



Universidad de Chile

Facultad de Derecho

Departamento de Derecho Económico

NORMAS ANTIABUSO EN LOS CONVENIOS DE DOBLE TRIBUTACIÓN CHILENOS EN BASE AL MODELO CONVENIO DE LA OCDE Y ONU

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

YOEL MAGENDZO DUKES

Profesor Guía: Francisco Mariani Martín

Santiago de Chile

2018

*En agradecimiento a mi familia por su
incesable inspiración y paciencia a lo
largo de este proceso.*

Índice

Índice.....	3
INTRODUCCIÓN	7
CAPITULO PRIMERO: MARCO ECONÓMICO Y JURÍDICO DE LOS CONVENIOS PARA EVITAR LA DOBLE TRIBUTACIÓN Y EL CONCEPTO DE ABUSO.....	9
1.1 Análisis económico actual:	9
1.1.1 Análisis económico de los efectos producidos por la Inversión Extranjera Directa	11
1.1.2 Inversión extranjera directa en América Latina.....	12
1.1.3 Flujo de Inversión extranjera en Chile en comparación con otros países de América latina	12
1.2. Surgimiento de la doble tributación:.....	16
1.3. Regulación de la Doble Tributación.	17
1.4. Elusión y Evasión Fiscal Internacional.....	19
1.5. Abuso de los Convenios de Doble Tributación:	23
1.5.1 Treaty Shopping.	26
1.5.2 El rule shopping.....	29
1.6. Efectos fiscales de los CDI y la política fiscalizadora.....	30
1.7. Marco Antiabuso, en los CDI:	34
1.8. Marco Antiabuso OCDE: “Concepto de Residente y las nuevas clausulas insertadas en el Modelo Convenio de la OCDE”	35
1.8.1 Las medidas contra el Treaty Shopping y Rule Shopping.....	35
1.9 BEPS: Acción Seis: “Preventing the granting of treaty benefits in inappropriate circumstances”	37

CAPITULO SEGUNDO: CLÁUSULAS ANTIABUSO EN LOS COMENTARIOS AL ARTÍCULO PRIMERO EN LOS CONVENIOS OCDE, ONU Y RECOMENDACIONES DEL PROYECTO BEPS. ...	42
2.1 Cláusulas contra la utilización de sociedades instrumentales	43
2.1.1 Cláusula de Transparencia o “Look through approach”	45
2.1.2 Sujeción al impuesto o “Subject to tax approach”	46
2.1.3 Cláusula de tránsito o “Channel Approach”	47
2.1.4 Cláusula General de Limitación de beneficio o “Limitation on Beneficts Clauses” (LOB):	48
2.1.4.1 Cláusula de Cotización en bolsa	53
2.1.4.2 Cláusula de propiedad o de erosión de la base.....	53
2.1.4.3 Cláusula de Actividad.....	54
2.1.4.4 Cláusula General de Buena Fe	54
2.1.5 Cláusula de propósito principal de la operación o “Principal Purpuse Test” (PPT)	56
2.1.6 Cláusula de Beneficiario Efectivo.	58
2.1.7 Cláusula de exclusión de beneficios para rentas pasivas.....	65
2.2 Cláusulas relativas a regímenes fiscales preferentes.....	66
2.2.1 Cláusula de exclusión por identificación.	66
2.2.2 Cláusula de exclusión off-shore	67
2.2.3 Cláusulas de exclusión por determinado tipo de renta	68
2.2.4 Cláusula destinada a regímenes preferentes introducidos después de la firma del Convenio	69
2.2.5 Cláusula relacionada con la tributación en la fuente de determinados tipos de renta.	69

CAPITULO TERCERO: LOS MODELOS DE CONVENIOS DE DOBLE TRIBUTACIÓN INTERNACIONAL (OCDE Y ONU) Y LAS CLÁUSULAS ANTIABUSO EN LA NORMATIVA NACIONAL E INTERNACIONAL.	72
3.1 Personas o entidades beneficiarias de los CDI.	73
3.1.1 Concepto de Residencia:	73
3.1.2 Establecimiento Permanente	81
3.2 Rentas establecidas en los Convenios de Doble Tributación	91
3.2.1 Beneficios empresariales	91
3.2.2 Dividendos:	94
3.2.3 Intereses	97
3.2.4 Cánones o Regalías:	101
3.2.5 Ganancias de Capital	104
3.2.6 Artistas y Deportistas	112
3.3 Normativa antiabuso en la legislación chilena	117
CONCLUSIONES: ESTADO ACTUAL DE LA NORMATIVA CHILENA RESPECTO AL ABUSO EN LOS CONVENIOS EN EL ÁMBITO LOCAL E INTERNACIONAL.	121
BIBLIOGRAFÍA	128

Abreviaturas utilizadas en el trabajo

OCDE: Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico

BEPS: Base erosion and profit Shifting (Erosión de la base y cambio de beneficios)

LIR: Ley de la Renta

CDI: Convenios para evitar la doble Tributación

ONU: Organización de Naciones Unidas

G20: Grupo de 20 países industrializados y emergentes

SII: Servicio de Impuestos Internos

IED: Inversión Extranjera Directa

PIB: Producto Interno Bruto

PNB: Producto Nacional Bruto

CEPAL: Comisión económica para América Latina y el Caribe

ENAP: Empresa nacional del petróleo

LOB: Cláusula de Limitación de Beneficios

PPT: Cláusula de propósito principal de la operación

INTRODUCCIÓN

En la presente monografía la temática que se analizará son los “Convenios para Evitar la Doble Tributación y para prevenir la evasión fiscal en relación a los impuestos a la renta y al patrimonio” (en adelante CDI). Específicamente, se van a tratar las normas para evitar la evasión fiscal internacional que se encuentran recogidas en los convenios de doble tributación suscritos por Chile.

El abordaje de esta materia es de importancia nacional, tanto por su relevancia en el ámbito económico como jurídico del país, no sólo a nivel local sino también respecto a la convivencia y negociación con otros países del mundo globalizado. El interés en desarrollar este tema es que -según tenemos entendido- la doctrina nacional no lo ha explorado de manera sistemática, en un estudio que contemple su complejidad e implicancias. Si bien es cierto que se han hecho algunos trabajos de investigación sobre los convenios de doble tributación chilenos y las cláusulas antiabuso utilizadas por las autoridades chilenas, cabe considerar que las distintas cláusulas antiabuso escogidas por las autoridades en cuestión - en su normativa externa e interna- no han sido abordadas integralmente, ni desarrolladas de forma ordenada ni taxativa con miras a combatir la elusión fiscal internacional y las planificaciones abusivas. Es importante destacar que en la doctrina internacional existen algunos autores que han desarrollado las temáticas ya señaladas. Los principales aportes que recoge esta monografía son los de Félix Vega Borrego, José Rodríguez Ondarza y Francisco Vaquer, entre otros.

Es notable el hecho que Chile sea uno de los países con mayor cantidad de Convenios de Doble Tributación ratificados de la región. Al analizarlos pormenorizadamente se puede observar que la autoridad no ha realizado un estudio riguroso y consecuente de las medidas antiabuso en estos Convenios. Se verá en la presente memoria que la mayoría de los Convenios repiten de manera casi idéntica las cláusulas antiabuso en cada CDI, sin tomar en cuenta las características fiscales de los países suscriptores del Tratado. Además, cabe señalar que hasta la reforma tributaria establecida en la Ley 20.780, no se consideraban instituciones ni reglas internas uniformes conforme al estatuto de tributación internacional.

Por tanto, este trabajo no sólo consiste en un proceso de investigación y recopilación de información respecto a las cláusulas antiabuso establecidas en los CDI suscritos por Chile, sino que tiene como principal objetivo poder generar una taxonomía de cláusulas antiabuso que se podrían aplicar en los futuros CDI, analizando específicamente las ventajas y desventajas fiscales de cada medida para prevenir la elusión fiscal internacional. Este trabajo se va a desarrollar en base a los estándares

internacionales plasmados en la ONU y la OCDE en sus Modelos de CDI, Comentarios del Modelo y el Proyecto BEPS (Base Erosion and Profit Shifting», en español «Erosión de la base imponible y traslado de beneficios) desarrollado por la OCDE con el objetivo de prevenir la erosión fiscal de los CDI, de la cual nuestro país es miembro desde hace algunos años.

En el contexto de esta investigación, se desarrolla un primer capítulo que abordará desde una perspectiva económica los principales efectos de la doble tributación. Se presentarán algunas conclusiones del marco jurídico que han sido establecidas por los distintos países para combatir dicha contingencia. Esto se generará a través de una explicación exhaustiva del concepto de abuso de los convenios y sus posibles soluciones.

Un segundo capítulo analizará específicamente las distintas medidas antiabuso contempladas en los Comentarios del Modelo OCDE y la ONU, con la finalidad de prevenir la elusión o evasión fiscal internacional. Además, se contemplarán todos aquellos mecanismos recomendados por el estudio BEPS con el objetivo de tener un panorama completo de todas las cláusulas antiabuso posibles y sus efectos. Este esfuerzo nos ayudará a comprender cuál es el marco teórico-jurídico de cláusulas antiabuso que deben tener los legisladores o políticos al momento de negociar un Convenio.

Un tercer capítulo realizará un análisis comparativo de las distintas cláusulas antiabuso de los Modelos de Convenio OCDE y la ONU. El trabajo se centrará en un estudio específico de cada una de las rentas que son tratadas en los CDI, su tributación, las posibilidades de abuso y, por último, las cláusulas antiabuso específicas insertadas en los Modelos y en aquellos CDI suscritos por Chile. En este capítulo se efectuará una taxonomía de las posibles cláusulas antiabuso que podría optar Chile para detener la elusión fiscal internacional. También haremos una referencia a la normativa interna insertada en la reforma tributaria que se encuentra en la ley 20.780.

Para finalizar, concluiremos con algunas recomendaciones respecto a las cláusulas antiabuso que podrían ser consideradas en los futuros CDI para prevenir la elusión fiscal.

CAPITULO PRIMERO: MARCO ECONÓMICO Y JURÍDICO DE LOS CONVENIOS PARA EVITAR LA DOBLE TRIBUTACIÓN Y EL CONCEPTO DE ABUSO.

1.1 Análisis económico actual:

En el contexto actual, cabe considerar la presencia indesmentible de un mundo globalizado e interconectado económicamente, donde dicha interconexión está mediatizada por los enormes avances tecnológicos, el incremento en la inversión, la innovación, intercomunicación global, entre otros. Lo anterior ha favorecido el establecimiento de una economía basada en el acelerado crecimiento del consumo, asociada a la concomitante expansión del comercio internacional.

