante”.

Posteriormente, en 1997, se modificó el artículo referido a las regalías, sustituyendo la redacción anterior por la siguiente: “las regalías procedentes de un Estado cuyo beneficiario efectivo es residente del otro Estado contratante”

Philipp Baker, señala que el cambio en la redacción, se debe principalmente al hecho que la antigua redacción podía llevar a situaciones incongruentes. Por ejemplo,

¹³⁵ KRISHNA, Vern. Op cit. Pág. 140.

el caso en que el perceptor del rendimiento se encontrase en un tercer país y el beneficiario efectivo de la renta estuviese domiciliado en un Estado contratante. De acuerdo con la antigua redacción, debía negarse la aplicación del convenio toda vez que el perceptor formal de los rendimientos, no residía en uno de los países signatarios. La nueva formulación, continúa el autor, aplica una formulación “*look through*” o de transparencia, de modo que se otorguen los beneficios establecidos en los CDTI cuando el beneficiario efectivo sea residente de uno de los Estados contratantes, independiente que el perceptor o intermediario sea residente de un tercer Estado¹³⁶.

Por tanto, en su redacción original, el Modelo establecía que el receptor del rendimiento debía ser al mismo tiempo el beneficiario efectivo de los dividendos, intereses o regalías. Con la nueva redacción la condición de perceptor y beneficiario efectivo no tienen por qué coincidir en la misma persona. Lo relevante es que el beneficiario efectivo sea residente del país contratante.

Así para invocar la aplicación del CDTI, se requiere que el perceptor de la renta, en el caso de dividendos, intereses y cánones, sea el beneficiario efectivo de dichos rendimientos, precisando que “una persona no tendrá derecho a las reducciones derivadas de los artículos (10, 11 y 12 del CDTI) cuando, aun siendo residente en ese Estado, no sea el beneficiario efectivo de tales rentas y dicho beneficiario resida en un tercer Estado”¹³⁷.

3.4. Los Comentarios al modelo OCDE de 2003.

Así las cosas, y luego de casi 20 años sin cambios sustanciales en la manera en que la OCDE entendía el concepto (más allá de la inclusión del requisito de la residencia en 1995 y 1997), los Comentarios de 2003 vienen a complementar a los

¹³⁶ BAKER, Philip. op. cit. Pág. 5 nota 3.

¹³⁷ DELGADO PACHECO, Abelardo. op. cit. Pág. 112. El paréntesis es nuestro.

Comentarios anteriores, siguiendo los criterios establecidos en el Reporte sobre Sociedades Conductoras de 1986.

En este sentido, el párrafo 12 de los Comentarios sobre dividendos, establecen que el concepto de beneficiario efectivo no debía entenderse en su sentido técnico, y en consecuencia, otorgársele un enfoque estricto o restringido, sino que debe ser analizado a la luz del contexto general, es decir, de su propósito y objeto como CDTI evitando la doble imposición junto a la evasión y, agrega como novedad, elusión fiscal.

El párrafo 12.1¹³⁸ establece que sería inconsistente con el objeto y propósito de la Convención, que se otorgue un beneficio por el solo hecho que el contribuyente que perciba un rendimiento esté domiciliado en uno de los Estados contratantes. Añade que si dicho contribuyente está actuando en calidad de agente o *nominee*, el Estado de la fuente no otorgará el beneficio contemplado.

Agrega que no deben aplicarse los beneficios establecidos en los convenios, en aquellos casos. Esto, porque el perceptor de los rendimientos no va a estar sujeto a impuesto en su país de residencia, por no ser el beneficiario efectivo de los mismos. En este sentido, no existiría el problema de la doble tributación, ya que el perceptor no sería considerado como propietario de la renta para efectos fiscales en su país de residencia.

Sería igualmente incompatible, agregan los Comentarios, con el objeto y propósito de la Convención, que el Estado de la fuente otorgue una concesión o exención cuando el perceptor de los rendimientos, simplemente actúe como un instrumento para canalizar de las rentas (*conduit company*) para que otro contribuyente domiciliado en un tercer país perciba finalmente dichas rentas.

¹³⁸ El párrafo 12.1 se enmarca dentro de los Comentarios al Art. 10 sobre dividendos. El mismo se encuentra reproducido respecto de los intereses (Art. 11) en el Párrafo 20 y en materia de *royalties* (Art. 12) en el Párrafo 4.1.

Por estas razones, concluye el Comité de Asuntos Fiscales de la OCDE, una sociedad instrumental no puede ser, normalmente, considerada como el beneficiario efectivo si, a pesar de ser formalmente la dueña, tiene poderes tan limitados que la hacen, en relación al rendimiento en cuestión, una mera fiduciaria o administradora que actúe por cuenta de las partes interesadas.

Otro elemento a considerar, es que con anterioridad al 2003, la finalidad de los convenios era formalmente la de evitar la doble tributación internacional y de prevenir la evasión fiscal. Con la inclusión de estos nuevos Comentarios, se estableció expresamente que el objeto de los convenios era por un lado evitar la doble tributación internacional y por otro, evitar evasión fiscal y la elusión fiscal o *tax avoidance*.¹³⁹

Podemos observar, que los Comentarios al modelo OCDE de 2003 son la expresión de lo que ya se había discutido en el Reporte de 1986. En este sentido, no deben ser considerados como una gran novedad, y como tal, no aportan nuevos elementos a considerar en la búsqueda de una interpretación acabada del concepto de beneficiario efectivo, sin perjuicio de la inclusión expresa de la finalidad del CDTI por evitar la elusión y sus consecuencias en el ámbito interpretativo.

3.5. Comentarios al modelo OCDE de 2005, 2008 y 2010.

Los posteriores Comentarios, de los años 2005 y 2008 no incluyeron cambios relativos al significado del término beneficiario efectivo. De hecho, el nuevo Modelo del año 2010, desafortunadamente no trae consigo ninguna innovación al respecto, manteniendo la línea fijada desde 1986 en el Reporte. Razón por la cual, aún persisten dudas acerca de la interpretación que debe dársele a este concepto.

¹³⁹ Arnold manifiesta su rechazo en orden a incluir dentro de las finalidades de los CDTI la lucha contra la elusión, toda vez que dicho principio no se consagraba ni consideraba en los Comentarios anteriores a la modificación de enero de 2003. Sólo se estableció en las modificaciones de 1992 una primera aproximación como consecuencia del Reporte de 1986, sin embargo, la OCDE -contraria a la tendencia mayoritaria de sus miembros- estableció individualmente el combate a la elusión, en desmedro de una inclusión directa en el Modelo de alguna disposición expresa al respecto. FRIEDLANDER, Lara y WILKIE, Scott. Policy Forum: The History of Tax Treaty Provisions – And why It Is Important to Know About It. Canadian Tax Journal. Vol. 54 N° 4. 2006. Pág. 919.

4. Ámbito de aplicación en el Modelo OCDE.

Como ya hemos mencionado anteriormente, el modelo de la OCDE emplea el término beneficiario efectivo con respecto a determinados artículos, a saber, los artículos 10 sobre dividendos, 11 sobre intereses y 12 sobre regalías o cánones, sólo a partir de 1977.

4.1. Dividendos.

Respecto de los dividendos, la regla general comprendida en el Convenio es que la tributación sea compartida entre el Estado de la fuente y el Estado de residencia del perceptor de las utilidades. Lo anterior, en la medida que este último sea el beneficiario efectivo del dividendo.

De esta manera, en el caso de los dividendos, el Estado de la fuente se limita a gravar el rendimiento en base a la tasa máxima establecida en el CDTI respectivo. En cambio, el Estado de residencia tendrá derecho a gravar íntegramente la renta, sin perjuicio de que luego el contribuyente pueda deducir en su país de residencia los impuestos pagados en el exterior.

De acuerdo a lo dispuesto en la última modificación al Modelo que hace referencia a esta materia, específicamente en el año 2003, la cláusula que regula la distribución de dividendos, en lo pertinente, dispone lo siguiente:

Artículo 10.- Dividendos

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.

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:

a) 5 por 100 del importe bruto de los dividendos si el beneficiario efectivo es una sociedad (excluidas las sociedades de personas *-partnerships-*) que posea directamente al menos el 25 por 100 del capital de la sociedad que paga los dividendos;

b) 15 por 100 del importe bruto de los dividendos en los demás casos.

4.2. Intereses.

Sobre los intereses, al igual que los dividendos, se encuentra establecido el criterio de la tributación compartida entre el Estado de la fuente y el Estado de residencia, en la medida que el residente del último sea considerado como el beneficiario efectivo. En ese caso entonces, el impuesto sobre los intereses se verá limitado en el Estado fuente y a su vez, el Estado de residencia deberá establecer algún método para deducir el impuesto pagado en el exterior.

La cláusula que regula el pago de intereses, en lo pertinente, dispone lo siguiente:

Artículo 11.- Intereses

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.

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 este límite.

4.3. Regalías.

Con respecto a las regalías la situación difiere en tanto el único Estado facultado para gravar dicho rendimiento es el Estado de residencia. En este sentido el Estado de la fuente debe excluirse de la imposición de éstos, siempre y cuando, al igual que en el caso de los dividendos e intereses, quien percibe el *royalty* sea el beneficiario efectivo de éstos y tenga la calidad de residente en el otro Estado contratante.

Sin perjuicio de lo anterior, la totalidad de los Convenios firmados por Chile se someten al principio general de tributación compartida entre Estado fuente y Estado de residencia¹⁴⁰.

Como ya lo señalamos anteriormente, el término fue introducido originariamente en el modelo de la OCDE, sin embargo, su aplicación ha trascendido incluso a los otros modelos de CDTI.

La cláusula que regula el pago de regalías, en lo pertinente, dispone lo siguiente:

Artículo 12.- Regalías

1. Las regalías procedentes de un Estado contratante y cuyo beneficiario efectivo es un residente del otro Estado contratante, sólo pueden someterse a imposición en ese otro Estado.

¹⁴⁰ De acuerdo a lo que señala el profesor Osiel González, esto responde a la necesidad de Chile de salvaguardar su recaudación fiscal, al ser un país importador de tecnología. GONZÁLEZ, Osiel. op. cit. Pág. 199.

5. Ámbito de aplicación en el Modelo de Estados Unidos.

En el caso del Modelo de EEUU de 2006, el término se emplea igualmente a propósito de dividendos, intereses y regalías, sin embargo también se incorpora en el artículo 17 relativo a pensiones, seguridad social, anualidades, pensión alimenticia y manutención de los hijos. Asimismo se emplea en el artículo 21 el cual regula la tributación de otros ingresos que no estén comprendidos en los artículos anteriores.

Por otra parte, el concepto tampoco se encuentra definido en el Modelo de EEUU sin perjuicio de que en la *Technical Explanation* se establece que el beneficiario efectivo de los dividendos o intereses o *royalties* u otros ingresos, es la persona a la cual el ingreso sea atribuible bajo las leyes del Estado de la fuente.

6. Ámbito de aplicación en el Modelo de la ONU.

Respecto de este modelo, tanto la versión de 1980 como la de 2001 contienen el término beneficiario efectivo en los artículos 10, 11 y 12. La versión de 1980 adoptaba la siguiente formulación, "(...) si el receptor es el beneficiario efectivo de los dividendos, intereses o regalías, el impuesto con que se grava no sobrepasará (...)".

El Modelo de 2001, adoptando la misma línea que las modificaciones al Modelo de la OCDE del año 1995 y 1997, cambia su redacción a "(...) pero si el beneficiario efectivo de los dividendos, intereses o regalías es un residente en el otro Estado contratante, el impuesto con que se grava no sobrepasará (...)".

De esta manera, como se explica en los Comentarios, se configura la cláusula de manera tal que comprenda a aquellas situaciones en las que el receptor del rendimiento es un agente o un mandatario, y el beneficiario efectivo se encuentra domiciliado en un tercer país no contratante.

Tal como lo señalamos a propósito de la redacción original en el modelo OCDE, con la nueva formulación se aborda la situación desde una perspectiva "*look through*", o de levantamiento del velo, con lo cual se permite otorgar al beneficiario efectivo los beneficios establecidos en la Convención, por ser residente de uno de los Estados contratantes, independiente que no sea el perceptor de los rendimientos.¹⁴¹

Determinado el ámbito de aplicación de la cláusula de beneficiario efectivo, analizaremos a continuación cual es el objeto que persigue dentro de un CDTI.

7. Objeto de la cláusula.

El beneficiario efectivo, empleado dentro de los distintos modelos de convenio, corresponde al residente del Estado contratante que percibe ciertas rentas. Son éstas rentas las que se constituyen como el objeto de la cláusula. El contribuyente que quiera optar por los beneficios que otorga un CDTI debe establecer ante la autoridad fiscal pertinente que es el beneficiario efectivo de tres tipos de rendimientos en particular, dividendos, intereses y regalías, en el Modelo.

Si bien es cierto que el término es empleado en otros artículos, como por ejemplo el artículo 17 del Modelo de EEUU revisado anteriormente, la doctrina internacional así como la jurisprudencia han llevado mayoritariamente a cabo el análisis teniendo presente lo dispuesto a propósito de dividendos, intereses y regalías, y por tanto, nuestro análisis seguirá esta lógica.

7.1. Dividendos.

El Modelo de la OCDE define el concepto de dividendos en su artículo 10 N° 3 como "las rentas de las acciones, de las acciones o bonos de disfrute, de las participaciones mineras, de las partes de fundado u otros derechos, excepto los de

¹⁴¹ BAKER, Philip. op. cit. Pág. 5.

crédito, que permitan participar en las utilidades, así como las rentas de otras participaciones sociales sujetas al mismo régimen fiscal que las rentas de las acciones por la legislación del Estado de residencia de la sociedad que hace la distribución”.

De acuerdo a la definición recién señalada, debe entenderse el concepto de “dividendos” en términos amplios. De esta manera, se incluyen dentro de la definición, todas aquellas ventajas vinculadas con la propiedad o participación en una sociedad y no sólo a las distribuciones de beneficios que realiza una sociedad a sus socios¹⁴².

Es importante recalcar, que de acuerdo a lo dicho a propósito de la interpretación de los CDTI, cada Estado contratante será soberano para considerar a una determinada renta como dividendo¹⁴³. En este sentido, si bien en la legislación chilena no establece una definición de dividendos, por lo general se entiende que dicho concepto alude a la distribución de utilidades por parte de las sociedades anónimas.

Sin embargo, y tomando en consideración la definición establecida en el Modelo OCDE, debemos ampliar el concepto a todos aquellos derechos, excepto los de crédito, que permitan participar en los beneficios de la sociedad, así como las rentas de otras participaciones sociales sujetas al mismo régimen fiscal que los rendimientos sobre acciones. Por ejemplo, la distribución de utilidades que hace una sociedad de personas a sus socios.

Ahora bien, con la incorporación de Chile como miembro pleno a la OCDE, los Comentarios al Modelo han debido adaptarse a este nuevo socio. De esta manera, en la revisión que se realizó este año 2010, se han hecho las siguientes modificaciones relativas a nuestro país:

Se añadió un nuevo párrafo a los Comentarios del Artículo 10, a saber, que en consideración a nuestro particular sistema de impositivo, Chile mantiene su libertad de

¹⁴² GONZÁLEZ, Osiel. Op cit. Pág. 179.

¹⁴³ Cabe destacar que el CDTI suscrito con Argentina no cuenta con una definición de dividendos. Así, de acuerdo al artículo 3° de dicho CDTI, sobre el alcance de términos o expresiones no definidas en el mismo, éstas tendrán “el sentido con que se use en la legislación vigente en cada Estado Contratante”.

acción en orden a la disposición del Convenio respecto de la tarifa y la forma de distribución de las ganancias de empresas.

Esto es lo que se denomina como cláusula Chile, a la cual dedicaremos un acápite en particular para su análisis.

7.1.1. “Cláusula Chile”.

Chile ha efectuado una importante reserva en relación a los dividendos pagados al exterior en la totalidad de los CDTI que ha suscrito y que siguen el modelo OCDE. Dicha reserva se ha establecido en el mismo artículo 10 sobre dividendos o bien en el protocolo de los respectivos tratados. Esta implica que los beneficios establecidos respecto de los dividendos, no reciben aplicación en el caso que estos se distribuyan desde Chile al exterior.

La razón detrás del establecimiento de esta cláusula especial, conocida en doctrina como la “cláusula Chile”, es que nuestro país cuenta con un sistema de impuesto a la renta integrado en dos niveles. El sistema, funciona de la siguiente manera: Las sociedades residentes en Chile están sometidas al Impuesto de Primera Categoría con una tasa actual de 17 por ciento sobre sus utilidades empresariales y sus accionistas no residentes se encuentran sometidos a un Impuesto Adicional de un 35 por ciento, contra el cual tienen un crédito por el Impuesto de Primera Categoría pagado.

Así por ejemplo, el CDTI firmado con España contiene la siguiente cláusula: “Las disposiciones de este párrafo no limitarán la aplicación del impuesto adicional a pagar en Chile en la medida que el Impuesto de Primera Categoría sea deducible contra el Impuesto Adicional”¹⁴⁴.

¹⁴⁴ Convenio entre el Reino de España y la República de Chile para evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal en materia de impuestos sobre la renta y sobre el patrimonio. Artículo 10 N° 2 párrafo 3. Entró en vigor el 23 de diciembre de 2003.

Para graficar todo lo anterior, imaginemos que no existiera la “cláusula Chile”. De ser así, se aplicaría la tasa sobre los dividendos pagados al exterior establecida en los convenios (10%). Como la empresa domiciliada en Chile está afecta a un impuesto de Primera Categoría (actualmente de 20%)¹⁴⁵, y al ser dicha tasa mayor a la tasa establecida sobre los dividendos (10%). El Fisco chileno tendría que restituir a la sociedad extranjera el exceso (10%) pagado a nivel de la empresa que remesa los dividendos al exterior. Es por esto, entonces, que Chile ha incorporado esta cláusula en los convenios.

Sin embargo, en caso de que a futuro se decida por parte del Estado de Chile modificar este sistema integrado que opera en nuestro régimen tributario, éstas restricciones no serán aplicables y en consecuencia, el derecho a gravar en el Estado de la fuente se verá sujeto a la limitación establecida en el Convenio Modelo originalmente, tanto para los dividendos como para las ganancias de capital. Frente a lo cual, y previendo el inconveniente que consistiría volver a negociar cambios en todos los CDTI suscritos por nuestro país, se incluye una cláusula estableciendo esta contingencia en caso de dar pie a un nuevo sistema.

7.2. Intereses.

Los intereses son definidos por la OCDE en su artículo 11 N° 3 como “las rentas de crédito de cualquier naturaleza, con o sin garantía hipotecaria o cláusulas de participación en las utilidades del deudor, y en particular, las rentas de valores públicos de bonos y obligaciones, incluidas las primas y premios unidos a estos títulos. Las penalizaciones por mora en el pago no se consideran intereses a efectos del presente artículo”.

¹⁴⁵Reiteramos que la Ley N° 20.455 fijó una tasa transitoria de Impuesto de Primera Categoría de 20% para el año 2011 y de 18,5% para el año 2012. Para los años 2013 y siguientes, la Ley contempla volver a la tasa de 17%.

Siguiendo al principio general establecido por la OCDE, cada Estado es soberano para calificar un tipo de renta como interés¹⁴⁶. En los convenios suscritos por Chile, a la definición de interés, se ha agregado una cláusula la cual dispone que constituyen intereses “cualquier otra renta que la legislación del Estado de donde proceda asimile a las rentas de las cantidades dadas en préstamo”.

Respecto del concepto de interés en Chile, debemos remitirnos a lo establecido en la Ley N° 18.010 sobre operaciones de crédito de dinero, la cual dispone que se debe entender como interés a “toda aquella suma que recibe o tiene derecho a recibir el acreedor, a cualquier título, sobre el capital”¹⁴⁷.

7.3. Cánones o Regalías.

Por último, dentro de los artículos del modelo de la OCDE que emplean el concepto de beneficiario efectivo, encontramos a aquel que se refiere al pago de cánones¹⁴⁸ o regalías, también conocidas como *royalties*.

El modelo define a las regalías en su artículo 12 N° 3 como “las cantidades de cualquier caso pagadas por el use o la concesión de use de derechos de autor sobre las obras literarias, artísticas o científicas, incluidas las películas cinematográficas y las películas y cintas utilizadas para su difusión por radio o televisión, de patentes, marcas de fábrica o de comercio, dibujos o modelos, planos, fórmulas o procedimientos secretos, así como por el use o la concesión de use de equipos industriales,

¹⁴⁶ El CDTI suscrito entre Chile y EEUU en su definición de intereses, si bien se encuentra redactada en términos similares, añade a la definición del Modelo OCDE que “las rentas de créditos de cualquier naturaleza, con o sin garantía hipotecaria, y en particular, las rentas de valores públicos y las rentas de bonos o debentures, incluidas las primas unidas a estos títulos, bonos o debentures, así como cualquier otra renta que la legislación tributaria del Estado de donde procedan los intereses asimile para efectos impositivos a las rentas de las cantidades dadas en préstamo. La renta de créditos que dan derecho a participar en las utilidades del deudor, será considerada interés de acuerdo a este Artículo si el contrato, atendido su carácter, claramente evidencia que se trata de un crédito que devenga intereses. Las rentas comprendidas en el Artículo 10 (Dividendos) no serán consideradas “intereses” para los efectos de este Convenio.”

¹⁴⁷ A este concepto deben agregarse los demás pagos que reciban la calificación de interés de acuerdo a la legislación chilena.

¹⁴⁸ En Chile la expresión “cánones” se refiere a rentas que son propias del contrato de arrendamiento.

comerciales o científicos, y las cantidades pagadas por informaciones relativas a experiencias industriales, comerciales o científicas”.

Esta definición debe ser entendida en términos amplios, como el pago por el uso o derecho a uso de la propiedad intelectual o industrial. Debido a su complejidad, es común que se lleve a cabo un desglose de las distintas categorías de regalías en algunos convenios¹⁴⁹, a saber:

- i) Derechos de autor sobre obras literarias, artísticas o científicas, incluyendo las películas cinematográficas,
- ii) Patentes, marcas comerciales e industriales, modelos, planos, fórmulas o procedimientos,
- iii) Informaciones relativas a experiencias industriales, comerciales y científicas y en algunos casos, equipos industriales, comerciales y científicos.

En general, los otros modelos de CDTI también llevan a cabo categorizaciones como la que vimos recién. Sin embargo, respecto de esta materia hay que analizar cada caso en particular, puesto que por lo general existen diferencias respecto del concepto de regalías de acuerdo a lo establecido por los países firmantes.

¹⁴⁹ No se debe entender que la OCDE esté limitando el concepto de regalías sólo a estas categorías.

CAPÍTULO VI: LA INTERPRETACIÓN DEL CONCEPTO DE BENEFICIARIO EFECTIVO

1. Consideraciones generales.

Tal como lo hemos venido señalando en los capítulos anteriores, hasta ahora no existe una interpretación uniforme respecto al significado del concepto de beneficiario efectivo. Esta indefinición, trae aparejada una evidente dificultad a la hora de aplicar los artículos 10, 11 y 12 de los CDTI, relativos a dividendos, intereses y regalías, respectivamente.

Lo anterior, se debe principalmente al hecho que el concepto en cuestión, es desconocido por la mayoría de los ordenamientos jurídicos. Ya vimos que su origen está en el Derecho Anglosajón, aunque incluso en los países que siguen este sistema jurídico, las referencias al concepto son escasas. Esta carencia, es incluso más patente en los países que siguen la tradición de Derecho Continental, donde el concepto, al menos formalmente, no existe.

Sumado a lo anterior, hay que tener en cuenta que el concepto tampoco ha sido definido por la OCDE, ya sea por medio de los Comentarios o a través del Reporte sobre Sociedades Conductoras de 1986. Todo esto, no es más que el reconocimiento en cuanto a la dificultad al abordar el término, y redundando en la incerteza jurídica por parte de los contribuyentes en cuanto a los criterios que las distintas autoridades tributarias pudiesen adoptar al respecto, y en definitiva, en una escasa uniformidad en la aplicación de la cláusula en comento.

Lo que sí es claro, es el hecho de que esta cláusula fue introducida al modelo OCDE con la finalidad de evitar que terceros, no residentes en los países contratantes, puedan obtener indirectamente los beneficios establecidos en los CDTI. En otras palabras, se pretende impedir el surgimiento de aquellas estructuras de tipo *treaty shopping* que sean consideradas como ilícitas.

2. El concepto de beneficiario efectivo como concepto autónomo de carácter internacional.

Es de vital importancia que un CDTI, como convenio bilateral, sea aplicado de manera uniforme tanto por el Estado de residencia del contribuyente como por el Estado de la fuente de la renta. Es decir, lo ideal sería que ambos Estados interpretasen los conceptos y términos de un convenio de la misma manera. Esta tarea sería bastante simple si el concepto estuviese definido en el convenio, pero como eso normalmente no sucede, se debe aplicar la norma de interpretación establecida en el artículo 3(2) del modelo OCDE, respecto del cual nos referimos en el Capítulo III.

Recordemos que dicho artículo establece que “en relación a la aplicación del Convenio en un momento determinado, cualquier término o expresión no definida en el mismo tendrá, a menos que de su contexto se infiera una interpretación diferente, el significado que en ese momento le atribuya la legislación de ese Estado relativa a los impuestos que son objeto del Convenio, prevaleciendo el significado atribuido por esa legislación fiscal sobre el que resultaría de otras leyes de ese Estado”. Por tanto, al no estar definido el concepto de beneficiario efectivo, debiese el intérprete remitirse a las normas internas de los Estados contratantes, lo que no asegura que se llegue a una interpretación uniforme del mismo.

Tal como lo señala Vega Borrego, “la interpretación de los términos y nociones del convenio no definidas en el mismo de acuerdo con el significado que tenga en el Derecho de cada Estado, no garantiza una interpretación uniforme, toda vez que los

sistemas jurídicos de los Estados parte, normalmente, dan significados no coincidentes de esos mismos conceptos”¹⁵⁰.

Por otro lado, Vogel señala que los criterios establecidos en los ordenamientos jurídicos nacionales no deben ser tomados en consideración en el proceso de interpretación del concepto de beneficiario efectivo. Esto, porque la mayoría de las legislaciones tributarias no ofrece una definición precisa del concepto, o si la contemplan, esta no es lo suficientemente precisa y completa, de modo que no es útil en relación con los CDTI¹⁵¹.

Es por esta razón, como veremos posteriormente, que un sector mayoritario de la doctrina estima que el concepto de beneficiario efectivo, debe ser interpretado como un concepto autónomo de Derecho Internacional Tributario. Es otras palabras, debe adoptarse una definición fiscal internacional, puesto que el “contexto” en el cual se aplica el concepto, impide que pueda haber una remisión al derecho interno, de acuerdo al artículo 3(2) del Modelo¹⁵². De esta manera, se garantizaría una interpretación uniforme del término por parte de ambos Estados contratantes¹⁵³, y seguridad jurídica para los contribuyentes residentes en el resto de los países que han adoptado el modelo OCDE.

Ahora bien, existiendo una posición mayoritaria que se inclina por esta opción, no existe acuerdo al día de hoy, respecto de que significado otorgarle en este ámbito internacional. Hay quienes señalan, por ejemplo, que el concepto debe ser entendido de acuerdo a su significado en el derecho anglosajón, como veremos a continuación.

3. El concepto de beneficiario efectivo en el derecho anglosajón.

¹⁵⁰ VEGA BORREGO, Alberto. op. cit. Pág. 139.

¹⁵¹ VOGEL, Klaus. op. cit. Pág. 562.

¹⁵² VAN WEEGHEL, Stef. op. cit. Pág. 70 nota 119.

¹⁵³ Solamente cuando el mismo convenio establezca una definición del concepto, como ocurre en algunos casos aislados, se deberá utilizar ésta en desmedro de la definición internacional del mismo.

El concepto de beneficiario efectivo, tal como lo hemos afirmado anteriormente, proviene del derecho anglosajón, en relación a las normas que regulan el *trust*. Es por ello que numerosos autores y buena parte de las autoridades fiscales anglosajonas, han estimado que éste debe ser el punto de partida para la interpretación del concepto.

Si el término ha sido tomado de la legislación inglesa, sería lógico que la interpretación dada por los tribunales en el Reino Unido, que es una interpretación más bien restringida, deba ser empleada en el contexto de los CDTI.

A mayor abundamiento, Avery Jones manifiesta que el significado internacional que debe dotarse al término beneficiario efectivo, debe ser aquel otorgado en el Reino Unido, toda vez que el término fue tomado del *common law*, sin que existiera ninguna observación al respecto por parte de los países miembros de la OCDE¹⁵⁴.

Sin embargo, esta posición se encuentra hoy en día prácticamente abandonada, principalmente por las razones que hemos venido esgrimiendo en capítulos anteriores. Esto, porque si bien el concepto proviene del derecho anglosajón, su aplicación en aquellos países que no siguen esta tradición es muy dificultosa, tomando en consideración las diferencias entre un sistema y otro.

Por tanto, la opinión mayoritaria indica que la interpretación del término en los países que siguen el *common law*, nos puede servir como elemento de interpretación, pero no como el significado que debe adoptarse a nivel internacional.

4. El concepto de beneficiario efectivo en los Comentarios al modelo de la OCDE y en el Reporte sobre sociedades conductoras de 1986.

¹⁵⁴ Ya en 1968, el Reino Unido establecía como limitación en el CDTI suscrito con España, que el beneficiario efectivo fuera residente de algunos de los dos países. Esto es, 9 años antes que el concepto fuera introducido al Modelo OCDE, lo que demuestra que el término proviene del Derecho Anglosajón (Reino Unido). La pregunta que debe plantearse a continuación es la posibilidad de conferirle el significado del concepto de *trust* en la legislación común o en la legislación tributaria inglesa, de haber alguna diferencia entre las dos.

Uno de los elementos más relevantes para interpretar el concepto de beneficiario efectivo, dice relación con lo señalado por la OCDE en los respectivos Comentarios al Modelo, como también en el Reporte sobre sociedades conductoras de 1986. Tal como lo decíamos en el Capítulo III, a pesar de existir algunas voces disonantes, la importancia de éstos como elementos de interpretación, no puede ser discutida. De hecho, en la práctica, las distintas autoridades fiscales, como también los tribunales de justicia, acuden a estos elementos para interpretar los términos de un CDTI¹⁵⁵.

Respecto de los Comentarios al modelo OCDE, podemos señalar primeramente, que son escasas las referencias que estos hacen sobre el concepto. Uno de los más relevantes, específicamente en el año 2003, establece que el término beneficiario efectivo “no debe ser interpretado en un sentido técnico restringido, sino que debe ser entendido dentro de un contexto, a la luz de los fines y objetivos de la Convención, lo que incluye el evitar la doble tributación y la prevención de la evasión fiscal”¹⁵⁶.

Creemos que la OCDE, por medio de este comentario, sigue la tendencia mayoritaria de la doctrina en cuanto a considerar al término de beneficiario efectivo como un concepto de carácter internacional, en oposición a una definición técnica restringida de derecho interno. De todas formas, esta afirmación no es más que un reconocimiento de la importancia de alcanzar un concepto internacionalmente reconocido, pero no aporta nuevos antecedentes o elementos que puedan ser de real utilidad para alcanzar dicho concepto.

Asimismo, la OCDE agrega en sus Comentarios, que “la limitación del impuesto del Estado de la fuente (es decir, el beneficio) no se aplica cuando un intermediario, como un agente u otro mandatario, se interpone entre el beneficiario y el pagador, a menos que el beneficiario efectivo sea residente del otro Estado contratante”¹⁵⁷. Este

¹⁵⁵ En Chile, la relevancia de estos elementos dentro del proceso interpretativo de los términos de un CDTI, ha sido reconocido expresamente por parte del Servicio de Impuestos Internos, a través de la Circular N° 57 de 2009.

¹⁵⁶ Comentarios modelo OCDE Art.1 Párrafo 2 N° 12. Este comentario fue introducido en el año 2003, e incluido en las versiones subsiguientes.

¹⁵⁷ Comentarios modelo OCDE Art.1 Párrafo 2 N° 12.2 año 2010.

comentario, tiene por objeto restringir los beneficios establecidos en los CDTI cuando el perceptor de los rendimientos actúe por cuenta de un tercero, que a su vez es residente de un tercero Estado.

Es decir, no es relevante en el análisis la denominación que tenga el perceptor, pudiendo ser un agente, mandatario u otro tipo de intermediario. Lo verdaderamente relevante, es determinar si los efectos de su actividad se radican en el patrimonio de un tercero. Si esto es así, entonces ese intermediario, agente, *nominee* u otro, no podrá ser considerado como el beneficiario efectivo de los rendimientos, y si además, el verdadero beneficiario se encuentra ubicado en un tercer país, entonces no se aplicarán los beneficios establecidos en el respectivo CDTI.

Es forzoso adoptar la posición anterior, en el sentido de analizar las facultades del agente o mandatario más que la denominación que tenga éste, puesto que analizar el precepto desde un punto de vista meramente gramatical nos llevaría a situaciones del todo injustas. Esto, porque el intermediario puede tener diversas facultades, y no por el solo hecho de ser agente o mandatario de un tercero debiesen limitarse los beneficios.

Van Weeghel considera que los agentes, mandatarios, representantes o intermediarios en general, que lleven a cabo un negocio o actividad en lugar y en nombre de otro no pueden ser considerados como beneficiarios efectivos, porque los efectos del negocio se radican inmediatamente en el patrimonio del tercero. Por tanto, es evidente que la OCDE se refiere en sus Comentarios a aquellos intermediarios que actúan a nombre de un tercero, haciéndose formalmente dueños de los rendimientos, cuando en realidad estos ingresos pertenecen a dicho tercero y se obliga el intermediario a ponerlos a su disposición¹⁵⁸.

Respecto de los términos agente y mandatario utilizados en los Comentarios de 1977, solamente ilustran un tipo de intermediario que es excluido al aplicar el término. Para Rynänen, el concepto de agente es múltiple, estableciendo que es aquella persona quien es autorizada para actuar en nombre de otra persona o en su lugar,

¹⁵⁸ VAN WEEGHEL, Stef. op. cit. Pág. 72.

mientras que *nominee* es aquella persona que es propietario sólo formal o nominalmente. Sin embargo, agrega, si bien los Comentarios en un principio establecieron una especie de definición negativa, limitando los beneficios expresamente en el caso de agentes y *nominees*, el concepto debe ser entendido en términos mucho más amplios¹⁵⁹.