Estos cambios históricos sustentados sobre la base de un sistema capitalista, han llevado a que hoy se cuente con un ritmo de negocios internacionales de gran escala, creando múltiples cadenas de suministros y de producción a nivel regional y mundial. Esto trae consigo la posibilidad que países subdesarrollados y aquellos que se encuentran en vías de desarrollo, tengan oportunidades para poder progresar económicamente, y así consecuentemente obtener una mejora sustancial en el nivel de vida de sus habitantes.

Este proceso de modernización e interconexión antes descrito ha generado como principal efecto el libre movimiento de capitales y trabajo, la reducción de barreras al comercio internacional, y la movilidad de centros de producción. Además, cabe señalar que el sistema globalizado imperante ha sido acompañado de una simplificación de la actividad económica, que también ha incidido en el movimiento de capitales, bienes y servicios. Una de las principales consecuencias que ha provocado este fenómeno es el aumento constante de la inversión extranjera directa (de ahora en adelante IED).

Para abordar de forma correcta la cuestión antes planteada, es necesario entender el concepto de IED. Para lo cual se hará uso de la definición de la OCDE: *“La inversión extranjera directa refleja el objetivo de establecer un interés duradero por parte de una empresa residente en una economía (el inversor directo), en una empresa domiciliada en una economía diferente de la del inversor directo (la empresa de inversión directa). El interés duradero implica la existencia de una relación de largo plazo entre el inversor directo y la empresa de inversión directa y un grado significativo de influencia en la gestión de la empresa.”*¹ Es decir, la IED es la intención positiva de un sujeto de derecho de invertir de forma prolongada en un Estado distinto al de su residencia.

¹ OCDE. “Definición marco de inversión extranjera directa”.Pág.53. Cuarta Edición, 2011.

José Rodríguez Ondaraza² señala que son tres los factores que inciden en la configuración de la IED, los que son agrupados por el autor como elementos globales, empresariales y locales. El elemento global está compuesto principalmente por situaciones macroeconómicas, como la integración económica comercial (caso clásico: la Unión Europea, Latinoamérica o el Sudeste Asiático), las nuevas oportunidades de negocios (ejemplo: la apertura de mercados en Europa del Este) y las económicas de escala en la generación de productos. El segundo factor citado por J. Rodríguez es el elemento empresarial, el que se centra principalmente en las distintas variables económicas y logísticas que debe asumir una empresa al momento de realizar una IED en un país determinado (ejemplos de esto serían: personal, fabricas, materia prima, etc.). Por último, están los elementos locales, de suma importancia en este trabajo, con principal énfasis en el factor económico local. En este último factor debe ser contemplado de manera detallada el esquema fiscal, los tributos que gravan a la renta, la existencia de CDI, entre otros, que serán analizados pormenorizadamente. Este elemento servirá para comprender si un país determinado es o no atractivo para invertir y, además, si esto generará beneficios fiscales al Estado receptor de la inversión y por supuesto, al empresario.

La IED ha sido considerada por los economistas como uno de los principales factores de crecimiento de un país. Un estudio del Comité de Inversión Extranjera de Chile³, llegó a la conclusión que la IED afecta positivamente al crecimiento económico, específicamente en empleo, productividad, factores de producción y exportaciones. Dentro del mundo globalizado, han sido las empresas multinacionales quienes han comenzado con el proceso de inversión fuera de los límites territoriales de los Estados, generando una red global de comercio. Este último proceso incidió en que los países efectuaran una regularización legal en aspectos locales, bilaterales y multinacionales de las distintas actividades.

Una de las principales formas de poder medir los avances económicos de un país, es el llamado producto nacional bruto (en adelante PNB), el que es definido como "*la cantidad de bienes y servicios finales producidos por los residentes de un país, aunque estos bienes se produzcan en un país extranjero, es una medida anual que ayuda a determinar el crecimiento de un país determinado*"⁴. En las economías abiertas (como la chilena) el PNB se obtiene de la siguiente formula: ⁵

² JOSÉ RODRÍGUEZ ONDARAZA "*La importancia de la fiscalidad internacional en un escenario económico globalizado*". Instituto de Estudios Económicos. Pág. 17. Editorial P&A Consultores, España, 2003.

³ MARCELO VILLENNA y ANTONIO ANSOLEAGA, "*Medición del impacto de la inversión extranjera directa en la economía chilena: Enfoque Macroeconómico*". Comité de inversión extranjera, Gobierno de Chile, año 2012.

⁴ <https://debitoor.es/glosario/definicion-producto-nacional-bruto>.

⁵ **C** = Gastos de consumo del grupo familiar y personales, **I** = Gastos brutos de inversión domésticos privados, **G** = Gastos de consumo y de inversión bruta del gobierno, **X** = Gastos en bienes y servicios exportados, **M** = Gastos en bienes y servicios importados.

$$\text{PNB} = C + I + G + (X - M)$$

En cuanto al estudio de esta monografía, interesa específicamente comprender cuáles son las actividades que se encuentran reguladas dentro del comercio internacional. Por ende, el foco del presente trabajo se centrará en aquellas actividades económicas realizadas por personas naturales o jurídicas en el exterior, es decir, exportaciones e importaciones de bienes y servicios, además de considerar las inversiones de capital privado que ingresan o egresan como inversión extranjera directa. En la fórmula antes señalada, se especifican las transacciones internacionales de bienes y servicios en el factor (X-M), esta expresión corresponde a la llamada balanza comercial. Por otra parte, la inversión de capitales privados corresponde el factor (I), en específico, en él se deben considerar aquellos provenientes de capitales extranjeros. En relación a este concepto, Chile al ser una economía abierta, exportadora de materias prima -entre otros factores-⁶ ha presentado en estos últimos años de forma sostenida un aumento en los capitales de inversión privada y también en las exportaciones de capital realizada por empresarios chilenos en negocios dentro de la región. Las estadísticas señalan que es el tercer país de la región que recibe más capital extranjero para distintos proyectos de inversión, además, es considerado un importante exportador de capitales, con presencia de sus empresas en distintos lugares de Latinoamérica y el mundo.

1.1.1 Análisis económico de los efectos producidos por la Inversión Extranjera Directa

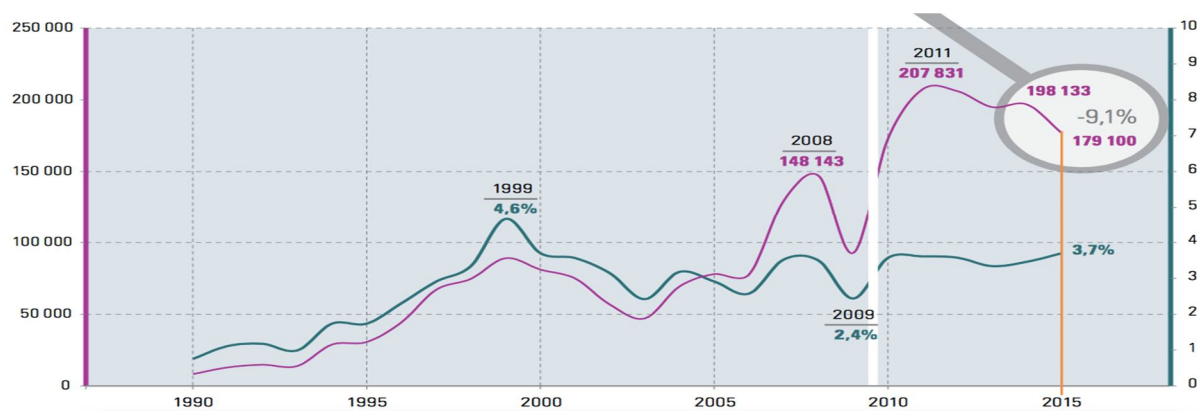
La síntesis económica realizada con anterioridad sobre la globalización y la IED nos entrega una base conceptual para así poder analizar de forma detallada los efectos económicos que ha producido la IED en Chile. Esto permite comprender por qué la IED es un importante factor de crecimiento de la economía del país y cómo ella ha afectado de forma positiva los principales estándares macroeconómicos.

Los siguientes gráficos de la OCDE y la CEPAL⁷, ayudarán a discernir los efectos económicos a lo largo del tiempo. Ambas organizaciones se han preocupado de analizar los efectos macroeconómicos en los distintos países, alcanzando conclusiones relevantes.

⁶ <http://www.bancomundial.org/es/country/chile/overview>

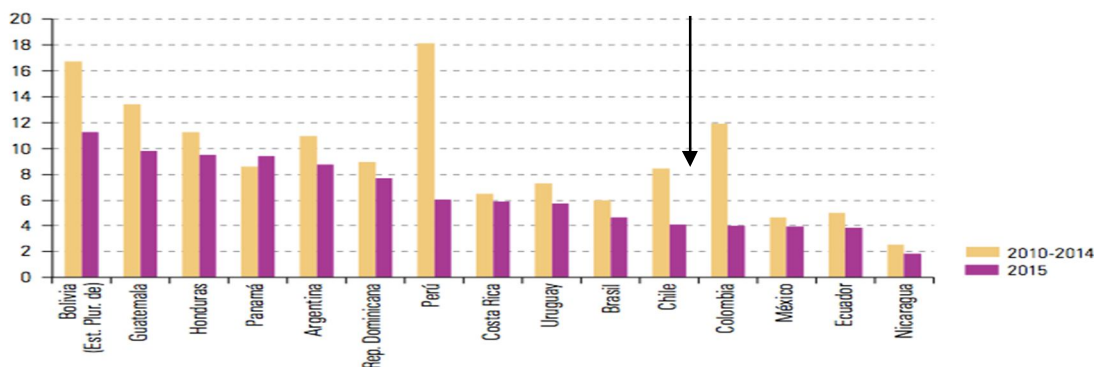
⁷ Ibíd. 7.

1.1.2 Inversión extranjera directa en América Latina 8



En la imagen se puede observar cómo desde el año 1990 hasta el 2011 los países de América Latina y el Caribe han aumentado la IED de forma permanente a lo largo del tiempo, con algunas disminuciones cíclicas que se explican por las distintas crisis económicas que han afectado a la región en las dos últimas décadas. Sin embargo, en el periodo que va desde el año 2011 al año 2015 se observa una disminución de la IED medido en millones de dólares y un bajo crecimiento en relación al porcentaje del PIB. La CEPAL explica este fenómeno principalmente por la crisis económica y política de Brasil, además de una disminución del ciclo económico de la exportación de minerales.⁹

1.1.3 Flujo de Inversión extranjera en Chile en comparación con otros países de América latina



Fuente: Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), sobre la base de cifras y estimaciones oficiales al 27 de mayo de 2016.