Agrega que debe realizarse un análisis profundo con respecto a la naturaleza de los derechos y obligaciones de las respectivas partes involucradas, dejando de lado la discusión terminológica planteada en los Comentarios de 1977. En este sentido, de efectuarse una investigación y comprobarse que el receptor inmediato se encuentra bajo la obligación legal de transferir el ingreso a un tercero, no puede estimársele como el beneficiario efectivo de dicho rendimiento.

Esta postura es la adoptada por la OCDE en el Reporte de 1986, por medio del cual se lleva a cabo un análisis más acabado respecto de este tema. A propósito se dispuso en el Informe que “si la sociedad intermediaria no es la beneficiaria efectiva, no se aplican en el Estado de la fuente los límites a la imposición real previstos en los artículos 10 a 12 del Modelo OCDE (...) los Comentarios mencionan el supuesto del agente y el mandatario. Esta norma es aplicable también a otros casos en los que se celebra un contrato o en el que se cumplen obligaciones en los que un sujeto realiza funciones análogas a las de un agente o mandatario. Así, una sociedad intermediaria no tiene normalmente la condición de beneficiario efectivo, a pesar de que formalmente sea el titular de determinados activos, si los derechos que puede ejercer sobre los mismos son tan limitados o endeble que le convierten en un mero fiduciario o administrador que actúa por cuenta de las personas interesadas en ese activo”.

Por lo tanto, el concepto de beneficiario efectivo se relacionaría con aquella persona que efectivamente tiene derecho a dicho rendimiento, el cual es recibido, desde un punto de vista formal, por otra persona en lugar y a nombre de él. Así la calidad de

¹⁵⁹ RYYNÄNEN, Olli. op. cit. Págs. 354-355. A su vez, De Broe manifiesta que la sutil diferencia entre el término "*agent*" y "*nominee*" no es lo suficientemente importante como para realizar un análisis comparativo. DE BROE, Luc. op. cit. Págs. 680 y ss.

beneficiario efectivo se pierde cuando existe la obligación de transferir una determinada renta a un tercero¹⁶⁰.

Como manifiesta Vega Borrego, el fin de la norma se cumple al denegar la aplicación de un CDTI al intermediario cuando el que realmente se beneficia es aquella persona en nombre de la cual actúa el perceptor, independiente de su denominación¹⁶¹.

Es en esta última parte donde el Reporte establece nuevos elementos a tener en consideración, en relación a lo que ya hemos revisado en los Comentarios. Esto, al establecer la posibilidad que una sociedad sea jurídicamente titular de un determinado activo, pero al ser los derechos que puede ejercer sobre el mismo tan limitados o restringidos, se le considera entonces como un mero fiduciario o administrador que actúa por cuenta de las personas interesadas en ese activo.

Empero, no señala la OCDE cuales son los parámetros para determinar cuándo una sociedad tiene derechos limitados o restringidos sobre una cosa. Vega Borrego, señala que lo que caracteriza estos derechos limitados es el hecho que la sociedad intermediaria esté vinculada con la sociedad a la cual transfiere los rendimientos percibidos. Ya sea porque esta última tenga una participación significativa en la intermediaria, o bien porque la matriz de ambas sociedades es la misma¹⁶².

Por tanto, al estar vinculada patrimonialmente con la sociedad a la cual distribuye los rendimientos, la sociedad intermediaria no tendría libertad en cuanto a utilizar estos ingresos en la manera que mejor estime. De todas formas, el Reporte no hace referencia alguna respecto a la relación de control que debe existir entre ambas sociedades para que se considere que la intermediaria no pueda disponer de los rendimientos libremente. Además, puede darse el caso en que no exista una relación de propiedad entre ambas sociedades, pero donde igualmente la sociedad

¹⁶⁰ RYNNÄNEN, Olli. *The Concept of a Beneficial Owner in the Application of Finnish Tax Treaties*. Stockholm Institute for Scandinavian Law, 2009. Pág. 355 y 356.

¹⁶¹ VEGA BORREGO, Alberto. *op. cit.* Pág. 152.

¹⁶² VEGA BORREGO, Alberto. *op. cit.* Pág. 155.

intermediaria se encuentre de hecho obligada a distribuir los ingresos. Es decir, no puede acotarse la discusión solamente respecto de aquellas compañías que se encuentran vinculadas patrimonialmente.

De lo establecido, tanto en los Comentarios como en el Reporte, podemos concluir que la OCDE pretende excluir de los beneficios establecidos en los CDTI respecto de dividendos, intereses y regalías; a agentes, mandatarios, fiduciarios, intermediarios, en la medida que estos tengan la obligación de poner a su disposición el rendimiento percibido, no pudiendo disponer libremente de aquellos ingresos. Es decir, para poder ser considerado como beneficiario efectivo, es necesario que el contribuyente pueda disponer libremente del rendimiento o dicho de otro modo, no será beneficiario efectivo aquel que siendo formalmente titular de un activo, tiene derechos muy limitados sobre éste.

Puede observarse, que la opinión de la OCDE es coincidente respecto de lo señalado a propósito de la figura del *trust* en el Derecho Anglosajón y respecto de la teoría de la propiedad económica del Derecho alemán. Sin embargo, reiteramos que no por ese hecho puede afirmarse que el concepto de beneficiario efectivo debe tener un significado análogo al del derecho interno, sino que dicho concepto es propio del derecho internacional tributario, y por tanto, debe tener un significado fiscal internacional.

5. Beneficiario efectivo y las sociedades *stepping stone conduit*.

Una interpretación del concepto basada únicamente en los Comentarios y en el Reporte, nos llevaría a concluir que las sociedades de tipo *stepping stone conduit* serían consideradas beneficiarias efectivas.

Recordemos que una sociedad de este tipo es aquella que siendo intermediaria, compensa el rendimiento percibido con un gasto. Por ejemplo, una sociedad ubicada en el país A distribuye dividendos a otra sociedad residente en el país B, pero ésta

última, en vez de distribuir dichos dividendos a otra sociedad ubicada en el país C, compensa el dividendo recibido desde A y paga una cantidad equivalente al dividendo recibido a C, pero no como dividendos, sino como intereses por un préstamo pactado entre B y C¹⁶³. De esa manera, “distribuye” los dividendos como intereses, y además esta figura le permite deducir a B de su renta imponible como gasto, el monto pagado a C por concepto de intereses. Obviamente, todo esto es realizado aprovechando la red de tratados existentes.

En este caso, y de acuerdo a los elementos para identificar al beneficiario efectivo que hemos dado, la sociedad intermediaria B sería considerada como beneficiario efectivo. Esto, porque tiene derecho a percibir y disponer libremente de los dividendos que recibe desde A, al ser el titular exclusivo respecto de dicho activo. No limita este derecho, el hecho que tenga que pagar intereses a C por un monto que incluso puede ser idéntico al de los dividendos, puesto que ambas relaciones son absolutamente independientes.

Sobre este respecto, el hecho que las sociedades A, B y C estén vinculadas patrimonialmente puede constituir un elemento relevante a la hora de establecer si la intermediaria es la beneficiaria efectiva de los dividendos en este caso. Sin embargo, excluir de los beneficios establecidos en los CDTI a dicha sociedad, por el solo hecho de ser controlada o por estar vinculada con otras sería derechamente un error.

La única solución respecto de estas estructuras, es analizar caso a caso las relaciones existentes entre las sociedades, como también el control que pueden ejercer unas sobre otras. Asimismo, deben considerarse relevantes elementos tales como la existencia de una actividad económica real y efectiva por parte de la intermediaria, también debe analizarse si coincide la cuantía de lo percibido versus lo gastado (o pagado al exterior) o si coinciden las fechas en que esto se produce, entre otros. Hay quienes postulan incluso, que sólo se perdería la calidad de beneficiario efectivo cuando las dos operaciones realizadas coinciden exactamente en todos sus aspectos y

¹⁶³ También puede pagarse una regalía, una renta de arrendamiento, etc. La idea principal es pagar los dividendos a exterior, pero por medio de otra figura.

la sociedad intermediaria no realiza actividad económica alguna¹⁶⁴, tal como sucede en el caso Aiken, el cual revisaremos más adelante.

De todas formas, pareciera que la sola aplicación de la cláusula de beneficiario efectivo no es suficiente para prevenir este tipo de estructuras. Para aquello es recomendable que los países adopten en sus CDTI otras cláusulas de limitación de beneficios que ya han sido recomendadas por la OCDE, y que fueron revisadas en capítulos anteriores.

6. El concepto de beneficiario efectivo en la doctrina y la jurisprudencia.

Stef van Weeghel propuso derechamente, incluir la definición del concepto dentro del artículo 3 del Modelo, en el cual se establecen ciertas definiciones. De acuerdo a su opinión, beneficiario efectivo es el acreedor del rendimiento o ingreso, o si el acreedor actúa como agente o mandatario, la persona por la cual el agente o mandatario está actuando¹⁶⁵.

Es decir, el autor sigue en esta material las recomendaciones de la OCDE en cuanto a excluir de los beneficios a aquellos que actúan en lugar y nombre de un tercero. Sin embargo, esta definición es del todo insuficiente, al no hacer referencia a aquellos que si bien no son agentes o mandatarios, están obligados a pagar a terceros los rendimientos percibidos.

El profesor Klaus Vogel, señala que lo importante es determinar quién se beneficia materialmente del rendimiento, con independencia de quien es formalmente el titular. En este sentido, para determinar quién es el beneficiario efectivo de una determinada renta, deben tomarse en cuenta quien tiene derecho sobre los activos que generan las rentas o rendimientos, y por otro lado quien tiene el derecho a disponer de los

¹⁶⁴ Cfr. VEGA BORREGO, Alberto. op. cit. Pág. 162.

¹⁶⁵ VAN WEEGHEL, Stef. op. cit. Pág. 91.

rendimientos que dichos activos generan. Agrega que el beneficiario efectivo es quien tiene derecho a disponer libremente de los mismos¹⁶⁶.

Charl Du Toit lo define en función de las regalías como "la persona cuya propiedad tiene más peso que la de cualquier otra persona"¹⁶⁷. En este sentido, es menester tener presente lo que plantea al respecto como característica del beneficiario efectivo. Esto es, que en caso de adquirirse algo sujeto a la obligación de entregárselo a un tercero, no se tiene la condición de beneficiario efectivo respecto del bien adquirido. Asimismo, el beneficiario efectivo debe encontrarse amparado por el ordenamiento jurídico, es decir, sujeto a protección jurídica¹⁶⁸.

Por otro lado, para Robert Danon, debe entenderse por beneficiario efectivo a "la persona quien legalmente, económicamente o en el hecho tiene poder para controlar la imputación del ingreso"¹⁶⁹. Agrega, que la falta de poder o autonomía para controlar una determinada renta, es comparable con la posición que tiene un agente o *nominee*.

De Broe, refiriéndose a la definición entregada por Danon, señala que este sería el caso de una compañía que se interpone entre otras dos, distribuyendo rendimientos entre ambas, tomando pocos riesgos sobre la renta recibida y recibiendo, tal vez, una pequeña comisión por sus servicios¹⁷⁰.

Roy Rohatgi, si bien no entrega una definición propiamente tal, señala que el concepto de beneficiario efectivo mira detrás del propietario legal para encontrar el propietario real. En países que siguen la tradición anglosajona, prosigue, el término se

¹⁶⁶ Traducción efectuada por Aída Ceballos Morales. El concepto de beneficiario efectivo y su jurisprudencia. Instituto de Estudios Fiscales, 2009. Pág. 33.

¹⁶⁷ Duran lo traduce como "la persona cuyos atributos de titularidad están por encima de los de cualquier otra persona." En: VEGA BORREGO, Alberto. Op cit. Pág. 113. nota 437. DU TOIT lo define textualmente como "*The person whose ownership attributes outweigh that of any other person*". DU TOIT, Charl. Beneficial Ownership of Royalties in Bilateral Tax Treaties. IBFD Publications, Amsterdam, 1999. Pág. 180.

¹⁶⁸ DU TOIT, Charl. op. Idem.

¹⁶⁹ DANON, Robert J. "Switzerland's Direct and International Taxation of Private Express Trusts", Droit Fiscal Suisse et International, 2004. Pág. 340. La traducción es nuestra.

¹⁷⁰ De BROE, Luc. op. cit. Pág. 688.

refiere a la persona que al final disfruta del beneficio de un activo, en comparación con el propietario legal el cual podría ser solamente un prestanombres. Diferentes personas o las mismas personas pueden tener la propiedad real y legal de un activo¹⁷¹.

Finalmente, Alberto Vega Borrego, enfocando su trabajo hacia las cláusulas de limitación de beneficios, señala que debe entenderse por beneficiario efectivo como a “aquella persona que teniendo derecho a obtener el rendimiento puede disponer libremente del mismo”¹⁷². Es decir, su análisis se funda sobre la base de la eventual disponibilidad que tiene un contribuyente respecto de una determinada renta. Si este se encuentra obligado a distribuir dichos rendimientos a un tercero, entonces no podrá ser considerado como beneficiario efectivo.

7. El concepto en la jurisprudencia Internacional.

Como lo hemos venido señalando, la sola remisión a los trabajos de la OCDE, especialmente en lo que se refiere a los Comentarios, es insuficiente para alcanzar un concepto de beneficiario efectivo.

En este sentido, dentro del proceso de interpretación del concepto, es de gran utilidad analizar lo establecido en los fallos que se refieren a esta materia. En todo caso, al ser este un fenómeno reciente, son pocos los tribunales que han emitido una opinión al respecto. De hecho, no existen fallos que se refieran al pago de regalías (artículo 12 del modelo OCDE), a diferencia de lo que sucede en el caso de los dividendos e intereses (artículos 10 y 11 del modelo OCDE respectivamente)¹⁷³.

En los próximos párrafos, llevaremos a cabo un análisis de los fallos más importantes que contengan alguna referencia respecto del concepto de beneficiario

¹⁷¹ ROHATGI, Roy. op. cit. Pág. 531.

¹⁷² VEGA BORREGO, Alberto. Op cit. Pág. 146.

¹⁷³ Como lo hemos señalado anteriormente, la redacción de la cláusula de beneficiario efectivo es igual respecto de dividendos, intereses y regalías, por lo que los fallos relativos a los primeros, son extensivos al pago de regalías.

efectivo. Será especialmente importante en este análisis, identificar aquellos elementos que permitan complementar lo ya señalado por la OCDE en los Comentarios.

7.1. Caso Aiken.

En el caso Aiken de 1971¹⁷⁴, la *U.S. Tax Court* determinó que una compañía residente en Honduras, a quien se le había asignado un pagaré, era en el fondo, un agente para otra compañía en un tercer estado con respecto a los intereses que pagaba una empresa situada en EEUU, y por lo tanto, no podía solicitar los beneficios del CDTI entre Honduras y EEUU.

Si bien en sentido estricto, este caso no trata el significado del término beneficiario efectivo, ya que es anterior a la inclusión del concepto por parte de la OCDE en 1977, se ha establecido que materialmente se refiere a quién es el beneficiario efectivo.

Siendo el primer caso de relevancia global que identificó una sociedad intermediaria establecida en un Estado contratante como una sociedad conductora, es considerado el punto de partida para la determinación y aplicación del concepto de beneficiario efectivo en la jurisprudencia anglosajona y mundial.

7.1.1. Los hechos.

Una sociedad residente en las Bahamas, Ecuadorian Corp. Inc., en adelante Ecuadorian, concede un préstamo a la sociedad estadounidense Mechanical Products Inc., en adelante MPI. El pago de los intereses y el capital del préstamo se instrumenta a través de un pagaré. El capital de MPI pertenece íntegramente a una sociedad también residente en EEUU., Aiken Industries Inc., en adelante Aiken, cuyo capital, a su vez, pertenece en un 99,997% a la sociedad Ecuadorian.

¹⁷⁴ Aiken Industries, Inc. v. Commisisioner of Internal Revenue. 56 Tax Court 925. 1971.

La sociedad Ecuadorian cede el pagaré señalado a la sociedad Industrias Hondureñas S.A. de C.V., en adelante Industrias, la cual tiene su domicilio en Honduras, a cambio de 9 pagarés a la orden que representan el mismo monto de intereses que el pagaré recibido y con la misma fecha de vencimiento.

El capital social de la hondureña Industrias pertenece en su integridad a la sociedad Compañía de Cervezas Nacionales, una sociedad residente en Ecuador, cuyo capital es propiedad de Aiken. La sociedad MPI paga los intereses a la sociedad Industrias, la cual, a su vez, cumple con la obligación existente bajo los 9 pagarés, y paga a Ecuadorian.

Ecuadorian, quien controla todas las otras sociedades y es la que concede el préstamo, realiza junto a Aiken -la cual con posterioridad, absorbió a MPI constituyéndose en su sucesora legal- una operación para modificar el Estado desde el que se obtienen los rendimientos, de las Bahamas (donde se ubica Ecuadorian) a Honduras (donde reside Industrias).

El único fin es obtener el rendimiento desde Honduras, porque a diferencia que con Bahamas, sí existe un CDTI entre dicho país y EEUU. Para lo cual se orquesta una operación *stepping stone*, con el fin de que los rendimientos no sufran tributación alguna en el Estado intermedio (Honduras).

Los intereses que se pagan desde EEUU, coinciden exactamente con los que la sociedad intermedia paga al titular original por la cesión del préstamo, por lo tanto no percibe beneficio alguno, porque los ingresos se transforman en gastos. De lo contrario, se hubiera visto en la necesidad de pagar el impuesto de retención del 30% por pago de intereses a la matriz Ecuadorian.

El *Internal Revenue Service*, el organismo responsable de la recolección de impuesto y la aplicación de la legislación fiscal de EEUU, reclamó que la existencia de Industrias como entidad societaria debía desestimarse para efectos tributarios y concluyó que Ecuadorian debía establecerse como el verdadero dueño y receptor de

los intereses, cuya consecuencia directa sería estimar que Aiken -la continuadora de MPI- era responsable de la falta de retención del impuesto al rendimiento.

7.1.2. La resolución de la Corte. Comentarios.

La Corte Fiscal si bien no se encontraba facultada para poder desconocer una sociedad como Industrias, falló en contra del contribuyente en base a una serie de otros factores.

Como primera cuestión, consideró que en cuanto al artículo 9 del CDTI entre Honduras y EEUU¹⁷⁵, el cual establecía que respecto del interés sobre pagarés y otros documentos de deuda originado en un Estado contratante recibido por (*received by*) una persona residente en el otro Estado, se encontraba exento de impuesto en el primero, para dar forma a los términos de dicho artículo, la norma debía interpretarse de forma similar a la establecida en el artículo 3(2) del Convenio Modelo.

Así, para determinar si a un contribuyente le corresponden los beneficios que establece un CDTI, el fallo dispone que se le debe otorgar a las palabras un significado que sea coherente con las expectativas compartidas por las partes contratantes, para lo cual es necesario examinar tanto el lenguaje como el contexto dentro del cual se encuentran inmersas.

Aplicando dichos principios, la Corte Fiscal determinó que el pago de los intereses no fue “recibido por” una sociedad en el Estado contratante, ya que en los hechos, dicha sociedad se encontraba en la obligación de transferir o remesar los intereses percibidos a un tercero ubicado en un tercer Estado. En este sentido, el término “recibido por” se refiere no solo a la posesión física de manera temporal de los títulos sino que conlleva el dominio y control absoluto de dichos fondos.

¹⁷⁵ Convenio que entró en vigencia el 6 de febrero de 1957 y que fue terminado por Honduras a partir del 31 de diciembre de 1966, fue asimismo el primer CDTI que EEUU firmó con un país sudamericano.

Asimismo determinó que Industrias no tenía un beneficio real en los pagos de los intereses que recibía y en el fondo, MPI pagaba los intereses a Ecuadorian, la cual “recibió” los intereses. Como podemos observar, la Corte fue más allá de la mera interpretación literal del CDTI para aplicar una interpretación basada en el principio de la “sustancia sobre la forma”, donde prima la realidad económica de las operaciones antes que su forma jurídica.

Por último, de acuerdo con Cervantes, el caso Aiken adopta el criterio respecto de beneficiario efectivo propuesto por Vogel, en cuanto a que éste se encuentra implícito en cada CDTI. Mientras que en el caso MacMillan Bloedel¹⁷⁶, se arriba a una solución radicalmente distinta, adoptándose el criterio de van Weeghel, quien señala que sólo se puede aplicarse el concepto a aquellos casos en que un CDTI expresamente lo disponga¹⁷⁷.

De esta forma, en MacMillan Bloedel, un caso resuelto por la *Canadian Tax Review Board*, se aplicó el lenguaje del CDTI en forma literal, sin inferir de la letra del mismo, como requisito implícito, que el receptor del rendimiento fuese el beneficiario efectivo de dicho ingreso¹⁷⁸. De acuerdo con este fallo, no es posible extraer medidas anti *treaty shopping* como lo es la cláusula de beneficiario efectivo, si no se han establecido expresamente.

7.2. Caso Indofood.

Este es un fallo dictado por el Tribunal de Apelaciones del Reino Unido¹⁷⁹, respecto de una disputa entre *Indofood International Finance Ltd.* y *JP Morgan Chase Bank N.A.*, en el año 2006.

¹⁷⁶ MacMillan Bloedel Ltd. v. The Minister of National Revenue. 79 DTC 297. 1979.

¹⁷⁷ CERVANTES, Marcos. Op cit. Pág. 35.

¹⁷⁸ VAN WEEGHEL, Stef. Op cit. Pág. 62.

¹⁷⁹ De acuerdo a lo establecido en los respectivos contratos, en caso de cualquier disputa o controversia, se otorgaba competencia a los tribunales británicos, a pesar de que ninguno de las partes era residente del Reino Unido.

7.2.1. Los hechos.

Indofood es una empresa residente en Indonesia, dedicada principalmente al negocio de la producción y distribución de alimentos. En el año 2002, esta empresa decide aumentar su capital, para lo cual toma un crédito en el exterior.

De tomar este crédito en un país sin CDTI, los intereses pagados al exterior estarían sujetos a una tasa de retención muy alta (aproximadamente de un 20%). Por tanto, *Indofood* decide constituir una subsidiaria en Islas Mauricio con el objeto que ésta última la financie por medio de un préstamo o más préstamos. La subsidiaria se constituye en Islas Mauricio, con el objeto de reducir la tasa de retención sobre el pago de intereses a un 10%, en atención a lo dispuesto en el CDTI suscrito entre ambos países. Sin embargo, en el año 2005, el gobierno de Indonesia opta por derogar el CDTI con Islas Mauricio. Esto trae como consecuencia, la pérdida de los beneficios ya señalados para *Indofood* respecto de la retención sobre intereses.

Cabe señalar, que para llevar a cabo estas operaciones de crédito, *Indofood* había contratado a *JP Morgan*. Este último, para evitar la pérdida de los beneficios, sugiere a *Indofood* la constitución de una nueva sociedad en Holanda. La decisión de hacerlo en Holanda, tenía por objeto aprovechar el CDTI que este país tenía firmado tanto con Islas Mauricio como con Indonesia. De esta manera, el préstamo ya no era otorgado directamente por la subsidiaria en Islas Mauricio a *Indofood*, si no que pasaba por un intermediario en Holanda.

De la misma forma, el interés ya no era pagado directamente por *Indofood* a la subsidiaria en Islas Mauricio, si no que era pagado a la nueva sociedad intermediaria en Holanda, y luego ésta pagaba a la compañía en Islas Mauricio. En este sentido, el tribunal debía decidir si la nueva compañía creada en Holanda podía ser considerada como beneficiaria efectiva de los intereses, para la eventual aplicación del CDTI correspondiente.

Finalmente, el Tribunal determinó que la sociedad intermediaria domiciliada en Holanda no podía ser considerada como beneficiario efectivo de los intereses pagados por *Indofood*, a la luz de lo establecido en el CDTI entre Holanda e Indonesia.

7.2.2. Comentarios al fallo.

La decisión de este tribunal, se basó principalmente en lo señalado por la OCDE en los Comentarios y en el Reporte sobre Sociedades Instrumentales, como también en base al concepto establecido por la autoridad tributaria de Indonesia en Circular SE-04/PJ.34/2005 de 7 de julio de 2005.

Primeramente, se establece que al concepto de beneficiario efectivo debe otorgársele un significado fiscal internacional amplio, que no se deriva de la legislación interna de los países contratantes, siguiendo en esta materia lo señalado en los Comentarios.

Sin embargo, la Corte acoge también la postura de tomar en consideración criterios subjetivos derivados de la normativa interna de Indonesia, donde prevalece la “sustancia por sobre la forma” de la sociedad intermediaria¹⁸⁰. Es decir, debe llevarse a cabo un análisis respecto de la naturaleza del negocio, de la estructura societaria y de las facultades de la intermediaria.

Bajo este punto de vista, la sociedad intermediaria ubicada en Holanda no podía ser considerada como beneficiaria efectiva de los intereses. Esto, porque dicha sociedad no percibía ningún beneficio derivado del negocio, más allá de una pequeña comisión, por lo cual la Corte concluye que su labor corresponde a la de un mero administrador que debía remesar los intereses recibidos.

¹⁸⁰ WOO SONG, Min. A Survey of case law on the term “beneficial ownership” in the articles 10, 11 and 12 of the OECD MC. Leiden University, Holanda, 2007. Pág. 15.

En este sentido, la sentencia agrega expresamente que por beneficiario efectivo debe entenderse a “el actual propietario o dueño del ingreso (en este caso, de los intereses), quien realmente tiene el derecho total para gozar de dicho ingreso”, lo que es un reconocimiento al concepto entregado por la autoridad de Indonesia¹⁸¹.

Por tanto, de acuerdo con lo señalado por el Tribunal, para ser considerado como beneficiario efectivo, la sociedad intermediaria debiese tener el “derecho absoluto” para beneficiarse de los ingresos provenientes de los intereses, y no ser sólo un administrador. Este criterio es adoptado. Ahora bien, no deja en claro el fallo que debe entender “derecho total o absoluto” respecto de los ingresos obtenidos, lo que deberá ser determinado caso a caso.

Uno de los elementos del fallo que debe ser destacado como aspecto positivo, es el reconocimiento por parte de la Corte del hecho que el concepto de beneficiario efectivo debiese tener un significado de carácter internacional, en oposición a un significado adoptado de acuerdo a las normas domésticas de cada país.

En otras palabras, esto implica que la Corte está abogando por un concepto único, reconocido a nivel mundial y que no varíe de país en país, independiente si estos siguen la tradición anglosajona o no¹⁸².

Empero, tomar en consideración la opinión de las autoridades locales de Indonesia, es sin duda un error. Decimos esto, toda vez que dicha opinión adopta un concepto de beneficiario efectivo de carácter técnico y restringido, al señalarse que por beneficiario efectivo se debía entender a aquel que tiene “total poder para beneficiarse directamente por los ingresos o rendimientos”.

Lo anterior, no es coherente con lo establecido como premisa por la Corte en cuanto a considerar a los Comentarios de la OCDE como elementos básicos de interpretación, puesto que tal como lo hemos venido señalando, éstos apuntan a una

¹⁸¹ Extracto del fallo citado por WOO SONG, Min. op. cit. Pág.16. La traducción es nuestra.

¹⁸² BAKER, Philip. op. cit. Pág. 24.

concepción del concepto de beneficiario efectivo no debe tener un significado restringido de carácter técnico. Sumado a esto, podemos también señalar que el concepto entregado por la autoridad indonesia, es confuso y no representa una ayuda real y efectiva en el trabajo interpretativo.

7.3. Caso Prevost.

Este es un fallo dictado por el Tribunal Federal de Apelación de Canadá, respecto de una disputa entre Su Majestad la Reina de Inglaterra y la compañía canadiense Prevost Car Inc. (en adelante Prevost).

7.3.1. Los hechos.

Una compañía residente en Gran Bretaña y otra compañía residente en Suecia, tienen respectivamente el 49% y el 51% de las acciones de Prevost Holding BV (en adelante “la Intermediaria”), domiciliada en Holanda. A su vez, la Intermediaria posee el 100% de las acciones de Prevost Inc., residente en Canadá.

La Intermediaria, no tiene empleados, ni oficinas, ni otros activos distintos a las acciones que posee en Prevost. Luego, durante el período comprendido entre el año 1996 y el año 2001, Prevost distribuyó regularmente dividendos a la intermediaria en Holanda. Durante ese mismo período de tiempo, la intermediaria pagaba una suma de dinero a sus socios en Gran Bretaña y Suecia, la cual era equivalente a los dividendos recibidos desde Canadá.

Como consecuencia de lo anterior, la autoridad tributaria en Canadá denegó el beneficio establecido en el CDTI entre Canadá y Holanda, al considerar que la Intermediaria no era el beneficiario efectiva de los dividendos, sino que lo eran los socios residentes en Gran Bretaña y Suecia. Esto, como consecuencia de lo que hemos denominado en capítulos anteriores, como la interposición de una *conduit company* o sociedad instrumental.

7.3.2. Comentarios al fallo.

Al igual que en el caso *Indofood*, la autoridad fiscal canadiense consideró que el concepto de beneficiario efectivo no debía tener un significado técnico o legal restringido, sino un significado reconocido a nivel internacional. Asimismo, argumentaron que el término tiene un significado que requiere una búsqueda más allá de la relación legal con el objeto, con el propósito de identificar en los hechos, quien puede beneficiarse del dividendo (o del interés o de la regalía).

Del mismo modo, el Tribunal estimó que en los casos en que la Intermediaria actúe como agente o mandatario de un tercero, nunca podrá ser considerado como beneficiario efectivo, lo que en este caso no ocurre. Luego, define al beneficiario efectivo como “la persona que recibe los dividendos (intereses o regalías) para su propio disfrute y que asume el riesgo y control del mismo”. En este sentido, es relevante analizar los poderes de decisión que tiene un contribuyente, respecto del uso o aplicación de una determinada renta.

Por tanto, dentro del análisis, no deben considerarse aspectos como el número de empleados de una compañía o si ésta tiene o no oficinas en su país de residencia. Lo que realmente es importante para determinar si un contribuyente es el beneficiario efectivo de un dividendo, interés o regalía, es el poder de disponibilidad que tiene sobre las rentas percibidas. Si éste se encuentra obligado a distribuir dichas rentas a terceros ubicados en otros países, sin tener opción alguna de disponer de ellas de manera distinta, entonces no podrá ser considerado como beneficiario efectivo.

Ahora bien, podría estimarse que esta sentencia amplía en exceso el concepto de beneficiario efectivo. Esto, porque en la práctica es muy difícil probar que un contribuyente se encuentra obligado a distribuir una determinada renta a un tercero domiciliado en el exterior, y que además no tenía ningún tipo de poder sobre ésta. En ese caso, bastaría con establecer en un contrato o en acuerdo de accionistas, que la

intermediaria puede disponer libremente de una renta, cuando en los hechos dicha libertad no es tal.

Sin embargo, creemos que esta sentencia apunta en la dirección correcta, toda vez que reconoce las dificultades de establecer criterios objetivos respecto del concepto de beneficiario efectivo, y al mismo tiempo acota la discusión en torno a los poderes o facultades que tiene el contribuyente sobre una determinada renta. Empero, la conceptualización es todavía insuficiente, sobre todo porque no toma en consideración la actividad económica real de la sociedad intermediaria o conductora, la cual en este caso era nula.

7.4. Caso Bank of Scotland.

Este es un fallo dictado por Supremo Tribunal Administrativo de Francia, respecto de la interpretación de los CDTI en relación con una estructura basada en la cesión de un derecho de usufructo.

7.4.1. Los hechos.

Una compañía residente en Estados Unidos, constituyó un usufructo en favor del Royal Bank of Scotland (en adelante, el Banco). Bajo este acuerdo, el Banco adquiriría el derecho a recibir los dividendos asociados a las acciones preferentes de una subsidiaria de la compañía estadounidense, residente en Francia, por un período de tres años.

Consecuentemente, la subsidiaria francesa distribuyó dividendos al Banco en Escocia. Este pago, estaba afecto a una tasa de retención del 25% de acuerdo a la normativa interna en Francia. Sin embargo, meses después, el Banco solicitó una devolución al fisco francés, por considerar excesivo el pago de impuestos sobre la remesa de dividendos, toda vez que de acuerdo al CDTI suscrito entre Francia y Escocia, la tasa máxima de retención sobre dividendos debiese ser de 15%.

Esta solicitud fue rechazada por la autoridad francesa, en atención a que el Banco no sería el beneficiario efectivo de los dividendos distribuidos por la compañía francesa. Lo anterior, toda vez que el precio pagado por el Banco a la compañía estadounidense por la cesión del derecho de usufructo, era igual al valor de los dividendos percibidos.

Por lo tanto, lo que en realidad existía, era un préstamo por parte del Banco a la compañía estadounidense, el cual era remunerado por esta última, por medio del pago de lo que recuperaba en Estados Unidos como crédito por los impuestos pagados en el exterior. Es decir, el capital prestado por el Banco se pagaba con los dividendos percibidos (las sumas eran idénticas) y la remuneración por el préstamo equivalía a lo que la compañía estadounidense recuperaba como crédito por impuestos pagados en Francia.

Luego, el Banco apeló a la determinación de la autoridad francesa, y se discutió en el Supremo Tribunal Administrativo, respecto de la eventual calificación del Banco como beneficiario efectivo de los dividendos.

7.4.2. Comentarios al fallo.

El Supremo Tribunal Administrativo de Francia, determinó que el Banco no era el beneficiario efectivo de los dividendos distribuidos por la subsidiaria francesa, y por lo tanto, los beneficios establecidos en el CDTI entre Francia y Escocia no debiesen ser aplicados.

El Tribunal, confirmando lo señalado en primera instancia, estimó que la operación en realidad era un préstamo encubierto, por parte del Banco a la compañía estadounidense, a través del cual los fondos adelantados por el Banco se reembolsarían por la subsidiaria en Francia por medio del pago de dividendos preferentes. En virtud de lo anterior, cabe concluir que el acuerdo de usufructo era una

operación simulada, con el único objeto de permitir a la compañía estadounidense obtener un beneficio fiscal respecto del cual no tenía derecho¹⁸³.