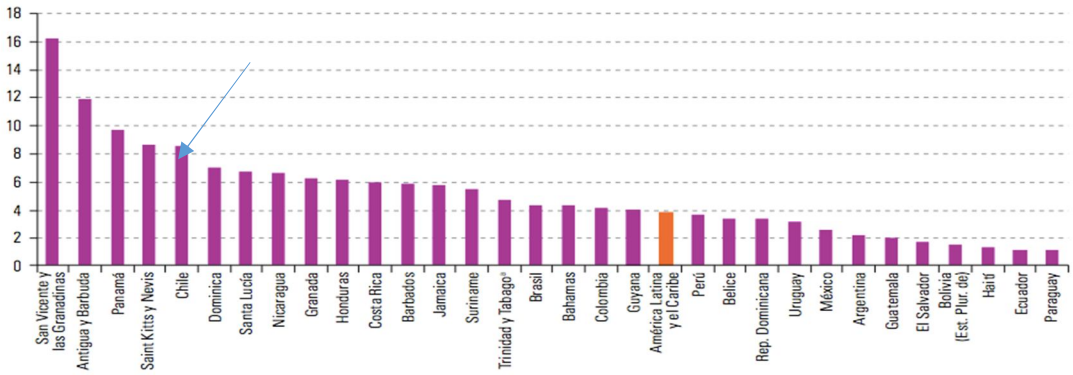
10

⁸ Grafico sobre inversión extranjera directa en América Latina, se expresa en el eje vertical izquierdo los millones de USD de IED en la región, en el eje horizontal los años del estudio y en el eje vertical derecho el porcentaje del PIB que representa la IED.

⁹ *Ibíd.* 6, Pág 11.

¹⁰ Grafico sobre inversión extranjera directa en América Latina, se expresa en el eje vertical derecho el porcentaje del PIB que representa la inversión extranjera, en el eje horizontal los países latinoamericanos.

En el contexto nacional, la IED ha tenido un importante efecto económico en los distintos procesos de transformación del país, con miras a ser un país desarrollado. El porcentaje de IED ingresada (recibida) respecto del PIB ha alcanzado en los últimos años oscila entre un 4% y 8%. Chile se ha caracterizado por ser uno de los países de la región con una fuerte actividad económica, no sólo como receptor de la IED, sino que también como inversor de la misma. Este fenómeno se puede observar en los siguientes gráficos comparativos del porcentaje de flujo IED en relación al PIB de los distintos países de América Latina y el Caribe, en donde el promedio de IED recibida es un 4.1% (bastante inferior a los niveles nacionales).



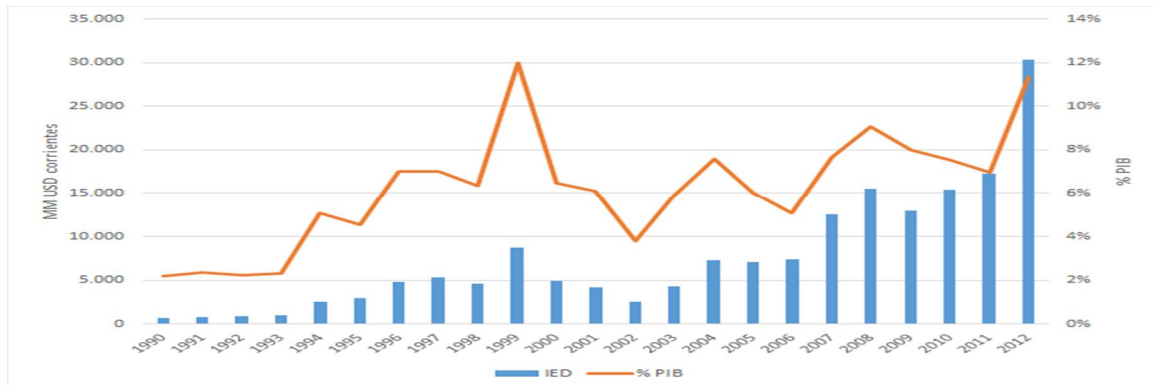
Fuente: Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), sobre la base de cifras y estimaciones oficiales al 27 de mayo de 2016.
 * La cifra de Trinidad y Tabago corresponde solamente a los primeros tres trimestres de 2015.

11

En el contexto antes analizado encontramos que el flujo de ingreso de la IED de la región es bastante alto, aunque se aprecia una disminución en algunos países sudamericanos, debido seguramente a la preferencia de los inversionistas por otras zonas económicas como el Sudeste Asiático o Europa del Este. Asimismo, hay que resaltar que en el caso específico de Chile, según fuentes de la CEPAL, ha disminuido la IED principalmente por una reducción en la inversión minera, contrarrestado en parte por un aumento en los proyectos energéticos y mercado de seguros, lo que ha permitido un equilibrio de la IED, el que se encuentra cercano al 8% del PIB.

Es conveniente observar las variaciones de la IED con respecto al PIB desde la década de 1990 en Chile, para comprender específicamente cómo ha afectado en el desarrollo económico. El siguiente gráfico muestra un aumento sostenido de la IED y su correlación creciente con el PIB.

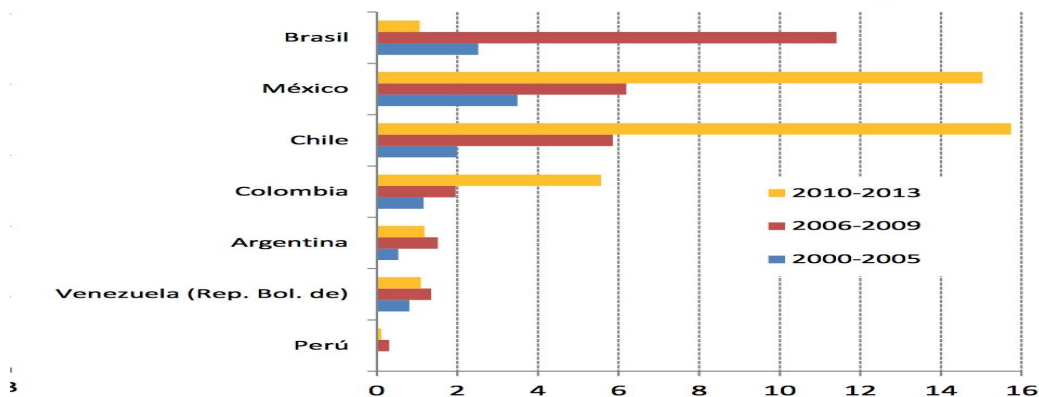
¹¹ Gráfico comparativo de los porcentajes del IED respecto al PIB, eje vertical se expresa porcentaje del PIB.



12

Al momento de analizar pormenorizadamente las transferencias de capitales hacia y desde Chile, se debe revisar el estado de las exportaciones e importaciones de capital, con especial referencia a las inversiones de capital privado realizadas por inversionistas y empresas chilenas. Según gráficos de la CEPAL, Chile es el país que más invirtió en el exterior durante el periodo 2010-2013, superando a México y a Brasil. Así las cosas, es conocido en la región como un considerable propulsor económico, con importantes inversiones en Perú, Colombia y Argentina.

INVERSIÓN DIRECTA EN EL EXTERIOR, PROMEDIOS ANUALES, PRINCIPALES PAÍSES INVERSIONISTAS, 2000-2013
(En miles de millones de dólares)



En la siguiente tabla realizada por la CEPAL se muestran las principales inversiones extranjeras de empresas chilenas en el mundo, en la que se aprecia que su foco principal son los países de la región. Entre las principales empresas destacan: Cencosud, ENAP, Falabella y LATAM.

¹² Gráfico sobre inversión extranjera directa en Chile, se expresa en el eje vertical izquierdo los millones de USD de IED en Chile, en el eje horizontal los años del estudio y en el eje vertical derecho el porcentaje del PIB que representa la IED.

Chile: principales empresas translatinas, por ventas totales, 2012
(En millones de dólares)

Empresa	Sector	Ventas	Principales regiones y países donde opera				
			América Latina y el Caribe	América del Norte	Europa	Asia y el Pacífico	África y Oriente Medio
Cencosud	Comercio	19 116	Argentina, Brasil, Colombia y Perú				
Empresa Nacional del Petróleo (ENAP)	Petróleo	11 612	Argentina y Ecuador				
Falabella	Comercio	11 474	Argentina, Brasil, Colombia y Perú				
Latam Airlines	Transporte	9 722	Argentina, Brasil, Colombia, Ecuador, México y Perú	Estados Unidos	España		
Compañía Manufacturera de Papeles y Cartones (CMPC)	Forestal	4 759	Argentina, Brasil, Colombia, Ecuador, México, Perú y Uruguay				
Arauco	Forestal	4 280	Argentina, Brasil y Uruguay	Canadá y Estados Unidos			
Compañía Sudamericana de Vapores (CSAV)	Transporte	3 432	Panamá	Estados Unidos	Alemania	China	
Sigdo Koppers	Construcción	2 786	Argentina, Brasil, Colombia, México y Perú	Canadá y Estados Unidos	Bélgica, España y Francia	China, India y Tailandia	Sudáfrica
Embotelladora Andina	Alimentos	2 449	Argentina, Brasil y Paraguay				
Sociedad Química y Minera (SQM)	Minería	2 429	Brasil, México y Perú	Estados Unidos	España, Francia y Turquía	China, India y Tailandia	Arabia Saudita y Sudáfrica
Ripley	Comercio	2 411	Colombia y Perú				
Entel	Telecomunicaciones	2 398	Perú				
Compañía Cerveceras Unidas (CCU)	Alimentos	2 248	Argentina, Paraguay y Uruguay				
Selfacorp	Construcción	2 220	Colombia, Panamá, Perú y Uruguay				
Sonda	Software	1 423	Argentina, Brasil, Colombia, Costa Rica, Ecuador, México,				

Con respecto a la inversión extranjera, Chile también es uno de los países de la región con mayor recepción de IED, cuenta con inversionistas de la región y de todas partes del mundo. Esto lo podemos corroborar en la siguiente tabla publicada por la CEPAL, en la que se observa que Chile se encuentra como el segundo país con mayor recepción de IED de la región, aunque en los últimos años haya disminuido, en razón de la desaceleración que afectó al país.

AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE, ECONOMÍAS SELECCIONADAS: FLUJOS DE ENTRADA DE INVERSIÓN EXTRANJERA DIRECTA
(En millones de dólares)

Países	1 ^{er} Semestre 2013	Total 2013	1 ^{er} Semestre 2014	Variación 2014-2013 (1 ^{er} Semestre)
Argentina	5.878	11.353	-55	-101%
Brasil ^a	38.976	63.996	42.001	8%
Chile ^b	12.286	20.258	10.367	-16%
Colombia	7.698	16.199	8.452	10%
Costa Rica	1.358	2.714	1.075	-21%
El Salvador	76	140	25	-67%
Guatemala	693	1.309	713	3%
México	28.784	39.172	9.733	-66%
Panamá	2.045	4.654	2.575	26%
Perú	5.729	9.298	4.680	-18%
Rep. Dominicana	982	1.991	1.175	20%
Uruguay	1.439	2.754	1.568	9%
Venezuela	3.790	7.040	1.761	-54%
Total	109.734	180.877	84.071	-23%

Fuente: Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) sobre la base de cifras oficiales al 15 de octubre de 2014.

^a La información de Brasil para el primer semestre de 2014 y 2013 corresponde al período enero-agosto.

^b La información de Chile para el primer semestre de 2014 y 2013 corresponde al período enero-agosto.

El análisis expuesto sobre inversión extranjera en la región de América Latina, ayuda a comprender el contexto macroeconómico de Chile en la actualidad. Nuestro país es uno de aquellos con mayor presencia de IED en su economía, pero a la vez, también es uno de los países que más invierte en el exterior, principalmente en países de América Latina.

Según la OCDE, la IED es uno de los principales motores económicos para poder alcanzar altos niveles de desarrollo económico. Por regla general produce estabilidad y crecimiento económico, que contribuye a generar altos niveles de empleabilidad en el país. Por lo tanto, se puede considerar que Chile ha estado en un camino de expansión económica, presentando características de una economía atractiva para el establecimiento de multinacionales en el país.

1.2. Surgimiento de la doble tributación:

Al considerar el crecimiento económico de un país se debe tener en cuenta que las instituciones gubernamentales producen distintos sistemas fiscales para recaudar los impuestos que gravan las utilidades, tanto las producidas por las distintas empresas como las de las personas naturales. Ahora bien, las operaciones comerciales internacionales van más allá de la potestad y soberanía territorial de un Estado, dado que existen situaciones en las cuales diferirá el lugar de residencia de la persona o empresa con respecto al lugar de desarrollo de la actividad. Un ejemplo de esto, es el caso en que un contribuyente perciba renta en más de un Estado o realice actividades empresariales en varios Estados distintos. A partir de lo anterior, surge la siguiente pregunta: **¿Dónde debe tributar un contribuyente que desarrolla actividades económicas en más de un Estado?**

Dicha pregunta nos lleva a tener que precisar el concepto de doble imposición o doble tributación internacional, que ha sido definido por la OCDE como el "*resultado de la aplicación de impuestos similares, en dos (o más) Estados, a un mismo contribuyente respecto de la misma materia imponible y por el mismo período de tiempo*"¹³. Por lo tanto, nos encontramos en la situación en que un mismo contribuyente puede tributar en dos (o más) Estados por un mismo hecho gravado, es decir, por la misma renta. Esta situación es claramente perjudicial para el desarrollo de negocios en el exterior y por tanto desincentiva que personas o empresas tengan la intención de ir a invertir o a desarrollar actividades económicas en un país distinto del propio.

¹³ Comité de asuntos fiscales OCDE, "*Modelo de Convenio tributario sobre la renta y el patrimonio*", 2010, pág.8.

Ahora bien, ya a principios del Siglo XX la extinta Sociedad de las Naciones reconoció que la doble imposición representaba un problema para atraer Inversión extranjera e invertir en un mercado distinto al propio. Es así como posteriormente diversos organismos internacionales (OCDE primero conocida como OECE, ONU, CEPAL, etc.), así como distintos países, han tratado de concebir un marco -en sus normativas externas e internas- para eliminar la doble tributación e incentivar la transferencia de capitales y tecnología entre los países a través de Convenios Modelos para Evitar la Doble Tributación.

El Modelo de Convenio de la ONU en su parte introductoria se refiere a la necesidad de eliminar o limitar la doble imposición: *“El crecimiento de los flujos de inversión entre países depende en gran medida del clima de inversión del momento. La prevención o eliminación de la doble tributación internacional de un mismo ingreso —cuyos efectos son nocivos para el intercambio de bienes y servicios y para la circulación de capital y de personas— constituye un componente importante de dicho clima... Por ello, habitualmente, entre los objetivos generales de los acuerdos fiscales se incluye la protección de los contribuyentes frente a la doble tributación, con el fin de mejorar la libre circulación del comercio y de las inversiones internacionales y la transferencia de tecnología.”*¹⁴

1.3. Regulación de la Doble Tributación.

Dentro de la regulación de la fiscalidad internacional respecto a la doble tributación, no encontramos un sistema multinacional general ni una regulación internacional global, incluso en sistemas comunitarios como la Unión Europea no existen este tipo de acuerdos.¹⁵ Hay que indicar que a pesar de existir varios proyectos elaborados por juristas que han intentado diseñar modelos unitarios internacionales de tributación, como la tasa Tobin, bit tax, tributos universales, medio ambientales, o impuesto a sociedades de carácter mundial¹⁶, éstos no han tenido una recepción global.

Sin embargo, existen ciertos criterios de atribución de la potestad tributaria, que son utilizados por la generalidad de los países para determinar la aplicación de su fiscalidad respecto de rentas que pueden tener alguna connotación o carácter internacional. Pueden ser sub divididos en dos sistemas:

¹⁴ “Convenio Modelo de Naciones Unidas: entre países desarrollados y no desarrollados” 2011, pág. 5.

¹⁵ Solamente podríamos mencionar la directiva 90/435/CEE del 23 de Julio de 1990, la cual elimina la doble tributación respecto de dividendos entre la matriz y la filial comunitaria.

¹⁶ CARVAJO VASCO DOMINGO, “Temática actual de la fiscalidad internacional” Capítulo V, Instituto de Estudios Fiscales Español, 2013.)

- a) **Renta mundial o concepto de Residencia:** El contribuyente deberá pagar impuestos en el país de residencia, sin importar el lugar donde se haya generado el ingreso determinado. Sigue un principio personalista. Este tipo de sistema es principalmente seguido por países altamente industrializados, exportadores de capital. Un ejemplo de este sistema de forma pura es Estados Unidos;
- b) **Imposición en el país fuente de la renta:** Siguen un principio de territorialidad, por tanto, los contribuyentes que obtengan una renta en un país determinado deberán pagar impuestos en el lugar donde se realizó la actividad que generó la renta. Este sistema es utilizado preferentemente por países en vías de desarrollo, en los cuales hay un interés en que las rentas generadas por el capital proveniente de la IED queden afectas a impuestos en sus países. Podemos encontrarlo de forma pura en algunos países de África, Costa Rica.

Es importante aclarar que la mayoría de los países presentan sistemas mixtos de tributación, en los que se incorporan ambos criterios de imposición. De igual forma se reconocen ambos criterios impositivos en los CDI.

No se encuentra en la legislación internacional sobre fiscalidad principios como el *Non bis ídem* que impidan la doble tributación, ni tampoco la aplicación preferente de una ley particular de un Estado sobre situaciones ocurridas en otro Estado¹⁷. De este modo los distintos Estados comenzaron a crear dos vías para combatir la doble tributación. En primer lugar, el reforzamiento de la legislación interna con distintas fórmulas que ayudan a limitar los efectos de la doble tributación y, en segundo lugar, los acuerdos bilaterales llamados convenios para evitar la doble tributación internacional.

El primer sistema está constituido por el marco regulatorio unilateral de cada Estado con respecto a la tributación internacional, éstas son las normas que configuran el ámbito de cumplimiento y obligación tributaria internacional. Se puede señalar como ejemplo el sistema de crédito que se encuentra establecido en el Artículo 41 de la Ley de la Renta chilena. Una de las principales complicaciones que generan estas normas es que se encuentran diseñadas en base a la soberanía de los Estados y al manejo de la tributación a nivel nacional, por lo tanto, dejan algunas lagunas o fricciones que generan ventajas comparativas a terceros países.

El segundo sistema para atacar la doble tributación internacional son los convenios de doble tributación, los que han sido definidos por el Ministerio de Hacienda de Chile como: *“Instrumentos jurídicos internacionales suscritos entre dos Estados, que se incorporan al ordenamiento jurídico*

¹⁷ *Ibíd.* 2 Pág. 39.

*interno de cada uno de ellos y que tienen por finalidad eliminar o aminorar la doble tributación internacional que afecta o dificulta el intercambio de bienes y servicios y los movimientos de capitales, tecnologías y personas, beneficiando exclusivamente a las personas naturales o jurídicas, residentes o domiciliadas en alguno de los Estados Contratantes.”*¹⁸ Esta fórmula ha sido ampliamente recogida por el ordenamiento chileno, el que ya tiene treinta y dos Convenios de doble tributación vigente¹⁹ y cuatro suscritos con diversos países.

El profesor Peter D. Byrne en el 2001 estableció que los CDI cumplen tres objetivos esenciales, los que deben ser entendidos al momento de negociar, redactar y suscribir un Convenio de doble tributación, a saber:

a) Control sobre el ingreso universal: Contar con los elementos suficientes que permitan a la administración tributaria tener un control sobre todas las rentas de fuente mundial de los contribuyentes. Para el profesor Byrne este objetivo es aún más importante que el de evitar la doble imposición;

b) Equilibrio en las tasas de retención: Que los estados lleguen a un acuerdo en señalar un porcentaje determinado de retención impositiva aplicado por el país fuente de la renta ante situaciones de iguales características;

c) Equidad tributaria: Busca evitar la doble tributación a través de reglas de neutralidad fiscal, las que se materializan en mayor medida en el método del crédito (aplicar todo o parte de lo pagado en el extranjero) y en una menor medida en el método de exención (la facultad de gravar recae exclusivamente sobre un Estado).²⁰

Es importante tener en cuenta que los CDI pueden significar o constituir un sacrificio fiscal o impositivo para los Estados, por cuanto pueden disminuir el ingreso impositivo que percibe el país - por las distintas actividades desarrolladas en su territorio o por sus nacionales en territorios ajenos al propio- con la finalidad de incentivar la IED y hacer más conveniente para las multinacionales y para los empresarios invertir en países con este tipo de Convenios.

1.4. Elusión y Evasión Fiscal Internacional

¹⁸ <http://www.hacienda.cl/preguntas-frecuentes/impuestos/que-son-los-tratados-de-doble.html>.

¹⁹ <http://www.sii.cl/pagina/jurisprudencia/convenios.htm>. (25-09-17)

²⁰ BRYNE. D, Peter. "Tributación Internacional y Doble Imposición". IFA Grupo Peruano. Ediciones Fiscales ISEF S.A. junio 2001, pág. 128.