A su vez, agrega el Tribunal, la cesión del derecho de usufructo no le daba al Banco derecho a voz y a voto dentro de la subsidiaria francesa. Esto, junto con otros antecedentes de hecho, relativos a la forma del negocio, permite concluir que este usufructo vulnera los objetivos y fines de los CDTI. De esta forma, no cabe sino considerar que el verdadero beneficiario efectivo de los dividendos era la compañía estadounidense, el cual delegó en su subsidiaria francesa la tarea de pagar el préstamo al Banco escocés.

En nuestra opinión, creemos que el fallo no es del todo correcto. Lo anterior, toda vez que si bien efectivamente se pudo haber simulado un préstamo, en los hechos, el Banco de Escocia tenía total discrecionalidad sobre los dividendos percibidos. Es decir, estos ingresaban materialmente a su patrimonio y el Banco podía disponer de ellos como mejor le pareciera. En ningún caso tenía la obligación de restituirlos a la compañía estadounidense ni a otro contribuyente en un tercer país, por lo que no puede ser considerado como un agente o mandatario.

Lo que hace el Tribunal, es llevar la cláusula del beneficiario efectivo a una situación extrema, al considerar a la sociedad estadounidense como el verdadero beneficiario de los dividendos, cuando en realidad esta compañía no podía siquiera disponer de dichos dividendos. Creemos que es posible sostener que esta operación en realidad buscaba obtener beneficios fiscales, pero estos beneficios no pueden ser negados por parte de la justicia francesa, sólo en base a lo establecido en la cláusula de beneficiario efectivo.

Por último, podemos señalar que el Tribunal está fallando de esta manera, porque se estarían vulnerando los fines y objetivos de los CDTI. Esto es sin duda una novedad, puesto que se deniegan los beneficios incluso a aquellos contribuyentes que tienen total control y derechos sobre las rentas percibidas, y que debiesen ser

¹⁸³ CEBALLOS, Aída. op. cit. Pág. 37.

considerados como beneficiarios efectivos de los rendimientos, por el solo hecho que la operación en cuestión es contraria a dichos fines y objetivos.

7.5. Caso Royal Dutch.

Este es un caso fallado en 1994 por la Suprema Corte de Holanda (en adelante e indistintamente, la Corte), respecto de la interpretación del concepto de beneficiario efectivo en el CDTI suscrito entre Holanda y el Reino Unido.

Cabe señalar, que la Corte revierte en este caso lo fallado por la Corte de Apelaciones, la cual había apoyado a la autoridad tributaria local, denegando los beneficios establecidos en el convenio respectivo

7.5.1. Los hechos.

Una sociedad domiciliada en el Reino Unido, decide comprar “cupones de dividendos” de una sociedad domiciliada en Holanda conocida como *Royal Dutch Shell*, a otra sociedad domiciliada en Luxemburgo, la cual, al tener parte de la propiedad de la sociedad holandesa, tenía derechos sobre aquellos dividendos.

De esta forma, los dividendos no serían remesados desde Holanda a Luxemburgo, sino que debían ser remesados desde Holanda al Reino Unido, país de residencia de la sociedad tenedora de los cupones de dividendo.

Al momento de pagarse los respectivos dividendos, se llevó a cabo una retención en Holanda de un 25% sobre los dividendos, de acuerdo a la normativa local. Sin embargo, el CDTI entre Holanda y Reino Unido dispone que la remesa de dividendos puede estar sujeto a una tasa máxima de retención de 15%.

Por tanto, el contribuyente residente en Reino Unido, solicitó la devolución de un 10% de lo retenido, por la diferencia entre la tasa local de 25% y la tasa máxima del

convenio de 15%. Sin embargo, dicha solicitud fue denegada por la autoridad tributaria holandesa, aduciendo que la sociedad británica no era el beneficiario efectivo de los dividendos, ya que no era el propietario de los mismos, sino que solamente era el propietario de estos “cupones de dividendo”.

En efecto, el dueño propiamente tal, era la sociedad residente en Luxemburgo y era esta última quien podía solicitar la devolución por el exceso retenido. Además, de acuerdo a la normativa local, en el caso de una venta de cupones de dividendo, el vendedor era considerado como la persona que de hecho recibe el dividendo que ya ha sido declarado¹⁸⁴.

Sin embargo, el Tribunal Supremo, revoca esta decisión y falla a favor del contribuyente británico. Esto, tomando en consideración que la sociedad en cuestión era dueña de los cupones de dividendo, y por tanto, tenía libre disposición sobre los mismos. Agrega en este sentido, que la sociedad británica no actuaba como agente o *nominee* de un tercero, puesto que no se obligaba a transferir los dividendos percibidos, sino que tenía total poder sobre los mismos, y debía ser considerado como el beneficiario efectivo de los mismos.

Finalmente, señala la Corte, la eventual calificación de un contribuyente como beneficiario efectivo de una renta o rendimiento, debe ser analizado al momento del pago del mismo, y no previamente o al momento de solicitar la devolución¹⁸⁵. Es claro entonces, que al momento del pago la sociedad británica era la beneficiaria efectiva de las rentas percibidas desde Holanda, por las razones antes dichas.

¹⁸⁴ CEBALLOS, Aída. op. cit. Pág. 40.

¹⁸⁵ A propósito de esto, Van Weeghel señala que los CDTI no establecen como condición que el beneficiario efectivo de los dividendos deba ser, a su vez, dueño de los derechos o acciones del cual provienen dichos dividendos. Por tanto, es irrelevante el momento en que el contribuyente haya adquirido los cupones (en relación al hecho que la distribución de dividendos ya había sido anunciada previamente a la venta de los cupones), puesto que lo relevante en la pregunta respecto de quien es el beneficiario efectivo de los dividendos, debe ser respondida al momento en que estos se distribuyan. VAN WEEGHEL, Stef. op. cit. Pág. 76.

7.5.2. Comentarios al fallo.

Un primer elemento a destacar, es el hecho que la Corte considere al contribuyente británico como beneficiario efectivo de los dividendos, a pesar que no tenía participación directa en la sociedad holandesa, la cual si tenía la sociedad de Luxemburgo. Desde este punto de vista, parece suficiente que el contribuyente tenga el poder de disponer libremente de los dividendos.

Segundo, la Corte destaca el hecho que el contribuyente no estuviera actuando como agente o *nominee* de un tercero. Esto demuestra, que se tuvo a la vista lo dispuesto por la OCDE en los Comentarios, puesto que a la fecha (1994), estos eran claros en cuanto a excluir de los beneficios establecidos en los CDTI a aquellos que actuaran como agentes o *nominee* de un tercero. Por tanto, cabe concluir que la Corte reconoce que en el proceso interpretativo deben tenerse en consideración lo establecido en los Comentarios.

El problema de la decisión adoptada por la corte, radica principalmente en que en el futuro cualquier sociedad que obtente parte de la propiedad de otra y que por tanto, tenga derechos sobre los dividendos que ésta distribuya, podría vender previamente estos dividendos, con anterior a su distribución, a un tercero, el cual debiese ser considerado como beneficiario efectivo de los mismos. De acuerdo con Woo Song, esto difícilmente podría ser considerado como acorde con los objetivos y fines de los convenios¹⁸⁶.

A mayor abundamiento, de acuerdo con los Comentarios, los términos de un CDTI deben ser interpretados en su contexto y de acuerdo a los objetivos y fines de los convenios. Como lo hemos señalado anteriormente, dentro de objetivos y fines se encuentra el evitar el abuso de los CDTI, por lo que la decisión de la Corte no se encuentra en línea con esto. Sin embargo, creemos que esto se debe al hecho que el

¹⁸⁶ WOO SONG, Min. op. cit. Pág. 21.

fallo es de 1994, es decir, nueve años antes de los Comentarios de 2003, en donde la OCDE pone real énfasis en la lucha contra el abuso de los tratados.

7.6. Otros fallos destacados.

A continuación, haremos referencia a otros casos que se han referido a la interpretación del concepto de beneficiario efectivo.

En el caso *V. S.A.*¹⁸⁷, la Comisión Federal de Apelación de Suiza, decide el caso de una sociedad domiciliada en Luxemburgo, la cual había adquirido el 100% del capital de una sociedad residente en Suiza.

La sociedad suiza, distribuyó los respectivos dividendos a la sociedad luxemburguesa, sin embargo, de acuerdo a la evidencia recogida, ésta última había pagado intereses y otro tipo de rentas al exterior, por idénticos montos a los percibidos desde Suiza como dividendos.

Fundado en estos antecedentes, el tribunal decide que la sociedad de Luxemburgo no podía ser considerada como la beneficiaria efectiva, puesto que por este concepto debe entenderse a aquella persona que en realidad percibe los dividendos y no aquella persona que formalmente tiene la tenencia de los mismos, como lo es en este caso la sociedad luxemburguesa¹⁸⁸.

Luego, en un caso fallado por Corte de Apelaciones del distrito de Columbia de Estados Unidos¹⁸⁹, a propósito del pago de intereses por parte de una sociedad estadounidense a otra en Holanda, se estableció que para que los beneficios establecidos en un CDTI sean aplicables, el perceptor de las rentas debe realizar una

¹⁸⁷ Decisión de la Comisión Federal Suiza del 28 de febrero de 2001, caso JAAC65 N° 86.

¹⁸⁸ BAKER, Phillip. op. cit. Pág. 11.

¹⁸⁹ Caso caratulado "*Del Commercial Properties Inc. Vs. Commissioner of Internal Revenue Service*", de 8 de junio de 2001, N° 00-1313, 251.

actividad económica o empresarial que vaya más allá de servir para obtener beneficios tributarios.

En este sentido, la Corte señaló que la sociedad en cuestión no acompañó antecedentes suficientes que permitieran concluir que ésta llevaba a cabo actividades económicas o empresariales reales, y no solamente servir como sociedad conductora.

Si bien el fallo no se refiere en específico al caso del beneficiario efectivo, sienta como criterio que los beneficios de los CDTI no serán aplicables a aquellas sociedades que actúen meramente como conductoras de rentas y no lleven a cabo una actividad económica o empresarial real y sustancial que permita desacreditar este hecho.

En el caso conocido por la doctrina como “*Northern Indiana*” de 1995¹⁹⁰, el Tribunal de Apelaciones de Estados Unidos, a propósito de la distribución de dividendos, concluyó que el concepto de beneficiario efectivo dice relación con aquella persona que realmente recibe el rendimiento, más allá si este tiene derechos o es accionista de la sociedad que distribuye el dividendo.

Agrega que el término se refiere más que nada a la persona que económicamente se beneficia de la renta, y por tanto, no se aplica respecto de aquellas sociedades que son meramente instrumentales y operan como conductoras de las rentas a favor de un tercero.

Asimismo, el Tribunal establece que el concepto de beneficiario efectivo es una condición implícita de todos los CDTI y que no requiere que ésta se encuentre explícitamente estipulada en el texto de los mismos.

Finalmente, un fallo del Tribunal Económico Administrativo Central de España¹⁹¹, estableció que los beneficios establecidos en un convenio, serán aplicables en la medida que la sociedad intermediaria se haya constituido para desarrollar una

¹⁹⁰ CEBALLOS, Aída. op. cit. pág. 36.

¹⁹¹ Resolución N° 1481 de 28 de septiembre de 2009.

actividad económica relacionada con la que desarrolla la filial, para gestionar y dirigir la sociedad filial mediante los medios materiales y personales precisos o, en última instancia, por motivos económicos válidos y no para disfrutar indebidamente de la exención.

Es decir, el Tribunal centra la discusión respecto al concepto de beneficiario efectivo, en el hecho que la sociedad perceptora de los rendimientos lleve a cabo una actividad económica efectiva, y que además, agrega, cuente con medios humanos y económicos suficientes para llevar a cabo dicha actividad.

Se puede observar en este caso, que se deniega la aplicación de los beneficios establecidos en los CDTI incluso a una sociedad que percibe y dispone libremente de los rendimientos, pero que no lleva a cabo ninguna actividad económica sustancial, ni tampoco cuenta con medios económicos o humanos suficientes para ser considerado como beneficiario efectivo de los dividendos que percibe.

8. El concepto en la jurisprudencia administrativa.

En los últimos años, algunas autoridades tributarias alrededor del mundo se han referido sobre este concepto e incluso algunas han establecido criterios diversos a los ya revisados a propósito de los Comentarios y el Reporte de la OCDE.

8.1. La definición en la *Technical Explanation*.

La *Technical Explanation* del modelo de EEUU de 2006 es, de acuerdo con la misma, una guía oficial para la Convención. Este documento de 92 páginas, reflejaría las políticas detrás de disposiciones de la Convención en particular, así como los acuerdos alcanzados con respecto a la aplicación e interpretación de la Convención¹⁹².

¹⁹² United States Model Technical Explanation accompanying the United States Model Income Tax Convention of November 15, 2006.

De acuerdo a lo señalado por la autoridad tributaria estadounidense, esto es, el *Internal Revenue Service* (en adelante “IRS”), la *Technical Explanation* sirve de base para las explicaciones técnicas de los CDTI basados en el modelo EE.UU. Asimismo, dicho modelo y su explicación, reflejan los cambios en la ley de EE.UU. y sus políticas internas sobre los CDTI, ya que el modelo de EE.UU. había sido actualizado por última vez en septiembre de 1996.

Siendo ésta una herramienta privilegiada para la interpretación de dicho modelo, y habiendo nuestro país suscrito recientemente un CDTI con EE.UU., cabe tener presente lo que dicha entidad establece respecto del término beneficiario efectivo, el cual, como ya analizamos previamente, es empleado en los mismo artículos que en el modelo OCDE pero además en el artículo 21 sobre otros ingresos.

Respecto de los dividendos, ésta consagra que el término “*beneficial owner*” no se define en la Convención, y, por tanto, debe ser definido de acuerdo a lo dispuesto por el derecho interno del Estado que otorga los beneficios del Convenio (es decir, el Estado de la fuente).

El beneficiario efectivo de los dividendos, para los efectos del artículo 10, es “aquella persona respecto de la cual los ingresos son atribuibles en virtud de las leyes del Estado de la fuente” (*the person to which de dividend income is attributable for tax purposes under the laws of the source State*)¹⁹³.

Así, si un dividendo que es pagado por una sociedad residente en uno de los Estados (como se determina en el artículo 4 (Residencia)), es recibido por un representante (*nominee*) o agente, residente del otro Estado contratante, en nombre de una persona que no es residente de ese otro Estado, el intermediario no tiene derecho a los beneficios establecidos en dicho artículo. Sin embargo, si un dividendo es percibido por un mandatario a nombre de un residente de ese otro Estado contratante, sí tendría derecho a los beneficios.

¹⁹³ United States Model Technical Explanation Art. 10 Párrafo 2.

Finalmente, la *Technical Explanation* concluye que dentro de lo mismo, dichas restricciones se ven confirmadas por el párrafo 12 de los Comentarios al Artículo 10 del modelo de la OCDE. Como así también, por el párrafo 24 de los Comentarios al Artículo 1 del Modelo.

8.2. Análisis de la Directiva 2003/49/CE sobre fiscalidad de los intereses y cánones.

La Directiva 2003/49/CE relativa al régimen fiscal común aplicable a los pagos de intereses y cánones efectuados entre sociedades asociadas de diferentes Estados miembros, de la Unión Europea, en adelante la Directiva, fue adoptada por el Consejo de la misma el 3 de junio de 2003.

Ésta se suma a la Directiva 2003/48/CE relativa a la fiscalidad de los rendimientos del ahorro en forma de pago de intereses, la cual también utiliza el concepto de beneficiario efectivo¹⁹⁴, sin embargo, ha sido la primera la que ha alcanzado mayor notoriedad entre la doctrina internacional debido a su objeto.

El objeto de la Directiva consiste en que los pagos de intereses y cánones entre empresas asociadas (o sus establecimientos permanentes localizados dentro de otro Estado miembro de una sociedad perteneciente a un Estado de la UE) sean gravados sólo en un Estado miembro, eliminándose de esta forma la doble tributación jurídica

¹⁹⁴ La Directiva 2003/48/CE establece que se entenderá por beneficiario efectivo “cualquier persona física que reciba un pago de intereses o cualquier persona física en cuyo beneficio se atribuya un pago de intereses, salvo en caso de que aporte pruebas de que dicho pago no se ha efectuado en beneficio suyo, es decir:

- a) actúa en calidad de agente pagador en el sentido del apartado 1 del artículo 4, o;
- b) actúa por cuenta de una persona jurídica, una entidad sujeta a imposición sobre sus beneficios de acuerdo con las normas generales de la tributación de las empresas, un OICVM autorizado de conformidad con la Directiva 85/611/CEE o una entidad de las mencionadas en el apartado 2 del artículo 4 de la presente Directiva y que, en este último caso, comunica el nombre y la dirección de esa entidad al operador económico que efectúe el pago de los intereses, el cual, a su vez, transmite dichas informaciones a la autoridad competente del Estado miembro en que esté establecido, o
- c) actúa por cuenta de otra persona física que sea el beneficiario efectivo y comunica al agente pagador la identidad de ese beneficiario efectivo.”

que se puede producir en relación con estas rentas, siempre y cuando se produzca dentro de las situaciones cubiertas por la Directiva.

Tal objetivo, no exento de dificultades de acuerdo con la postura de Adolfo Martín Jiménez, se consigue mediante la técnica de la eliminación de la imposición en el Estado donde el interés o el canon tienen su fuente¹⁹⁵.