Uno de los principales temas de discusión tanto a nivel nacional como internacional en materia de tributación, lo encontramos en temáticas de elusión y evasión fiscal. Esta temática es de amplia relevancia tanto por sus implicancias jurídico-económicas, como por su compleja limitación práctica en materia de impuestos. A continuación, se intentará establecer una definición acotada de estos conceptos que servirá de guía en el desarrollo de esta memoria.

El académico Carlos María Folco define la evasión fiscal como: *"todo acto u omisión que, en contradicción con la ley fiscal aplicable al mismo, provoca indebidamente la disminución o eliminación de la denominada carga tributaria"*²¹. De esta definición se puede inferir que existe una actitud deliberada por parte del contribuyente quien tiene la intención de eliminar o disminuir una obligación tributaria, incumpliendo así sus deberes formales (declaración) o deber materiales (pago) de impuestos determinados. Estos ilícitos se encuentran tipificados en leyes tributarias y llevan consigo sanciones pecuniarias y/o penales.

Por otra parte, el concepto de elusión es definido como: *"(...) una conducta dolosa realizada por el contribuyente con la intencionalidad de evitar la configuración del hecho gravado. En esta situación el contribuyente elige una vía no idónea para realizar sus negocios o actividades económicas."*²².

Para precisar aún más, se debe diferenciar el concepto de evasión tributaria del concepto de elusión tributaria. El ex Canciller británico del Tesoro dijo: *"The difference between tax avoidance an tax evasion is the tickness of a prison Wall"* (La diferencia entre la elusión y evasión fiscal es el espesor del muro de la prisión)²³. Con esta frase se pretende graficar de manera ilustrativa la diferencia que existe entre elusión y evasión fiscal, a saber, la primera no es considerada (generalmente) un delito, en cambio la segunda si se encuentra penada por la ley. También hay que advertir que existe una diferencia temporal entre ambos conceptos, en la elusión tributaria no ha nacido todavía la obligación tributaria, en cambio en materia de evasión tributaria, existe una obligación tributaria y el contribuyente realiza una serie de maniobras dolosas con la intención que la autoridad no tenga conocimiento del hecho gravado o bien que lo conozca por un monto distinto.

En relación al concepto de elusión tributaria, la doctrina ha discutido ampliamente si nos

²¹ FOLCO, CARLOS MARÍA. "El fenómeno de la evasión fiscal". Culzoni editores, Buenos Aires, 2004. Pág. 17.

²² NORBERTO RIVAS CORONADO Y CARLOS PAILLACAR. ""Caracterización de la elusión fiscal en el impuesto a la renta de chile". CAPIV REVIEW Vol. 5 2007. Pág. 3.

²³ CRAIG ELLIFFE, "The Thickness of a Prison Wall - When Does Tax Avoidance Become a Criminal Offence?". New Zealand Business Law Quarterly, Vol. 17, No. 4, pp. 441-466, December 2011.

encontramos frente a una actividad lícita o ilícita, y ha sido objeto de una necesaria delimitación conceptual con los términos de economía de opción o planificación tributaria, debido a una constante confusión. Los profesores chilenos Norberto Rivas Coronado y Carlos Paillacar Silva²⁴ colaboran en la solución de estas cuestiones dogmáticas. Ellos plantean que la planificación fiscal y la elusión se asemejan porque en ambos casos se evita la configuración del hecho gravado y, por ende, el nacimiento de la obligación tributaria. En cambio, se diferencian porque la primera conducta es lícita mientras que la segunda es ilícita.

Sobre la ilicitud de la evasión y la licitud de la elusión existe poca jurisprudencia en Chile, pero existe un fallo de la Corte Suprema, que estableció un parámetro en el que se mantuvo conteste desde el año 2003 al 2015. Dejando claro que la actividad de la elusión tributaria es completamente lícita y en cambio la evasión tributaria sería ilícita, el fallo en cuestión se caratula "Sociedad Inmobiliaria Bahía S.A. con SII", en el que en sus considerando dieciocho y diecinueve, expresa la distinción antes señalada: *"Considerando N°18. Que, así, el Servicio confunde, en este caso, confunde dos conceptos jurídicos que tienen una diferencia notoria: el de evasión tributaria –ilícito–, con el de elusión, que consiste en evitar algo con astucia, lo que no tiene que ser necesariamente antijurídico, especialmente si la propia ley contempla y entrega las herramientas al contribuyente, como aquí ocurre, para pagar impuestos en una medida legítima a la que se optó, y no en aquella que se le liquida; Considerando N°19. Que, en la presente situación, ello se ha hecho mediante la constitución de dos sociedades, aunque por las mismas personas, para explotar en conjunto un negocio, utilizando los beneficios tributarios que la propia ley entrega y, de este modo una, la requerida en el presente asunto, se hace cargo de la parte inmobiliaria, y la otra del aspecto mobiliario y de prestación de servicios, por todo lo cual se paga el impuesto que se pretende, en este segundo caso, como se indica en las ya tantas veces dichas liquidaciones. Ello no sólo es lícito, por tener un fundamento legal, sino que puede tener finalidades ajenas a la elusión de impuestos, como podrá serlo el facilitar la adquisición, administración y mantención de los muebles, operaciones que, como resulta lógico entender, son más frecuentes que el de los primeros, sujetos a menor desgaste"*²⁵;

La jurisprudencia nacional se mantuvo conteste a la anterior división de ilicitud y licitud de los conceptos de elusión y evasión tributaria hasta el año 2015, en el que, dicha visión fue cambiada. La Corte Suprema conociendo de una causa Tributaria señala que serían ilícitas las maniobras elusivas de

²⁴ Ibid. 23. Pág. 3.

²⁵ CS, "Inmobiliaria Bahía S.A. con Servicio de Impuestos Internos" Rol 4083-2001, 28 de Febrero del 2003

los contribuyentes, el tribunal razona de la que siguiente forma en referencia a un gasto rechazado sobre un contrato de depósito: *“La elusión, de contrario, no consiste en la elección lícita dentro de determinadas opciones que el propio legislador tributario entrega, sino que en el comportamiento del obligado tributario consistente en evitar el presupuesto de cualquier obligación tributaria, o en disminuir la carga tributaria a través de un medio jurídicamente anómalo, infringiendo de manera indirecta las disposiciones legales aplicables, bajo una apariencia de juridicidad. En este estado de cosas, resulta que la elusión tributaria, evita el impuesto que, por la vía usual del desarrollo de la actividad, le habría correspondido, objetivo para el que utiliza formas jurídicas inusuales o anómalas”*²⁶

La sentencia concluye, en este sentido: *“En efecto, no resulta cuestionable, en una primera aproximación, que la contribuyente pacte depósitos convenidos con sus trabajadores, generando de esta forma gastos aceptados. Sin embargo, tales actuaciones sí resultan cuestionables a la luz del inusual contexto que rodea tal otorgamiento, si bien pactado por escrito, efectuado únicamente a una trabajadora vinculada por lazos familiares con los propietarios de su empleadora y por un elevado monto, que de haberse pagado de una forma corriente habría significado probablemente el devengamiento de impuesto global complementario o de segunda categoría para el receptor, además de un posible impuesto de primera categoría para la empleadora por la naturaleza de la prestación, lo que ha significado el ahorro de una importante cantidad de dinero en tributos. De esta manera, las actividades, en principio lícitas, tuvieron un fin ilícito, cual es el dotar a los pagos efectuados de un contexto que impidiese su normal tributación, generando una merma en las arcas fiscales que, en este caso, dadas las apariencias que se usaron para encubrir la operación, no resulta admisible”*²⁷.

De lo siguiente podemos determinar que aun cuando el máximo tribunal del país ha sido conteste por un periodo de tiempo en que la elusión tributaria es legal, dicho concepto y apreciación han ido evolucionando con el tiempo de forma radical. El principal cambio lo observamos con la inclusión de los conceptos de abuso y de simulación insertados con la Reforma Tributaria del año 2015.

Al encontrarnos en una zona tan discutida en la doctrina nacional e internacional, a juicio personal y en base a lo establecido en la tesis de Magister de Roberto Schultz Figueroa²⁸, se entenderá que la

²⁶ CS fallo 14 septiembre 2015 “LAURA ROSA MUÑOZ ARAMAYONA CON S.I.I. IX DIRECCION REGIONAL” Rol 31863-2015

²⁷ Ibid. 30.

²⁸ SHULTZ FIGUERO, ROBERT AGUSTO 1997. “Elusión tributaria desde el punto de vista de la legislación extranjera”. Memoria para optar al título de magister en derecho tributario. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho. Pág.

diferencia entre elusión y planificación fiscal va a radicar en el abuso de conductas jurídicas, la simulación y el fraude a la ley.

Un ejemplo clásico de planificación fiscal o economía de opción -que se encuadra en la utilización del marco normativo establecido por las leyes tributarias- es la posibilidad que tiene el dueño de un predio agrícola de optar de forma más conveniente por el régimen tributario al cual suscribirse, pudiendo escoger entre tres opciones, a saber: el régimen general de tributación sobre base de contabilidad completa, el régimen de renta presunta o bien, el régimen opcional del 14 Ter de la LIR. Por tanto, vemos que dentro de estas opciones se puede elegir la más ventajosa que signifique un menor impuesto a la renta. En cambio, estamos frente a una conducta elusiva e ilícita cuando se utilizan formas jurídicas atípicas o fuera de la legislación o se realizan actividades con abuso de derecho o fraude a la ley antes del nacimiento de la obligación tributaria.

La doctrina internacional ha llamado a la conducta elusiva antes descrita como planificación fiscal abusiva o agresiva o abuso. En consonancia con lo anterior, en el marco de este trabajo se usarán indistintamente los conceptos de abuso, elusión fiscal, planificación fiscal abusiva o evasión para referirnos al fenómeno ilegal de tratamiento inapropiado de las ventajas fiscales establecidas en los CDI.

Este también es uno de los objetivos principales que persiguen nuestros Convenios de Doble tributación. Tienen como finalidad no sólo evitar la doble imposición, sino que también terminar con la evasión fiscal internacional, lo que se ve graficado en los títulos que llevan nuestros Convenios, a saber: "Convenios para Evitar la Doble Tributación y para prevenir la evasión fiscal en relación a los impuestos a la renta y al patrimonio".