En cuanto al ámbito de aplicación, el artículo 1.1 establece que los pagos de intereses o cánones procedentes de un Estado miembro estarán exentos de cualquier impuesto sobre dichos rendimientos en el Estado de la fuente, cuando el beneficiario efectivo de los mismos sea “una sociedad de otro Estado miembro o un establecimiento permanente situado en otro Estado miembro de una sociedad de un Estado miembro”.

Para efectos de obtener la exención, las sociedades pertenecientes a Estados miembros deberán cumplir con los siguientes requisitos, establecidos en el artículo 3, a saber:

- i) Deben ser organizadas de acuerdo a alguno de los tipos legales establecidos en el anexo de la Directiva¹⁹⁶.
- ii) Ser consideradas como residente de un Estado miembro de acuerdo a su legislación fiscal interna, y que para efectos de un eventual CDTI concluido con un tercer Estado no se les considere como residente de un Estado no miembro.
- iii) Se encuentren afectas a impuesto a la renta o a cualquiera de los impuestos señalados por la Directiva, en su país de su residencia.

¹⁹⁵ MARTÍN JIMÉNEZ, Adolfo J. En: CALDERÓN, José Manuel. “et al.” Convenios Fiscales Internacionales y Fiscalidad en la Unión Europea. Capítulo V. 2009. Pág. 1061.

¹⁹⁶ Cabe destacar que dentro de las sociedades de Derecho español, se encuentran junto con la sociedad anónima, comanditaria por acciones y de responsabilidad limitada, los organismos de Derecho público que se rigen por el Derecho Privado.

Por último, el mismo artículo en su letra b) establece que una sociedad se considera como una “sociedad asociada” si una tiene una participación mínima del 25% en el capital de la otra o viceversa (relación entre matriz y filial) o si una tercera sociedad tiene una participación directa de al menos el 25% en ambas¹⁹⁷.

Ahora bien, en el caso de las sociedades, el artículo 1.4 de la misma, define al beneficiario efectivo en los siguientes términos: “una sociedad de un Estado miembro será tratada como el beneficiario efectivo de los intereses o cánones únicamente si recibe tales pagos en su propio beneficio y no en calidad de intermediario, esto es de agente, depositario o mandatario”.

Al contrario de lo que ocurría con el concepto de beneficiario efectivo en una Directiva anterior (2003/48/CE), el concepto de beneficiario efectivo en la Directiva 2003/49/CE es aplicable a las mismas rentas respecto de las cuales se aplica en el Modelo OCDE, por lo que sería razonable sostener que los propios Comentarios al Modelo pueden ser aplicables dentro del proceso interpretativo relativo a ésta última Directiva. Cabe señalar, en todo caso, que teniendo el concepto de beneficiario efectivo en el Derecho Comunitario de la Unión Europea el carácter de autónomo, su significado final dependerá de la interpretación que realice el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (en adelante TJCE)¹⁹⁸.

Sin embargo, existe una ligera diferencia entre los Comentarios al Modelo OCDE y la definición de beneficiario efectivo de la Directiva, ya que los primeros no consideran a los “*trustees*” (“depositarios”, en la versión en español) como excluidos de la definición de beneficiario efectivo, mientras que la Directiva sí lo hace.

¹⁹⁷ Sin perjuicio de ello, los Estados miembros, al momento de adoptar la Directiva, tenían la posibilidad de sustituir el criterio de participación mínima en el capital por aquella respecto del derecho a voto.

¹⁹⁸ A pesar de las diferencias entre las Directivas recién mencionadas, es plausible suponer que el concepto de beneficiario efectivo será interpretado por el TJCE de una forma similar, no obstante, es preciso subrayar la distinta función que el concepto cumple en una y otra norma lo que puede determinar algunas diferencias en su interpretación final.

Asimismo, la Directiva establece como característica fundamental del concepto de beneficiario efectivo, el hecho que la percepción del rendimiento lo haga “en su propio beneficio”. De esta forma, puede llegar a concluirse que ésta requiere la existencia de un vínculo de propiedad entre el contribuyente y los ingresos percibidos y, en consecuencia, un cierto poder de disposición sobre las mismas.

Este requisito, creemos que se refiere a la situación del agente o intermediario y pareciera centrarse en si los actos del receptor son realizados en su propio beneficio, adquiriendo el título o derecho sobre el bien o activo y sobre el rendimiento o más bien como agente para otro sujeto quien es el dueño del respectivo ingreso.

A este respecto, se asemeja a la explicación contenida en los primeros Comentarios al Modelo de 1977, y otorgaría el estatus de beneficiario efectivo al receptor a menos que éste actúe estrictamente como agente o mandatario de un tercero.

Por otro lado, la expresión “en su propio beneficio” puede implicar un análisis más de tipo “*substance over form*” dirigido a determinar si la sociedad, junto con ser la dueña o propietaria del rendimiento, tiene suficientes poderes para gozar y disponer del mismo y además obtiene un retorno económico de dicha renta ingreso, de manera que sea considerado el dueño actual del rendimiento en cuestión.

Por último, y como bien destaca Martín Jiménez, la Directiva no aclara qué ocurriría con las típicas estructuras “*conduit*” que utilizan sociedades extracomunitarias. Si la sociedad comunitaria intermediaria no tiene sustancia alguna y es simplemente un vehículo de canalización, probablemente, estará excluida del concepto de beneficiario efectivo, excluyéndola de los beneficios de la Directiva. En cambio, si la sociedad comunitaria asume riesgos en la operación y se queda en ella un margen de beneficio (el correspondiente “*spread*”) valorado a precios de mercado, no existen razones para sostener que la misma no es el beneficiario efectivo¹⁹⁹.

¹⁹⁹ MARTÍN JIMÉNEZ, Adolfo. op. cit. Pág. 1071.

En definitiva, el análisis llevado a cabo por la Directiva es del todo insuficiente, al no agregar elementos que sean realmente útiles en el proceso interpretativo del concepto. Además, expresiones como “en su propio beneficio” no hacen más que sembrar aún más dudas respecto de la utilización del término, al no dejar en claro realmente a que se refiere con ésta. Es decir, reconociéndose el hecho que “beneficiario efectivo” un concepto ambiguo, no ayuda el hecho que a éste se le rodee con otras expresiones incluso más ambiguas como “en su propio beneficio”.

8.3. Análisis de la Circular N° 601 emitida por la autoridad tributaria China.

Con el objeto de clarificar el concepto de beneficiario efectivo, la Administración Estatal de Impuestos (*State Administration of Taxation*) o SAT, por sus siglas en inglés, publicó la *Guoshuihan* N° 601 de 27 de octubre de 2009, conocida internacionalmente como la Circular 601. Ella es particularmente interesante, tanto por ser la primera vez que se intenta definir el concepto en China, como por lo estricto del *test* que aplica para determinar si un contribuyente tiene la calidad de beneficiario efectivo.

La Circular se aplica específicamente a los rendimientos analizados en el Capítulo V, esto es, dividendos, intereses y regalías. Ella se enmarca dentro del esfuerzo de parte de la administración estatal por fortalecer el control sobre las transacciones internacionales de empresas no residentes²⁰⁰.

Respecto del concepto mismo de beneficiario efectivo, la Circular dispone que el concepto debe ser entendido como “aquella persona quien tiene el derecho de propiedad y control sobre el rendimiento o el derecho o propiedad del cual dicha renta se deriva”²⁰¹. Asimismo, establece que el beneficiario efectivo puede ser un individuo,

²⁰⁰ La División de Tributación Internacional de la SAT, recientemente ha emitido circulares en relación con la implementación del artículo sobre dividendos en sus CDTI, el requerimiento de beneficios por parte de no residentes y la implementación del artículo sobre *royalties*. E/C.18/2010/CRP.9 Annex 2. Guidance on Definition of ‘Beneficial Owner’ From the Chinese State Administration of Taxation. Pág. 11.

²⁰¹ YANG, Houlu. En: INTERNATIONAL FISCAL ASSOCIATION. Cahiers de droit fiscal internacional, Holanda, 2010. Pág. 219. La traducción es nuestra.

una empresa o cualquier otro tipo de organización que incurra en actividades económicas sustanciales.

Por otro lado, para efectuar la exclusión de aquellos contribuyentes que no cumplan con los requisitos para ser considerados beneficiarios efectivos, la Circular 601 establece como primera cuestión, que un agente o una sociedad instrumental o conductora no podrán tener dicha calidad²⁰².

Para determinar qué tipo de sociedades caen dentro de la denominación de instrumentales, la Circular establece un “*test* de elementos negativos” que, de cumplirse, implicarán la pérdida de los beneficios establecidos en los CDTI. Los elementos del *test* son los siguientes²⁰³:

- i) Cuando el solicitante esté obligado a pagar o distribuir a un residente de un tercer Estado, la totalidad o la mayoría del ingreso (por ejemplo el 60% o más) dentro de un plazo establecido (por ejemplo, dentro de 12 meses desde que el ingreso es recibido).
- ii) Cuando el solicitante, rara vez efectúe otras operaciones comerciales más allá de la mera tenencia de derechos generados a partir del rendimiento.
- iii) Cuando el solicitante sea una entidad, como una sociedad, donde sus activos, su escala de operaciones y su despliegue de personal no guarden relación con sus ingresos.

²⁰² Para Willow Wei, la SAT enfatiza que el término sociedad instrumental (*conduit company*) se refiere a aquella compañía que usualmente está establecida para evadir o disminuir impuestos, y transferir o acumular ganancias. Tal compañía, sólo se establece con el objeto de cumplir las formas organizacionales requeridas por la ley para obtener la residencia, pero en realidad no efectúa operaciones con sustancia económica tales como manufacturar, distribuir o gestionar (*management*). WEI, Willow. China Clarifies Concept of “Beneficial Owner” in Tax Agreements. [en línea] <<http://www.jdsupra.com/post/documentViewer.aspx?fid=9bcf79df-ef07-4b5e-8f90-86c781f34c17>> [consulta: 07 de octubre de 2010].

²⁰³ YANG, Houlu. op. cit. Pág. 220.

- iv) Si el solicitante no tiene o apenas tiene derecho a controlar o disponer de: los ingresos, el dominio o el derecho, del cual se genera el ingreso, y no asume o asume muy pocos riesgos sobre éstos.
- v) Si los ingresos del solicitante se encuentran exentos de gravamen o, de encontrarse sujetos a imposición, la tasa efectiva es extremadamente baja.
- vi) En el caso de los intereses, existe un contrato de préstamo o depósito entre el solicitante y un tercero, en donde los términos de dicho contrato (por ejemplo, el monto, la tasa de interés, fechas de inicio) sean similares o cercanas al del contrato en virtud del cual se originaron tales intereses.

- vii) En el caso de las regalías, existe un acuerdo de licencia o transferencia entre el solicitante y un tercero, en donde los términos de dicho acuerdo son similares a los del acuerdo en virtud del cual se recibieron tales regalías.

De acuerdo con Yang, opinión a la cual suscribimos, si bien la Circular 601 recoge sustancialmente lo establecido en los Comentarios de la OCDE, parece ir demasiado lejos. Esto, toda vez que para que un contribuyente pueda solicitar que se le apliquen los beneficios del CDTI suscrito con China, deberá proporcionar a la autoridad local (la División de Tributación Internacional de la SAT), toda aquella información que permita demostrar que es el beneficiario efectivo del rendimiento, al no encontrarse dentro de alguna de las categorías anteriormente descritas. Lo anterior, es sin lugar a dudas una carga administrativa desproporcionada²⁰⁴.

Dentro de los requisitos establecidos por la Circular 601, el más comentado por la doctrina es el período de tenencia del rendimiento. El primero de los requisitos negativos del *test*, establece un periodo continuo de 12 meses anteriores a la remesa o

²⁰⁴ YANG, Houlu. op. cit. Pág. 221.

distribución desde la obtención de los ingresos, condición la cual no se encuentra contenida en modelo alguno de CDTI.

La Circular 601 si bien es un ejercicio de la potestad tributaria soberana, nos obliga a catalogarla como una imposición unilateral de la jurisdicción interna de China, la cual de aplicarse, obviamente, constituye una restricción de los beneficios del CDTI que los contribuyentes pudiesen tener derecho si no fue pactada con el otro Estado contratante. La OCDE no establece como requisito que la empresa beneficiaria haya sido dueña del rendimiento por un determinado periodo antes de la fecha de la distribución.

Depende de los Estados contratantes, a través de negociaciones bilaterales, la inclusión de un requisito de ese tipo en sus CDTI. En este sentido, dicho requisito no es una condición común acordada por ambos Estados contratantes, sino un requisito unilateral establecido por la SAT que constituye a nuestro parecer un caso flagrante de *treaty override*. Dado que la definición de "beneficiario efectivo" sólo se ha adoptado recientemente, su aplicación en la práctica aún está por verse.

8.4. Circular Nº 57 de 2009.

El Servicio de Impuestos Internos de Chile, publicó a fines de 2009 la Circular Nº 57, mediante la cual establece ciertos criterios en cuanto a cuales son las normas de interpretación aplicables a los CDTI, como también cuales son aquellos elementos que deben considerarse para determinar cuándo un contribuyente debe ser considerado como el beneficiario efectivo de una determinada renta.

Sobre este respecto, el Servicio coincide con lo señalado en los capítulos anteriores, en cuanto a que las normas de interpretación de la Convención de Viena sobre derecho de los tratados son plenamente aplicables. En tal sentido y como resultado de la aplicación del artículo 31 párrafo 1 de la CVDT, los tratados internacionales deben interpretarse de acuerdo al objeto y propósito que ellos

persiguen, los cuales en el caso de los CDTI son el evitar la doble tributación y prevenir la evasión fiscal de los impuestos sobre la renta y el patrimonio.

Asimismo, agrega el Servicio, al no estar definido en los Convenios el concepto de “beneficiario efectivo”, el intérprete debe remitirse a una eventual definición en la legislación interna, la cual en nuestro caso no existe. Por tanto, concluye que al seguir Chile el Modelo OCDE, los Comentarios emitidos por este organismo y que clarifican la aplicación de tal concepto en base a la finalidad perseguida por los CDTI, pueden ser utilizados como medio de interpretación complementario.

Por tanto, el análisis llevado a cabo por el Servicio en esta Circular, se centra en los criterios entregados por OCDE en los Comentarios a su modelo y en sus reportes sobre la materia.

8.4.1. Personas excluidas: Agentes y Mandatarios.

La primera regla establecida en la Circular, es que los Comentarios de la OCDE señalan que el término beneficiario efectivo no debe ser utilizado en un estricto sentido técnico, sino que debe, interpretarse en su contexto y a la luz de los objetivos y propósitos del CDTI.

En tal sentido, se excluyen del concepto de beneficiario efectivo a aquella persona residente en un Estado contratante que percibe una renta pero que actúa en su calidad de agente o de mandatario. Esto dado que sería contradictorio con los objetivos e intenciones del Convenio que el Estado de la fuente concediera los beneficios de un CDTI basándose exclusivamente en el estatus de residente de otro Estado contratante del receptor inmediato de la renta.

Tal como lo hemos venido diciendo, tal conceptualización es insuficiente y arbitraria, puesto que se excluyen los beneficios establecidos en los CDTI en todas aquellas oportunidades en que el receptor de la renta sea un agente o mandatario de un

tercero residente en un tercer país, sin considerar las condiciones particulares del mandato respectivo.

Agrega, que también se denegarán de los beneficios cuando el perceptor, sin tener calidad de agente o mandatario, actúa simplemente como intermediario de otra persona que de hecho es el beneficiario de la respectiva renta. Asimismo se excluye del concepto a aquellas personas que tienen poderes limitados sobre la renta en cuestión.

8.4.2. Sociedades instrumentales.

Continúa el análisis del Servicio, estableciendo que fuera de aquellos casos en que el intermediario sea un agente o mandatario, la OCDE ha excluido también del concepto de beneficiario efectivo a las sociedades instrumentales (*“conduit companies”*²⁰⁵). En tal sentido, el ya citado Informe sobre sociedades instrumentales, llega a la conclusión de que una sociedad instrumental no puede ser considerada como beneficiario efectivo cuando, pese a ser el propietario formal de la renta, cuenta con poderes restringidos que la convierten, respecto de ella, en un mero fiduciario o administrador que actúa por cuenta de las partes interesadas.

Para calificar a una sociedad como instrumental, agrega el Servicio, debe estarse a las facultades o prerrogativas que esta tenga respecto de la renta percibida. De esta manera, será considerada como instrumental, si recibe una renta originada en el otro Estado contratante, pero se obliga legalmente o de hecho a traspasar directa o indirectamente, todo o parte importante de tal renta, en cualquier tiempo, de cualquier forma y a cualquier título que implique perder la facultad de disponer de dicha renta por parte del perceptor original, a otra persona que no es residente de los Estados contratantes.

²⁰⁵ Recordemos que la OCDE considera que una sociedad instrumental es aquella que reside en uno de los Estados contratantes y que actúa canalizando determinadas rentas a una persona de un tercer Estado, la cual en virtud de tal operación se beneficia indebidamente de un CDTI.

En este sentido, queda en claro que el análisis debe ser casuístico, enfocado tanto en la sociedad misma como en la naturaleza de la transacción propiamente tal.