1.5. Abuso de los Convenios de Doble Tributación:

El problema de doble tributación comenzó a resolverse gracias a un marco regulatorio compuesto por los CDI y las leyes internas de cada país. Es así como se estableció un marco tributario beneficioso para los contribuyentes que realizan negocios con terceros países, estableciendo un mecanismo (método del gasto o del crédito) que no le signifique pagar impuestos mayores totales por las rentas que provengan de uno de estos países. Esto produjo que tanto la inversión extranjera provenientes

de alguno de estos países, como la propia se viera incentivada, generando efectos positivos en la economía. Sin embargo, esta red de CDI permitió a su vez que se produjese una situación conflictiva inesperada, la que dice relación con la implementación de una vía de abuso indiscriminado de los Convenios por contribuyentes que no eran beneficiarios directos del CDI, mediante la utilización de sociedades o empresas instrumentales o fraudulentas por las que obtenían ventajas tributarias. Este actuar abusivo fue posible por la existencia de un marco normativo extenso y diverso a nivel mundial, el que contiene distintos regímenes regulatorios, los que no son coherentes entre sí.

Estos vacíos e incoherencias normativas han dado lugar para que las distintas empresas y multinacionales realicen planificaciones tributarias a gran escala, aprovechando los distintos beneficios fiscales incorporados por los CDI y las normativas internas de los países. A su vez, *"(...) esto ha motivado una cierta preocupación entre los ciudadanos, que han visto que las empresas pagan menos impuestos que las personas físicas de los contribuyentes. Esta situación se ha visto intensificada por los momentos de crisis económica que padecemos."*²⁹.

Son varios los autores que han desarrollado el concepto de abuso a los CDI, entre ellos, Van Weeghl, quien lo ha definido como aquellas *"Situaciones en las que el contribuyente tiene la única intención de evitar el impuesto en uno o ambos Estados contratantes y dicha conducta desafía las expectativas fundamentales y objetivos comunes de ambos Estados y por lo tanto, el propósito del tratado en un sentido amplio"*³⁰. En definitiva, él sostiene que se entiende por abuso de un CDI, el uso de un tratado en contra del objetivo y espíritu de los Estados contratantes, con el único fin de reducir o eliminar la tributación.

Por otra parte, la profesora Isabel Chiri define el abuso de los CDI aludiendo a una descripción histórica del concepto, ella plantea que el *"abuso de los Convenios, asociado a este tipo de artículos, es conocido en la doctrina como 'Treaty shopping'. El origen de este concepto se asocia a los Estados Unidos y al término 'forum shopping' que en dicho país era usado para describir la situación en el proceso civil, de acuerdo con la cual, un litigante trataba de 'comprar' la jurisdicción en la que se esperaba recibir un tratamiento más favorable. Aplicando la analogía, entre 1977 y 1981, David Rosenbloom, Asesor de Tributación Internacional en el Departamento de Tesoro de los Estados Unidos, usó el término 'treaty shopping' para describir la práctica de algunos inversores para hacer uso de un Convenio con miras a evitar la doble tributación, a través de la constitución de una entidad*

²⁹ FERNANDO SERRANO, *"El informe sobre erosión de las bases imponibles y traslación de los beneficios de la OCDE: origen e implementación de un marco internacional y globalizado"*. 2014 Revista de Derecho PUCP N°27, Pág. 46.

³⁰ STEF VAN WEEGHEL. *"The Improper Use of Tax Treaties"*. Kungler, 1998. Pág. 97.

en el Estado que tuviera un tratamiento más favorable con el Estado de la fuente, es decir, el Estado donde el inversor localiza la renta”³¹.

Los juristas Natalia Acosta, Guillermo Nieves y Leonardo Burrezone definen el concepto de abuso en los CDI como *“aquellas conductas que, aprovechando las disposiciones que surgen de un CDI, logran aliviar o eliminar la carga impositiva por medio de la creación de circunstancias que entren en colisión con el espíritu y los objetivos perseguidos por los Estados al firmar el referido CDI.”*³²

Por su parte, el Proyecto BEPS a cargo de la OCDE ha definido el abuso de un Convenio en su denominada “Acción Seis” como: *“Los contribuyentes que incurren en prácticas constitutivas de treaty shopping u otras estrategias encaminadas al uso abusivo de los Convenios fiscales miran la soberanía tributaria de los Estados afectados al reclamar indebidamente las ventajas derivadas de la aplicación de un Convenio en circunstancias en las que estas no resultan aplicables, lo que enfrenta a los países en cuestión a la consiguiente pérdida de ingresos fiscales o de recaudación tributaria.”*³³

El profesor Fernando Serrano Antón³⁴ ha identificado cuatro causas principales que incentivan a los contribuyentes a obtener ventajas fiscales indebidas, en base a los CDI, a saber:

- a) La interconexión económica internacional, la que ha sido un factor preponderante para que las actividades de un solo contribuyente afecten a jurisdicciones distintas y tener distintos instrumentos para poder ejercer su actividad en la forma más conveniente en términos fiscales;
- b) La libertad de circulación de capitales y activos en el mercado internacional, ayuda a que los contribuyentes realicen planificaciones fiscales abusivas utilizando sociedades instrumentales;
- c) La facilidad y sencillez de los trámites de constitución y mantención de sociedades o personas jurídicas en distintos países, ha generado la posibilidad de crear sociedades instrumentales.;
- d) La existencia de competencia entre países por establecer y entregar condiciones fiscales más favorables a los contribuyentes, para atraer así IED (ejemplo de estos países son Holanda, Luxemburgo, Suiza, etc.).

Las conductas dirigidas a la obtención de ventajas fiscales mediante modelos artificiosos o conductas

³¹ CHIRI GUTIÉRREZ, Isabel. *“La doble imposición y los convenios tributarios. Una especial referencia a los convenios de Panamá”*. Dirección de estudios tributarios, 2012. Pág. 20.

³² NATALIA ACOSTA, GUILLERMO NIEVES Y LEONARDO BUREZZONE. *“El abuso en los convenios: Modalidades y formas de evitarlo desde la perspectiva uruguaya.”*. Pág 2.

³³ Proyecto OCDE/G20 sobre la erosión de la base imponible y traslado de beneficios, Informe final 2015. Pág. 25.

³⁴ *Ibid.* 5 pág. 51.

fraudulentas de parte los contribuyentes han sido clasificadas por la doctrina en dos tipos de conductas: el *treaty shopping* y el *rule shopping*. Es importante comprender las diferencias entre estas dos actividades debido a que cambian las formas para combatirlos.

1.5.1 Treaty Shopping.

El *treaty shopping* es concebido por el profesor Félix Vega Borrego como: *“La reducción de la tributación en la fuente se articula a través de un CDI. Se busca del Convenio que autorice al Estado de la fuente el menor gravamen posible. El Convenio elegido no es aplicable en principio, pero se realizan una serie de operaciones para acceder al ámbito de aplicación del CDI”*³⁵. En consecuencia, el contribuyente va a realizar una serie de actividades para encontrarse dentro del ámbito subjetivo del Convenio y, por tanto, va a poder beneficiarse de las tasas y reducciones impositivas.

Los contribuyentes utilizan medidas fraudulentas para poder beneficiarse de las condiciones favorables de los CDI, buscando cumplir con las exigencias subjetivas y objetivas establecidas en los Convenios. Es muy común la utilización de construcciones jurídicas artificiales con la finalidad de aprovechar las condiciones favorables de las normativas internas y las desgravaciones impositivas de los CDI.

Es importante realzar que la inactividad gubernamental en relación a tratar de disminuir la doble tributación o eliminarla, fomenta la planificación tributaria, la que puede llegar a tener un carácter abusivo. La suma de los tributos obliga a los contribuyentes al pago de una alta tasa impositiva, mermándose significativamente los beneficios de las utilidades generadas por los negocios transfronterizos. Esto lleva a que busquen asesorías tributarias cuestionables con la intención de preservar efectivamente las utilidades generadas.

El principal efecto del *treaty shopping* es sostenido de forma clara por el profesor Pistone, quien lo explica de la siguiente forma: *“(…) la característica abusiva del treaty shopping se encuentra en la utilización de un sujeto en situación de interpósita persona y en la relación triangular que se instaura entre la interpósita y el sujeto que debe pagar la renta, que a su vez reside en otro país (Estado de la Fuente). De este modo, el interpósito sujeto logra gozar de los beneficios de los Convenios bilaterales en materia fiscal entre el Estado del interpósito y el de la fuente de la renta, lo que puede traducirse*

³⁵ VEGA BORREGO, FÉLIX ALBERTO. “Medidas antiabuso y convenios de doble imposición”. Instituto Estudios Económicos, Capítulo 13. Pág. 20.

*en un mejor régimen convencional de retención en fuente, respecto del aplicable entre el Estado de aquel que ha interpuesto dicho sujeto y el Estado de la fuente*³⁶.

El académico peruano Michael Zavaleta dictamina cuatro elementos característicos del treaty shopping:

"a) Búsqueda planeada del mejor Convenio, buscando un resultado fiscalmente más favorable para la operación;

b) Una persona que planea (el beneficiario real o efectivo) no debe ser residente de los países de la convención escogida;

c) La interposición de una persona (jurídica o física) debe ser calificable como residente en el país signatario del Convenio seleccionado, distinto al país de la fuente del rendimiento;

d) Alejamiento del régimen aplicable del país de la fuente mediante el uso privilegiado del Convenio escogido."³⁷

El Modelo de Convenio de la OCDE en los Comentarios del artículo primero, al momento de definir concepto de *treaty shopping*, señala algunos ejemplos: *"Una persona (residente o no de un Estado contratante) actúa a través de una entidad jurídica constituida en un Estado fundamentalmente para conseguir los beneficios de Convenios que no podría obtener directamente. Otro caso sería el de una persona física que tuviera en un Estado contratante su vivienda permanente y todos sus intereses económicos, incluyendo una participación sustantiva en una sociedad de ese Estado y que, principalmente con vistas a vender acciones y evitar el gravamen de ese Estado respecto de las ganancias de capital derivadas de la enajenación, trasladase su vivienda permanente al otro Estado contratante donde dichas ganancias se someten a un gravamen reducido o nulo."*³⁸ Estos son claros casos en que contribuyentes se ven atraídos por las condiciones favorables de un estado determinado y realizan actuaciones ilícitas o constituciones fraudulentas, para poder optar y utilizar los beneficios del CDI.

³⁶ PISTONE, Pasquale. *El Abuso de los Convenios Internacionales en Materia Fiscal*. En: Curso de Derecho Tributario Internacional, Temis, Bogotá, 2003, pág. 122.

³⁷ Ibid. 37. Pág. 744.

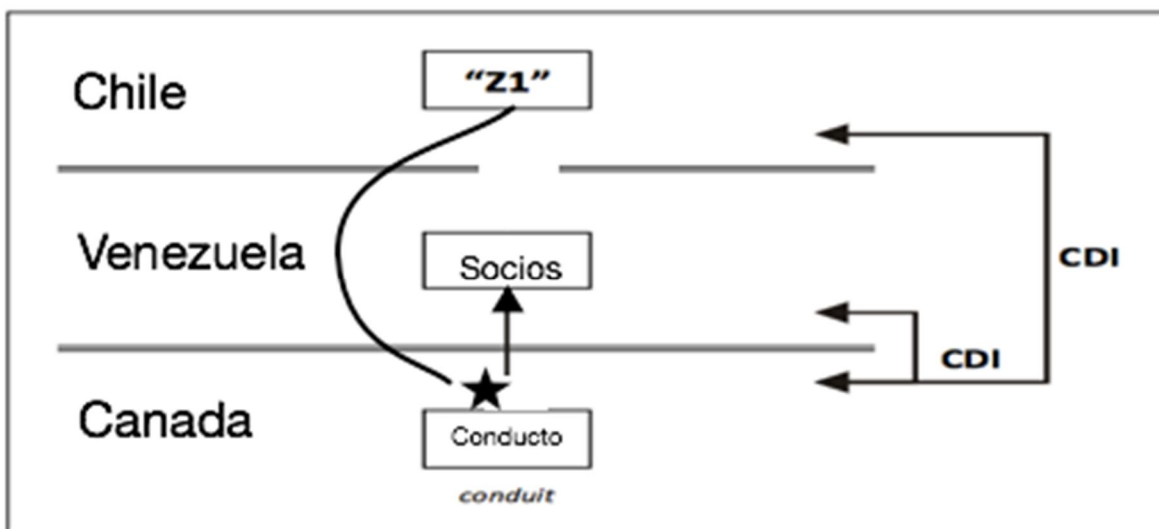
³⁸ Comité de asuntos fiscales OCDE, *"Modelo de Convenio tributario sobre la renta y el patrimonio"*, 2010. Pág.61.

Para comprender de forma más gráfica el concepto de *treaty shopping* se recurrirá a una ejemplificación ficticia (cuadro 1 y 2). Cabe mencionar que en este ejemplo no se hará referencia a las leyes locales (ni chilenas ni venezolanas) que evitan la doble tributación, sino que sólo se hará referencia al efecto producido por la existencia o no de un CDI. Una sociedad (Z1) constituida en Chile por accionistas venezolanos (socios) realiza una distribución de dividendos en Chile, y los socios tienen la intención apropiarse de las rentas obtenidas en Chile y hacerlas llegar a Venezuela. Esta operación, que se observa en el cuadro primero, se vería afecta a los siguientes impuestos locales: en primer lugar, el reparto de dividendos debería pagar impuesto de primera categoría en Chile, del 25% si se paga al momento de percibir las ganancias o de un 27% al realizar los retiros correspondientes (dependiendo del régimen tributario al que se haya acogido, renta atribuida en el primer caso, o renta parcialmente integrada en el segundo). En segundo lugar, los socios que se encuentran afectos a un impuesto adicional en Chile equivalente al 35%, van a pagar el diferencial de aquello pagado por la empresa como primera categoría. Luego, al llevar los capitales a Venezuela van a tener que tributar como personas naturales en dicho país pagando un impuesto variable sobre los ingresos que va desde el 6% al 35%. Por tanto, los socios verían que sus utilidades generadas por los dividendos se encontrarían afectas a un impuesto variable desde el 41% al 70% entre la tributación chilena y venezolana. Sin embargo, para evitar esta tributación que no es beneficiosa para los contribuyentes, deciden establecer una residencia en Canadá (conducto). País que tiene CDI vigentes tanto con Chile como con Venezuela, pudiendo de este modo acceder a tasas reducidas al ingresar las rentas obtenidas por la repartición de dividendos.

A) Cuadro 1: Fenómeno de la Doble Tributación.



a) Cuadro2: Fenómeno de Treaty Shopping



Las condiciones antes explicadas han generado pérdidas fiscales importantes a nivel gubernamental. Esto ha puesto una señal de alerta y ha producido un descontento globalizado de los gobiernos y organismos internacionales, los que han decidido crear una serie de medidas antiabuso, tanto en la legislación interna, como en los distintos CDI suscritos, con la intención de limitar la elusión tributaria.

1.5.2 El rule shopping

Esta segunda forma de elusión fiscal internacional se diferencia del treaty shopping en que no tiene relación con el ámbito subjetivo de aplicación del Convenio, sino que se preocupa de la calificación de la renta en el país fuente con la intención de tributar menos o simplemente no tributar. Es conocido por la doctrina como abuso objetivo y pretende disfrazar una renta determinada, por otra de menor gravamen o que se encuentra excluida de tributación.

En estos casos encontramos que los individuos, empresas o establecimientos permanentes son reales beneficiarios del Convenio en cuestión. No obstante, realizan distintas maniobras fraudulentas con la intención de confundir las rentas obtenidas con otras de diversa naturaleza que tributan con una menor tasa o que no se encuentran gravadas en un CDI o Estado determinado.

El *Dividend Stripping* es una forma clásica de *rule shopping*. Consiste en aprovechar la diferencia de trato que tienen los dividendos y las ganancias de capital en los CDI. La mayoría de los CDI siguiendo los Modelos OCDE, establecen una imposición a los dividendos tanto en el país fuente de la renta como en el de residencia del contribuyente. En las ganancias de capital, en cambio, usualmente se otorga la tributación de manera exclusiva al país de residencia del contribuyente. Por tanto, lo que se

realiza son operaciones en la que se vende participación con un pacto de recompra, el que se realiza al momento en que la entidad procede a distribuir beneficios. Lo anterior, con el objetivo de no tributar en el país de fuente, escondiendo un retiro de dividendos con una ganancia de capital.

Es importante aclarar que tanto *rule shopping* como *treaty shopping* son medidas de planificación fiscal abusivas utilizadas por distintos sujetos de derecho con la intención de defraudar al fisco. Ambas pueden ser utilizadas por separado o en planificaciones complejas con combinación de ambos escenarios.

1.6. Efectos fiscales de los CDI y la política fiscalizadora.

La teoría económica explicada al inicio de esta memoria nos hacía llegar a la conclusión que un amplio marco de CDI producía una disminución en la recaudación fiscal. Sin embargo, traía consigo una serie de externalidades positivas producidas por el alza en la IED, lo que llevaba a crecimiento económico, prosperidad y empleabilidad a los distintos países.

Chile ha sido un país que ha suscrito gran cantidad de CDI en relación a otros países de América Latina, efecto de la política neoliberal y capitalista imperante de los últimos treinta años. La mayoría de los defensores del capitalismo sugerían que la amplia gama de CDI se traduciría en un aumento exponencial de la IED y esto a su vez, traería consigo (o tendría como consecuencia) un aumento en las recaudaciones fiscales.

Este análisis económico ha sido sumamente criticado por varios académicos, quienes señalan que los CDI son sumamente perjudiciales para la política fiscal de algunos Estados. En razón que los Estados no han realizado un trabajo serio y dedicado en el proceso de negociación, aprobación y puesta en marcha de los distintos CDI. Al redactar los CDI no se ha realizado un análisis económico real de los efectos macroeconómicos y microeconómicos que producirán en el futuro las distintas cláusulas del Convenio.

El profesor Cristián Gárate³⁹ intenta explicar con tres argumentos por qué la administración fiscal chilena cometería “errores no forzados” con respecto a la política fiscal internacional, específicamente en la suscripción de CDI. Resumidamente señala lo siguiente:

- a) Falta de experiencia de la Administración Tributaria chilena respecto a temas de tributación internacional, especialmente en el proceso de negociación. Durante éste, el SII no habría observado ni estipulado grandes cambios en los CDI, ni habría negociado los acuerdos en base a las realidades económicas de los países suscriptores.
- b) Responsabilidad en el diseño y negociación política de los CDI, los que serían realizados sin un análisis pormenorizado de las leyes tributarias domésticas de ambos países.
- c) Escasa experiencia de la Administración tributaria en la fiscalización de operaciones de tributación internacional, específicamente en la aplicación de los beneficios de los CDI. Por la complejidad de las operaciones, el SII se habría visto sobrepasado en algunos frentes para combatir de forma efectiva la elusión y evasión internacional.

Respecto a este mismo análisis, el Profesor Gárate profundiza sobre cuáles son las pérdidas económicas que habría experimentado el fisco debido a los CDI. Para ello, envió una consulta al Servicio de Impuestos Internos, con la solicitud de conocer las pérdidas fiscales anuales derivadas de los CDI firmados y suscritos por Chile, en relación a intereses.⁴⁰ Además, el académico realizó una tabla de impacto agregado de los CDI en Chile en su “primera etapa” de funcionamiento. Fue obtenida en base a los datos de dirección de presupuesto, en la que se aprecia una pérdida de varios millones de dólares de recaudación fiscal, la que reproducimos a continuación:

³⁹ GÁRATE CRISTIÁN, “Reflexiones sobre el modelo chileno de política fiscal internacional”. Crónica Tributaria NUM 147/2013 Pág. 92 y 93.

⁴⁰ Supra. Respuesta Derivada al Servicio de Impuestos Internos, Subdirección Jurídica: «Que en relación a la pregunta 8 del considerando 5o, se hace entrega de planilla Excel (Hoja de Trabajo: Pto. 8), con la estimación de pérdida fiscal anual, correspondiente a intereses cuando la tasa baja del 10%, solo para los países que se detallan en la tabla adjunta.

Descripción	Pérdida Fiscal Anual (\$)
España	209.060.869
Canadá	198.507.472
Corea del Sur	2.661.810
Dinamarca	228.171
Francia	22.095.842
Irlanda	237.345
México	24.368.045
Noruega	9.894.583
Reino Unido	88.268.473
Suecia	5.565.987
Nueva Zelanda	2.126.638

Tabla Impacto Agregado CDI Chile

Boletín n°	CDI	Moneda Año	Impacto del CDI "En una Primera Etapa"	
			En pesos chilenos (CLP) Millones anuales	En Dólares (USD) Miles anuales
	Chile	-		
	Argentina	-	Sin impacto sobre ingresos fiscales.	
6453-10	Chile - Bélgica	2010		1,041
3028-10	Chile - Brasil	2002	220	
2303-10	Chile - Canadá			
6451-10	Chile - Colombia	2010		1,180
3121-10	Chile - Corea	2002	23	
3724-10	Chile - Croacia		Sin impacto sobre las finanzas públicas.	
3725-10	Chile - Dinamarca	2004	14,9	
3013-10	Chile - Ecuador	2002	1	
3439-10	Chile - España	2003	8,870	
3906-10	Chile - Francia	2005	2,487	
5614-10	Chile - Irlanda	2008	270,9	543
5610-10	Chile - Malasia (37)			
2302-10	Chile - México			
3027-10	Chile - Noruega	2002	193	
3973-10	Chile - Nueva Zelandia	2005	294	
1289-10	Chile - Paraguay	2008	1,7	3
3086-10	Chile - Perú	2002	18	
3029-10	Chile - Polonia	2010	Sin impacto en las finanzas públicas	
5613-10	Chile - Portugal	2008	9,2	18
3723-10	Chile - Reino Unido	2004	4,903,6	
5611-10	Chile - Rusia (38)			
3905-10	Chile - Suecia	2005	718	
6452-10	Chile - Suiza	2010		8,949
6450-10	Chile - Tailandia	2010		1

Fuente: Datos compilados Dirección de Presupuestos (Dipres).