En relación a las características de las sociedades instrumentales, algunos elementos a considerar, son la disponibilidad de un lugar físico donde la sociedad pueda desarrollar las actividades que dan origen a tales rentas; la existencia de activos en el Estado donde ésta se encuentra constituida; la existencia de activos para llevar a cabo tales actividades; los riesgos asumidos en relación con la renta percibida; o la capacidad funcional que la sociedad tiene para desarrollar sus actividades.

En cuanto a las circunstancias económicas de la transacción o serie de transacciones, dentro de los factores a considerar están: la existencia de alguna obligación, ya sea legal o de hecho, de traspasar las rentas recibidas a terceras personas; si es que la entidad intermediaria percibe alguna comisión por la transacción; o si se han constituidos garantías por otras partes en relación con las obligaciones de la sociedad que solicita los beneficios del CDTI.

En definitiva, si la sociedad intermediaria cumple con cualquiera de las condiciones señaladas en los párrafos anteriores, será considerada como “instrumental”, y como tal, no podrá optar a los beneficios establecidos en los CDTI.

8.4.3. Valor interpretativo de la Circular.

Teniendo en cuenta lo antes señalado, se puede establecer que para que un residente de un Estado contratante sea calificado como beneficiario efectivo de una renta, se requiere que la persona que invoca los beneficios del convenio, no actúe como agente o mandatario y que no sea considerado como una mera sociedad instrumental.

Sin perjuicio de lo anterior, lo que ha hecho el Servicio por medio de esta Circular, es meramente resumir las disposiciones establecidas en los respectivos Comentarios

de la OCDE. Es decir, no se ha planteado nada nuevo, y además se ha planteado la tesis de que los agentes y mandatarios deben estar excluidos de los beneficios otorgados por los CDTI por el solo hecho de ser agentes o mandatarios, sin mayor explicación.

Este criterio ha sido ampliamente criticado por la doctrina internacional, y creemos que para determinar una eventual exclusión de beneficios en estos casos, debe estarse a las facultades del mandatario respecto de las rentas percibidas como a otro tipo de elementos de hecho que sean relevantes. En otras palabras, debe aplicarse el mismo criterio que el Servicio establece respecto de las sociedades instrumentales.

Respecto de aquellas, el Servicio, a diferencia de lo señalado a propósito de la cláusula de limitación de beneficios del Modelo EEUU o en la Circular 601 emitida por la autoridad china, establece ciertos criterios de carácter subjetivo y no taxativos para determinar una eventual calificación de una sociedad como instrumental.

En definitiva, al ser esta una Circular recopilatoria de criterios y disposiciones ya establecidas en los Comentarios de la OCDE, su valor interpretativo es limitado. Sin embargo, es relevante para reafirmar el hecho que Chile acoge, en cuanto a la interpretación de los términos establecidos en los convenios, las instrucciones de la OCDE. Además, esta recopilación facilita la tarea de los contribuyentes, puesto que los Comentarios no son de público conocimiento como si lo es una Circular del Servicio.

8.5. Circulares N° 32 de 2001 y N° 16 de 2009.

El Servicio, en otras dos circulares, ha hecho referencia al concepto de beneficiario efectivo. En la primera de ellas, Circular N° 32 de 2001, se establece que la aplicación de los beneficios dispuestos en los tratados por parte del Estado de la fuente, sólo se aplica al "beneficiario efectivo" de estos pagos, es decir, quien tiene derecho a los dividendos, intereses o regalías. Al igual que en los artículos 11° y 12° del Modelo OCDE, la limitación del derecho a gravar en el Estado de la fuente no procede cuando

interviene un intermediario. Por ejemplo, cuando quien recibe los dividendos, intereses o regalías es un agente o representante del perceptor.

Por otro lado, en la Circular N° 16 de 2009, el Servicio estableció como elemento que identifican al beneficiario efectivo, que los ingresos obtenidos de las inversiones que se efectúen, deben pasar a formar parte, en dominio, del patrimonio del respectivo inversionista institucional, o en su caso, de sus sucursales o agencias, y no del patrimonio de terceros sean o no relacionados. Se agrega como elemento entonces, el que la renta pase a formar parte del patrimonio del perceptor de los rendimientos.

9. Definición del concepto en los CDTI.

Hemos dejado el análisis de distintas definiciones del concepto de beneficiario efectivo que se han plasmado en CDTI de otros países para el final, no por ser menos relevantes, sino que su alcance se restringe únicamente a los países contratantes.

Además, este tipo de práctica en el concierto internacional es realmente escasa y no libre de controversia. El solo hecho de otorgar una definición, si bien facilita el proceso interpretativo, no está exenta del mismo. Inclusive los propios términos de la definición propuesta pueden no encontrarse claramente establecidos, lo que nos remitiría, una vez más, al Artículo 3(2).

El CDTI entre Italia y Alemania de 1989, el cual sigue el modelo ONU, en su párrafo 9 del Protocolo, establece lo siguiente respecto del concepto:

“Una persona que recibe dividendos, intereses y cánones se considerará como el beneficiario efectivo en el sentido de los artículos 10, 11 y 12, si tiene derecho a esos pagos y si los ingresos que obtiene le sean atribuibles con arreglo a la ley tributaria de ambos Estados”²⁰⁶.

²⁰⁶ Cabe tener presente que las versiones oficiales para efectos de interpretar dicho CDTI son en idioma italiano y alemán. Una versión en inglés se encuentra disponible en

Marco Rossi señala que la definición está basada en dos pruebas o *tests*. Por un lado, tener derecho a los rendimientos percibidos (*test* no tributario) y por otro, que los rendimientos obtenidos sean atribuibles al perceptor de acuerdo con lo dispuesto por la ley tributaria interna de ambos Estados contratantes (*test* tributario)²⁰⁷.

En consecuencia, continúa Rossi, si no existe uniformidad en la caracterización o calificación de la transacción por parte de los países contratantes, de acuerdo a lo dispuesto por sus legislaciones tributarias, los beneficios del tratado no deben aplicarse.

Sin embargo, creemos que dicha interpretación no se corresponde con la letra del convenio. Esto, porque la definición entregada exige más bien, que ambos Estados atribuyan la renta o rendimiento al contribuyente, independiente de la calificación tributaria de la misma.

Por otro lado, el CDTI entre Turquía y Bélgica, de 1987, en su artículo 5 del Protocolo establece lo siguiente:

“Se entiende que la cláusula de "beneficiario efectivo" debe interpretarse en el sentido de que un residente de tercer país no se le permitirá obtener los beneficios del Acuerdo respecto a los dividendos, intereses y regalías derivadas de Turquía o Bélgica, pero esta restricción no será aplicable en ningún caso a los residentes de un Estado contratante.”²⁰⁸

De Broe se refiere en duros términos a esta definición, estableciendo que esta es derechamente inútil. De acuerdo con dicho autor, ella establece el principio evidente

http://untreaty.un.org/unts/120001_144071/18/7/00015042.pdf [consulta: 20 de marzo de 2011]. La traducción es nuestra.

²⁰⁷ ROSSI, Marco. op. cit. Pág. 6

²⁰⁸ Una versión en inglés se encuentra disponible en <http://treaties.un.org/doc/publication/unts/volume%202017/v2017.pdf> [consulta: 20 de marzo de 2011]. La traducción es nuestra.

que los beneficios establecidos en los CDTI sólo pueden ser reclamados por los residentes del Estado Contratante, no por un residente en un tercer Estado. Asimismo, concluye que si la disposición está destinada a ser una cláusula LOB, en virtud de la cual, un residente de un Estado contratante no puede reclamar el beneficio en el Estado de origen si, por ejemplo que erosiona la base fiscal efectuando pagos a residentes en terceros países (*channel approach*) o bien, si es controlado por los residentes de terceros Estados (*look through approach*), está tan mal redactada que este resultado no se puede alcanzar²⁰⁹.

10. Significado del concepto de beneficiario efectivo propuesto.

No queremos terminar este análisis sin antes proponer una definición del concepto de beneficiario efectivo. Para esto, recogeremos aquellos elementos que consideramos como los más relevantes y aceptados por parte de la doctrina como de la jurisprudencia a nivel internacional.

Creemos que el concepto de beneficiario efectivo debe ser interpretado de manera autónoma, otorgándole un significado internacional tributario, de carácter amplio. En este sentido, proponemos que por beneficiario efectivo debe entenderse a aquella persona que percibe efectivamente una renta o rendimiento, pudiendo disponer libremente de aquél.

Esta conceptualización tiene como elemento central, que el perceptor de las rentas o rendimientos, debe tener libre disponibilidad sobre éstas. Esto implica, que tanto desde el punto de vista legal²¹⁰ como desde el punto de vista fáctico, debe tener el poder de decidir qué hacer con éstos, ya sea transferirlos, donarlos, aprovecharlos, consumirlos, etc.

²⁰⁹ De BROE, Luc. op. cit. Pág. 715.

²¹⁰ Esto no es lo mismo que afirmar que el beneficiario efectivo deba ser legalmente el dueño de los rendimientos. En efecto, un contribuyente puede ser considerado legalmente como el dueño de una renta, pero no ser considerado como el beneficiario efectivo de las mismas y viceversa.

Para esto, la autoridad o el juez si así correspondiere, debe llevar a cabo un análisis pormenorizado de las circunstancias que rodean a los negocios de carácter internacional. En este orden de cosas, creemos que es un error intentar objetivar el concepto, estableciendo por ejemplo, que aquellas sociedades que sean propiedad en un porcentaje alto de otra sociedad residente en un tercer país, no pueden ser consideradas como beneficiarias efectivas. De ser así, se limitaría en exceso la aplicación de los CDTI.

Lo relevante es determinar que poderes tiene la sociedad sobre la renta percibida, más que analizar su estructura social o sus relaciones de propiedad. Así, una sociedad puede ser propiedad en un 99,99% de otra, pero si en la práctica tiene libre disponibilidad sobre los rendimientos entonces debe ser considerada como beneficiaria efectiva de los mismos.

Por el contrario, no lo será cuando, por ejemplo, existe un contrato que obligue a transferir el total o gran parte de la renta a un tercero, cuando exista un acuerdo de accionistas que así lo disponga o cuando simplemente en la práctica dicha sociedad opera como una sociedad conductora, remesando las rentas percibidas.

Esto último puede revertir cierto grado de dificultad para la autoridad o para el juez, especialmente en el caso de las *stepping stone conduit companies*. En dichas estructuras, la sociedad instrumental percibe un renta (dividendo, interés o regalía), pero distribuye al exterior rendimientos de una naturaleza diversa, lo cual dificulta la identificación de ambas.

En estos casos, el juez deberá analizar si existen elementos comunes entre las rentas percibidas por la intermediaria y las que ésta distribuya al exterior, como pueden ser los montos de ambas o las fechas en que la percepción y la distribución se llevan a cabo. Si los montos coinciden y si además las fechas son cercanas, no se puede considerar a la intermediaria como beneficiaria efectiva.

Otro aspecto que pudiese ser considerado en el análisis, es el hecho que el perceptor de los rendimientos lleve a cabo una actividad económica real, efectiva y sustancial en su país de residencia. Esto, dice relación con el hecho que regularmente las sociedades instrumentales se caracterizan por ser simples sociedades “de papel”, que sólo existen formalmente, pero que no llevan a cabo ninguna actividad real, no cuentan con oficinas, no tienen personal, etc. Es decir, debe existir un nexo económico que ligue a la sociedad con su país de residencia.

Sin embargo, creemos que denegar la aplicación de un Convenio, solamente en base a lo anterior es un error. En este caso, el juez deberá analizar qué consecuencias tiene para un contribuyente el hecho de no llevar a cabo actividades económicas sustanciales. Si tal circunstancia trae aparejado el hecho que el contribuyente no puede disponer libremente de las rentas obtenidas, entonces no se le deberá considerar como beneficiario efectivo de las mismas.

De esa manera, una sociedad instrumental de inversiones, cuya única inversión sea tener la propiedad sobre otra sociedad residente en el otro Estado contratante, pero que no cuenta con personal ni lleva a cabo actividad económica alguna en su país de residencia, difícilmente puede ser considerada como la beneficiaria efectiva de los dividendos que perciba de la sociedad respecto de la cual es dueña. Seguramente, en los hechos, en algún momento distribuirá dichos dividendos a terceros residentes en un Estado no contratante.

Sumado a lo anterior, hay que recalcar que existen otras cláusulas de limitación de beneficios propuestas por la OCDE que sí contemplan como elemento central, el hecho que el contribuyente lleve a cabo actividades económicas reales y sustanciales en su país de residencia. Esto demuestra, implícitamente, que la OCDE reconoce el hecho que dichos elementos no forman parte del concepto de beneficiario efectivo, al menos directamente.

Nosotros estimamos que la incorporación de otras cláusulas que comprendan este requisito, tal como lo ha propuesto la OCDE, debe ser entendida como una

complementación de medidas en contra del *treaty shopping*, lo que redundaría en una lucha contra las estructuras meramente instrumentales, aún más completo.

En definitiva, creemos que deben excluirse aquellas conceptualizaciones que se fundan en elementos objetivos, los cuales llevan a una limitación excesiva del concepto, y con ello, a una aplicación acotada de los beneficios establecidos en los Convenios como lo hace la Circular emitida por la autoridad china.

Tampoco coincidimos con algunos de los comentarios de la OCDE, en cuanto a plantear una definición desde un punto de vista negativo. Esto es, excluir derechamente a cierto tipo de contribuyentes, por la naturaleza de sus funciones. Eso puede llevar a situaciones injustas y además, hace suponer que el resto de los contribuyentes son considerados como beneficiarios efectivos, independiente de sus facultades y poderes sobre las rentas respectivas.

CONCLUSIONES

El marco regulatorio existente para subsanar los efectos de la doble tributación internacional es todavía precario y susceptible de ser perfeccionado. Lo anterior es especialmente cierto respecto de los Convenios para evitar la doble tributación internacional, específicamente en cuanto a determinar el sentido de la correcta aplicación de sus cláusulas.

En esta materia, y fruto de la suscripción de numerosos CDTI, nuestro país se ha posicionado como una plataforma atractiva para inversionistas extranjeros, lo que nos hace especialmente susceptible a los avances respecto de la interpretación y aplicación de dichos instrumentos.

Sin embargo, y más allá de los beneficios que trae consigo la celebración de tratados de esta índole, los países deben otorgar certidumbre a los contribuyentes en cuanto al ámbito de aplicación de los mismos. En este sentido, consideramos positivo el hecho que existen algunos modelos de CDTI predeterminados, como también creemos alentador que la mayoría de los países hayan seguido el modelo de la OCDE, incluso no siendo todos miembros de la organización lo que contribuye a la unificación de criterios.

Cabe señalar sobre este respecto, que Chile debiese seguir el camino ya trazado y en un futuro cercano tal vez sería prudente negociar un nuevo CDTI con Argentina, país con el cual actualmente tenemos un convenio que sigue el Modelo Pacto Andino de la Comunidad Andina de Naciones, siendo la única excepción a la regla general seguida por nuestro país en cuanto a adoptar el Modelo OCDE.

Como vimos, los Convenios no sólo tienen disposiciones que tienen por objeto subsanar los efectos nocivos de la doble tributación, sino que también cuentan con normas y cláusulas que dicen relación con la lucha en contra de las estructuras de tipo “*treaty shopping*”, la evasión y fraude tributario en general.

En este contexto, probablemente una de las medidas más relevantes, en cuanto a su aplicabilidad y su difusión, sea la denominada cláusula de beneficiario efectivo. Sin embargo, tanto la OCDE, como los diversos países que han adoptado dicho modelo, han sido incapaces de aclarar el significado del mismo, y consecuentemente, su interpretación y aplicación se ha visto limitada en el tiempo.

Ahora bien, existiendo todavía interrogantes que rodean al término, lo primero que debemos hacer es destacar aquello sobre lo cual existe relativo consenso. En primer término, señalar que el concepto de beneficiario efectivo debe tener un significado autónomo de carácter internacional.

En este sentido, nos oponemos a aquellos que pretenden equiparar el significado del concepto al que existe en algunas legislaciones nacionales, especialmente aquellas regidas por la tradición anglosajona. Esto, porque las normas locales no responden a la complejidad técnica dentro de la cual se enmarca la cláusula, como lo son los convenios para evitar la doble tributación internacional.

Por otro lado, creemos que siendo el beneficiario efectivo un concepto técnico y complejo, éste debe ser interpretado de acuerdo a lo dispuesto en los Comentarios de la OCDE. Esto no quiere decir que descartamos la utilización de todos los demás instrumentos de interpretación, toda vez que los CDTI al ser tratados internacionales deben sujetarse a las normas de interpretación internacionales como cualquier otro tratado. Pero debe reconocerse la relevancia e incluso la preeminencia de la opinión expresada por los expertos en estas materias, manifestada a través de los ya mencionados Comentarios.

Esta posición, en cuanto a ser un concepto técnico, autónomo y de carácter internacional, ya ha sido reconocido por los más importantes fallos alrededor del mundo, y no debe ser a esta altura materia de mayor discusión práctica. Más bien, debiesen enfocarse los esfuerzos en clarificar y profundizar los Comentarios, hasta ahora insuficientes, de tal forma que la interpretación que lleven a cabo los distintos tribunales sea más uniforme en el futuro.

Respecto a la lucha en contra de la evasión y el fraude tributario a nivel internacional, consideramos que la regulación es hasta ahora insuficiente, precaria y confusa. En este sentido, debiesen ser los mismos convenios los que contemplen mecanismos eficaces de control y no las legislaciones nacionales, de manera de crear un sistema integral *ad-hoc* que sea técnicamente apto para combatir la evasión, de acuerdo con la realidad actual del comercio internacional. Este sistema debe ser capaz de adaptarse a las diversas necesidades y realidades económicas, y además debe irse actualizando con cierta periodicidad.

Sin embargo, estas características no las encontramos hoy en día, a pesar de los esfuerzos de la OCDE en implementar diversas cláusulas de limitación de beneficios en los CDTI. Esto se debe principalmente al hecho que los países no se encuentran obligados a implementar dichas cláusulas en los convenios que suscriban, lo que ha provocado que en la práctica, sean contados los CDTI que cuenten con normas de este tipo.

De esta forma, todo el peso de la lucha contra la evasión tributaria ha recaído en cláusulas aisladas como la del beneficiario efectivo. Ésta, al estar establecida a propósito del pago de dividendos, intereses y regalías tiene potencialmente gran aplicación en la práctica. Sin embargo, esto no ha ocurrido así, debido a la incertidumbre respecto de su real significado.

Hasta ahora, los esfuerzos por clarificar su sentido han sido en vano y tal vez nunca se logre un consenso al respecto. Esto, si bien a primera vista parece algo negativo, puede servir para que finalmente los países y la propia OCDE se den cuenta de la

necesidad de adoptar otras medidas para evitar la evasión tributaria internacional. Es decir, no deben malgastarse los esfuerzos en darle total sentido a la cláusula de beneficiario efectivo, sino más bien hay que buscar complementarla con otras medidas, contempladas en los mismos convenios.

En consecuencia, reiteramos nuestro desacuerdo respecto de aquellos países que han optado por establecer criterios objetivos para explicar el significado de la cláusula. Al optar por dicho camino, si bien se logra obtener mayor certidumbre para los inversionistas, al mismo tiempo se limita en exceso la aplicabilidad de los beneficios establecidos en los CDTI. Esto, porque generalmente no será fácil cumplir con los requisitos draconianos exigidos por la norma para ser considerado como beneficiario efectivo, dejando fuera a contribuyentes que legítimamente pudiesen haberlo sido de no establecerse elementos objetivos al concepto.

Tanto la interpretación llevada a cabo por la OCDE como por la mayoría de los fallos a la fecha, al menos van en el camino correcto, al establecer que el concepto tiene un carácter amplio y subjetivo, y por tanto su aplicación debe ser analizada caso a caso. Obviamente, los Comentarios son todavía insuficientes, y es importante que estos sigan siendo perfeccionados, pero sabiendo a la vez sus limitaciones en cuanto a reconocer que no es posible alcanzar, por medio de estos, un concepto claro de lo que debe entenderse por beneficiario efectivo.

Por tanto, los futuros esfuerzos una vez reconocidas las limitaciones, deben estar encaminados a robustecer la normativa contra el fraude y la evasión. Esto implica, como primera medida, incorporar a los CDTI las demás cláusulas de limitación de beneficios propuestas por la OCDE y que hasta ahora no han sido tomadas en cuenta seriamente.

Implica también, incorporar cláusulas especiales de limitación de beneficios adoptadas de común acuerdo por los países contratantes, de acuerdo a la realidad de cada uno de los Estados. Esta práctica es común para algunos países como Estados Unidos, Canadá, Australia, entre otros.

Asimismo, es necesario fortalecer tanto a los Comentarios como a los mecanismos de intercambio de información entre países firmantes, incorporando al trabajo interpretativo a más expertos alrededor del mundo, de manera tal que en el futuro tengamos una legislación acorde y técnicamente apta para luchar contra las estructuras de tipo *treaty shopping*.

Si los países comprenden la necesidad de la complementación y la incorporación de nuevas cláusulas de limitación de beneficios, no será necesario seguir discutiendo con tanto ahínco respecto de normas como la del beneficio efectivo, puesto que ésta ya no será la única norma de este tipo, sino que se encontrará dentro de un marco regulatorio robusto y efectivo, que otorgue certidumbre tanto a los contribuyentes como a los tribunales de los Estados contratantes.

Mientras esto no ocurra, el uso inapropiado de los Convenios seguirá proliferando alrededor del mundo y la suscripción de los mismos podría incluso ponerse en tela de juicio, cuando en realidad la postura de los países debiese ser exactamente la contraria. Desde esta humilde tribuna, no pretendemos sino fomentar la negociación y celebración de este tipo de tratados, pero ciertamente, esto debe ir de la mano con medidas que tiendan a la seguridad jurídica de los inversionistas y a la protección de los Estados frente a los abusos cometidos.

BIBLIOGRAFIA

ALESSI, Verónica, Treaty shopping - abuso de los convenios internacionales, Asociación Argentina de estudios fiscales, [200-], 15p.

AMATUCCI, Andrea. International tax law. Kluwer Law International, Holanda, 2006, 436p.

ARNOLD, B.J. y McIntyre, M.J., International tax primer, Holanda, Kluwer Law International, 1995, 153p.

Canada amends Income Tax Conventions Interpretation Act, Tax Notes International. 18 (6): 540-543.

AULT, Hugh, McDANIEL, Paul, REPETTI, James, Introduction to United States international taxation, 5a ed. Nueva York, Aspen Publishers, 2005. 211p.

AVI-YONAH, Reuven; HJI PANAYI, Christiana. Rethinking treaty shopping lessons for the European Union, University of Michigan Law School, paper 182, Michigan, 2010, 29p.

AVILES, Víctor Manuel. Legalidad tributaria: garantía constitucional del contribuyente. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile, 2005. 210p.

AVERY JONES, J.F. Et.al. The Interpretation of Tax treaties with particular referente to article 3(2) of the OECD Model. British Tax Review. (1): 19-54. 1984.

BAKER, Philip. Beneficial ownership: After Indofood, Gray's Inn Tax Chambers. 6 (1): 15-28, 2007.

BRENDER, Mark. Symposium Beneficial Ownership in Canadian Income Tax Law: Required Reform and Impact on Harmonization of Quebec Civil Law and Federal Legislation. Canadian tax journal, 51 (1): 311 - 354. 2001.

BERNSTEIN, J. Interpretation of Canadian treaties: recent developments, Bulletin for International Fiscal Documentation. 51 (3): 145 - 146, 1997.

BITTKER, Boris; LOKKEN Lawrence. Fundamentals of International Taxation. Estados Unidos, Warren Gorham & Lamont, 2002. 1256p.

BLOKKER, Niels. Et.al. The legal status of the OECD Commentaries. IBFD, Holanda, 2008. 272p.

BOKOBO, Susana. Los convenios de doble imposición sobre la renta y el patrimonio: interpretación y calificación, Revista Crónica Tributaria, 114: 27-34, 2005.

BROWN, Catherine. Symposium: Beneficial Ownership and the Income Tax Act. Canadian tax journal, 51 (1): 401 - 453. 2003.

BRUGGER, Florian; LANG, Michael. The role of the OECD commentary in tax treaty interpretation. Australian Tax Forum. (23): 95-108. 2008.

BUGALLO, Enrique Agustín. Compatibilidad de las cláusulas antiabuso en los tratados de doble imposición. Argentina, Asociación argentina de estudios fiscales, 2002. 29p.

BUNDGAARD, Jakob; WINTHER SORENSEN, Niels. Beneficial Ownership in International Financing Structures, Tax Notes International, 50 (7): 24-49, 2008.

CALDERÓN CARRERO, José Manuel, Algunas reflexiones en torno a los problemas de interpretación y calificación que plantea la aplicación de los Convenios de doble imposición internacional: análisis a la luz del nuevo Modelo de Convenio OCDE 1992, Revista de Derecho Financiero y Hacienda Pública, (229): 135-188, 1994.

La doble imposición internacional y los métodos para su eliminación. Madrid, McGraw Hill, 1997, 305p.

Convenios Fiscales Internacionales y Fiscalidad de la Unión Europea por Calderón Carrero J.M., Carmona Fernández Néstor, Martín Jiménez Adolfo y Trapé Viladomat Montserrat, Madrid, Walters Kluwer España, S.A., 2009, 1381p.

CEBALLOS, Aída. El concepto de beneficiario efectivo y su jurisprudencia. Instituto de estudios fiscales. 10: 31 – 40. 2010.

CERVANTES, Marcos. Interpreting the concept of beneficial ownership, Tesis (grado de Magister). Toronto, Canadá. University of Toronto, Facultad de Derecho, 2009, 55h.

DE ARESPACOHAGA, Joaquín. Planificación fiscal internacional, convenios doble imposición, estructuras fiscales, tributación no residentes. Madrid, Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, 1996. 504pp.

DELGADO PACHECO, Abelardo. Las medidas antielusión en la fiscalidad internacional, Nuevas Tendencias en Economía y Fiscalidad Internacional. 825:(97-118), septiembre-octubre 2005.

DOERNBERG, R.L. y VAN RAAD, K. The 1996 United States Model Income Tax Convention: Analysis, Commentary and Comparison, Holanda, Kluwer Law International, 1997.

International Taxation. 4ª ed. Minnesota, West Group, 1999. 465p.

DE BROE, Luc. International tax planning and Prevention of abuse. A study under domestic law, tax treaties and EC law in relation to conduit and base companies. IBFD, Amsterdam, Holanda. 2008. 1043pp.

ELLIFFE, Craig. The interpretation and meaning of 'Beneficial Ownership' in Double Tax Agreements, British Tax Review, (3): 1-30, 2009.

ENGELLEN, Frank. Interpretation of tax treaties under International Law. Holanda, Amsterdam, IBFD, 2004. 590pp.

FRIEDLANDER, Lara; WILKIE, Scott. Policy forum: The history of tax treaty provision- and why it is important to know about it. Canadian tax journal, (54): 907-921. 2006.

GALDIANI, Emilio, Et. Al. The limits to tax planning, minimizing taxes and corporate social responsibility. Roma, Italia. Università Internazionale Degli Studi Sociale. 2009. 20p.

GONZÁLEZ, Osiel. Los convenios para evitar la doble imposición suscritos de acuerdo al modelo de la Organización para la Cooperación y del Desarrollo Económico. Tesis (Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales). Santiago, Chile. Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 2005. 411p.

GOTLIB, Gabriel. Vicios y mitos de la interpretación tributaria. Buenos Aires, Ábaco de Rodolfo de Palma, 2005. 277p.

GOYETTE, Nathalie. Tax treaty abuse: A second look. Canadian tax journal, 51 (2): 764-805. 2003.

GREGGI, Marco. European Taxation of Passive Income. Journal of the Australasian Tax Teachers Association, 4 (1): 39-53, 2009.

HELMINEN, Marjaana. The international tax law concept of dividend. Holanda, Kluwer Law International, 2010. 304p.

HERRÁN OCAMPO, Catalina. La doble tributación internacional, principios, realidades y convenios. Tesis (Licenciatura en Ciencias Jurídica y Sociales). Bogotá, Colombia. Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Derecho, 2000. 105h.

HOLLAND, David, VANN, Richard. Income tax incentives for Investment. En: THURONYI, VICTOR. Tax Law Design and Drafting, Vol.2. Washington D.C., International Monetary Fund, 1998. pp. 986-1020.

HYI PANAYI, Christiana. Double Taxation, Tax Treaties, Treaty Shopping and the European Community. Kluwer Law International, Holanda, 2007. 316p.

INTERNATIONAL Fiscal Association. Tax treaties and tax avoidance: application of anti-avoidance provisions, Holanda, IFA, 2010. 795p.

ISENBERGH, Joseph. International Taxation. Nueva York, Foundation Press, 2000. 263p.

KANDEV, Michael. Tax Treaty Interpretation: Determining domestic meaning under article 3(2) of the OECD model. Canadian Tax Journal. 55 (1): 31-71, 2007.

KOERVER, Peter. Tax treaties and tax avoidance, application of anti-avoidance provisions. Dinamarca, Copenhagen research group on international taxation, 2009. 22p.

KORNIKOVA, Anna. Solving the problem of tax treaty shopping through the use of limitations on benefits provisions. Richmond Journal of Global Law and Business, 8 (2): 249 – 286. 2008.

LAGOS, Medardo. EE.UU. y los Convenios de Doble Tributación. Santiago, Chile, Lexis Nexis, 2002. 157p.

LANG, Michael. Et.al. Multilateral Tax treaties. Holanda, Kluwer Law International, 1997. 408p.

Tax treaties and the EC law. Kluwer Law International, Holanda, 1990. 463p.

LI, Yinjan; SANDLER, Daniel. The relationship between domestic anti-avoidance legislation and tax treaties. Canadian Tax Journal, 45 (5): 891 – 958, 1997.

LOOMER, Geoffrey. Tax treaty abuse: Is Canada responding effectively? Oxford University Centre for Business Taxation. Londres, 2009. 42p.

LÓPEZ, Carlos María. Incidencia del derecho internacional general en materia tributaria, Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, 2005. 122p.

MASSONE, Pedro. La Doble Tributación Internacional o los Convenios para evitarla. Valparaíso, Editorial Jurídica Conosur, 1998. 211p.

MAROTO, Amelia. Medidas antiabuso en los convenios españoles. Instituto de estudios fiscales. 4: 129 – 153. 2007.

NAZAR, Vanina. La planificación fiscal internacional a través de la interposición de sociedades Holding. El estudio del régimen de Chile denominado “Sociedades plataforma de negocios” y sus consecuencias en la tributación argentina. Buenos Aires, Instituto de Estudios Tributarios, Aduaneros y de los Recursos de la Seguridad Social. 2010. 122pp.

OCDE. Model Tax Convention on Income and on Capital, condensed version. Paris, Francia. 2010. 470p.

PISTONE, Pasquale. The impact of Community law on Tax treaties - issues and solutions. Kluwer Law International, Holanda, 2002. 424p.

PREBBLE, John. Trusts and double taxations agreements. Journal of tax research, The University of South Wales. 2 (2): 192 – 209, 2004.

RIBES, Aurora. La Interpretación de dos Convenios para evitar la Doble Imposición Internacional. Tesis (Doctorado). Alicante, España. Universidad de Alicante, Facultad de Derecho. 727h.

RIVAS, Norberto. Doble Tributación Internacional: causas, efecto y situación actual en Chile. 2ª ed. Santiago, Chile. Editorial Magril, 2002. 169p.

ROHATGI, Roy. Principios básicos de Tributación Internacional. Colombia, Legis, 2008, 699p.

RYYNANEN, Olli. The concept of beneficial ownership in the application of finish tax treaties, Estocolmo, Stockholm Institute for Scandinavian Law, 2009, 21p.

SCHWARZ, Jonathan. Schwarz on tax treaties. Kluwer Law International, Holanda, 2009. 417p.

SUMMERHILL, Louise, et.al. Beneficial ownership by holding company respected. Aird & Berlis Tax Bulletin. Abril, 2008. 7pp.

ULLOA, Isis. Doble imposición internacional: Análisis jurídico en el derecho comparado. Tesis (Licenciatura en Derecho). San José, Costa Rica. Universidad de Costa Rica, Facultad de Derecho, 2008. 408p.

VAN WEEZEL, Alex. Delitos Tributarios. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile, 2007. 206p.

VANN, Richard. International Aspects of Income Tax. En: THURONYI, VICTOR. Tax Law Design and Drafting, Vol.2. Washington D.C., International Monetary Fund, 1998. pp. 720-729.

Income tax incentives for Investment. En: THURONYI, VICTOR. Tax Law Design and Drafting, Vol.2. Washington D.C., International Monetary Fund, 1998. 32pp.

VASCONCELLO, Fernando. La doble tributación internacional y los convenios para evitarla. Tesis (Doctorado en gestión avanzada de empresas en una economía globalizada). España, Universidad de Lleida. 2006. 72p.

VEGA BORREGO, Félix Alberto. Las cláusulas de limitación de beneficios en los convenios para evitar la doble tributación. Madrid, Universidad Autónoma de Madrid, Instituto de Estudios Fiscales, 2003, 54p.

VOGEL, Klaus. Double Tax Treaties and their Interpretation, International Tax and Business Lawyer. 4 (1): 1-85, 1986.

On Double Taxation Conventions, a commentary to the OECD, UN and US Model Conventions for the avoidance of double taxation on income and capital with particular reference to German treaty practice. Holanda, Kluwer Law International, 1997. 1688p.

VAN WEEGHEL, Stef. The Improper Use of Tax Treaties: with particular reference to the Netherlands and the United States, Holanda, Kluwer Law International, 1998. 304p.

VERN, Krishna. Treaty shopping and the concept of beneficial ownership in double tax treaties. Canadá, Canadian Current Tax. 19 (11): 129 – 148, 2009.

WEBER, Dennis. Tax Avoidance and the EC Treaty Freedoms: A Study of the Limitations under European Law for the Prevention of Tax Avoidance. Holanda, Kluwer Law International, 2005. 224p.

WEI, Willow. China Clarifies Concept of “Beneficial Owner” in Tax Agreements. [en línea] <<http://www.jdsupra.com/post/documentViewer.aspx?fid=9bcf79df-ef07-4b5e-8f90-86c781f34c17>> [consulta: 07 de octubre de 2010].

WOO SONG, Min. A Survey of case law on the term “beneficial ownership” in the articles 10, 11 and 12 of the OECD MC. Holanda, Leiden University, 2007. 35p.