41

La pregunta que debe ser contestada a continuación sería: **¿Es mayor el beneficio fiscal que produce la IED en nuestro país, debido a los beneficios insertados por los Convenios, o es mayor la pérdida fiscal que se produce debido a las bajas tasas de los CDI?**

La cuestión planteada no es de fácil resolución y menos el establecimiento de una regla general para todos los CDI suscritos por Chile. Pero hay que destacar dos conclusiones que son sumamente importantes de la política fiscal chilena.

En primer lugar, debemos analizar pormenorizadamente el rol de la administración en las distintas etapas del CDI. Dichas etapas pueden ser divididas principalmente en tres, a saber, negociación externa, aprobación interna y fiscalización por parte de la administración.

⁴¹ *Ibíd.* 27, Pág. 101.

Podríamos ver que, en materia de tributación internacional, el SII no ha realizado un trabajo de normativa y planes de fiscalización similares a aquellos planteados en materia de tributación nacional, en los cuales se observa una mayor cobertura y densidad normativa.

La segunda etapa, se centra en el rol del Ministerio de Hacienda y del Congreso Nacional. En efecto, creemos que ambas instituciones no se han ocupado en analizar suficientemente las consecuencias específicas que soportará la economía chilena con la suscripción de un CDI. Aunque analizan las pérdidas fiscales comparativas con otros países, no se centran en las condiciones específicas del CDI a suscribir.⁴²

El último eslabón o tercera etapa en este proceso lo cumple el SII al momento de fiscalizar el cumplimiento de las condiciones de los CDI. Situación que es casi inexistente por la nula jurisprudencia nacional del SII sobre Treaty y Rule Shopping, y las pocas circulares emitidas por el SII con respecto a ámbitos de elusión o abuso en tributación internacional, situación que se ha visto cambiada luego de la última reforma tributaria, la que ha impulsado más normativas y regulación en el ámbito de tributación internacional. Al momento de la memoria, no se tienen conocimiento investigaciones importantes en materia de doble tributación, cabe mencionar que luego de la reforma tributaria, el SII ha tenido un rol más activo en materia de legislación y normativa administrativa que regula la tributación internacional.

En segundo lugar, se debe concluir que si bien Chile es un país económicamente abierto y que los CDI en estudio inciden favorablemente en la economía, se estima que la administración debiera ser más rigurosa al instaurar beneficios y al momento de establecer cláusulas antiabuso. Por este motivo, este trabajo tiene como una de sus principales funciones realizar un análisis de las distintas cláusulas antiabuso contenidas en los CDI chilenos y formular recomendaciones que puedan ser consideradas en las futuras suscripciones.

Cabe señalar que esta amplia red de Convenios, nos ha ayudado de forma sustancial como país a estar dentro de los estándares internacionales de la OCDE y a ser un país reconocido en el exterior para invertir capitales. Por eso, aunque pueda tener algunas consecuencias negativas, estamos

⁴² Se puede observar en las distintas actas de sesión del Congreso Nacional y en los Mensajes del Ministerio de Hacienda.

convencidos que la red que Chile ha creado, ha contribuido día a día a aumentar la inversión extranjera.

1.7. Marco Antiabuso, en los CDI:

Los distintos países comenzaron a tener problemas de recaudación fiscal debido a la existencia de planificaciones fiscales agresivas, que contemplaban las figuras de *rule shopping* y *treaty shopping*. Esto produjo que tanto los distintos organismos internacionales como las instituciones internas de los países comenzaran a crear una serie de propuestas y proyectos para fortalecer la normativa interna e incluirlos en los CDI firmados o por firmar, con el objetivo de terminar con el abuso. Es importante hacer presente que el marco regulatorio antiabuso se debe establecer con una legislación nacional uniforme y con cláusulas insertadas en los CDI, que sean concordantes con las legislaciones nacionales.

Luego de desarrollar las razones de creación de los CDI, sus efectos en las políticas fiscales y las principales vías de abuso o uso indebido de los CDI, debemos realizar un análisis pormenorizado de los esfuerzos efectuados por distintas entidades internacionales en busca de establecer regulaciones que tengan por finalidad la creación de CDI que adicionalmente no permitan el abuso. Por tanto, analizaremos los dos modelos de CDI más destacados y completos según la opinión de la doctrina internacional, a saber, el Modelo de la ONU y de la OCDE⁴³. Ambos recomiendan la utilización de distintas cláusulas antiabuso en los CDI, generando un marco anti elusivo.

El proceso elaborado por las distintas instituciones ha servido, además, como un medio para suscitar conciencia en las distintas legislaciones en relación a la importancia de normar y generar políticas en contra de las planificaciones fiscales agresivas. Es importante tener en claro que un marco antiabuso en los CDI debe ser armónico con la normativa nacional, de modo de articular un marco general y efectivo.

El Modelo Convenio de la OCDE en los "Comentarios"⁴⁴ al artículo primero, establece parámetros mínimos que los Estados deben considerar al establecer medidas antiabuso en un CDI, a saber,

⁴³ Para este trabajo se utilizaron los Modelos OCDE del año 2010 y 2014 y el Modelo ONU de los años 2011 y 2015.

⁴⁴ El Modelo de Convenio de la OCDE señala una serie de Comentarios a cada uno de los artículos regulados, con la intención que los distintos países puedan ajustar sus normativas y comprender las finalidades de las normas reguladas, para poder aplicar cada regla a las realidades legislativas de cada Estado. Son ejemplos de algunos Comentarios los siguientes: "Comentario 1: Relativo a el ámbito subjetivo del Convenio"; "Comentario 2: Relativo a los impuestos comprendidos en el Convenio"; "Comentario 3: Relativo a las definiciones generales",

- “1. El hecho de que estas disposiciones no sean mutuamente excluyentes y que puedan ser necesarias varias de ellas para hacer frente a diferentes problemas;*
- 2. La medida en que una empresa pueda beneficiarse efectivamente de beneficios fiscales recurriendo a una determinada estrategia de elusión;*
- 3. El contexto legal de ambos Estados contratantes y, en particular, la medida en que la legislación nacional ofrezca ya una respuesta apropiada para la estrategia de elusión; y*
- 4. La medida en que otras actividades económicas de buena fe puedan verse afectadas por estas disposiciones, sin que exista motivo para ello.”⁴⁵*

Es importante aclarar que hay otros criterios que debe analizar un país al establecer una medida antiabuso en un CDI, pero es relevante -como criterio mínimo- el que tengan estas exigencias como un pilar para poder crear un marco regulatorio básico que no afecte a otros contribuyentes que de buena fe cumplen con las exigencias establecidas por la ley. Es decir, se debe cautelar en no afectar o excluir de los beneficios del CDI a contribuyentes que no incurren en figuras abusivas.

1.8. Marco Antiabuso OCDE: “Concepto de Residente y las nuevas cláusulas insertadas en el Modelo Convenio de la OCDE”

Dentro del marco antiabuso creado por los distintos organismos internacionales debemos considerar los Modelos de Convenio de la OCDE y sus Comentarios los que, a su vez, generan una serie de reglas de “soft law”⁴⁶ que en la práctica son insertadas como cláusulas limitativas de utilización de los beneficios de los distintos CDI.

En este trabajo nos centraremos principalmente en aquellas cláusulas insertadas en el Modelo y en los “Comentarios” al artículo primero, en donde se establece quiénes son los beneficiarios de los CDI y las principales formas de evitar las planificaciones abusivas de aquellos que no son beneficiarios del CDI. El Modelo entregó importantes herramientas para que los países establezcan un marco antiabuso, tanto en la normativa interna, como en los CDI suscritos con otros países.

1.8.1 Las medidas contra el Treaty Shopping y Rule Shopping

etc. El propósito de los Comentarios es poder abarcar todas las posibles dudas o cuestionamientos de los distintos Estados al momento de elegir la normativa aplicable o la redacción específica de cada CDI.

⁴⁵ Ibid. Nota 40, Pág. 63. Revisar referencia a Nota 8 en esta nota y en las siguientes.

⁴⁶ “Serie de actos que no son legalmente vinculantes, pero que en la práctica se les atribuye una fuerza moral importante para representar la voluntad política de los Estados miembros”.

La principal preocupación del ámbito subjetivo de aplicación del CDI es determinar a los beneficiarios del Convenio, en términos prácticos, limitar o restringir de forma efectiva aquellos contribuyentes que son beneficiados de las tasas reducidas y exclusiones tributarias de los Convenios. En relación directa con el objetivo antes planteado, el artículo primero del Convenio de la OCDE se refiere al ámbito subjetivo de aplicación de los Convenios bilaterales, éste señala: *"El presente Convenio se aplica a las personas residentes de uno o de ambos Estados contratantes"*⁴⁷. Por tanto, encontramos dos requisitos básicos para ser beneficiario, a saber, ser persona y ser residente del país suscriptor del CDI. Este artículo tiene especial relevancia pues establece el marco básico de la aplicación subjetiva.

Cabe destacar que las reglas de residencia antes expresadas son complementadas por el artículo 4 del Convenio, en el que se establece que son considerados residentes de un Estado (en una definición amplia): *"toda persona que, en virtud de la legislación de ese Estado, esté sujeta a imposición en el mismo en razón de su domicilio, residencia, sede de dirección o cualquier otro criterio de naturaleza análoga, incluyendo también a ese Estado y a sus subdivisiones políticas o entidades locales. Esta expresión no incluye, sin embargo, a las personas que estén sujetas a imposición en ese Estado exclusivamente por la renta que obtengan de fuentes situadas en el citado Estado o por el patrimonio situado en el mismo..."*⁴⁸. Más adelante agrega: *"Cuando una persona que no sea una persona física sea residente de ambos Estados contratantes, se considerará residente solamente del Estado donde se encuentre su sede de dirección efectiva."*⁴⁹ Debemos comprender que este artículo establece dos requisitos para que un individuo sea considerado un residente. El profesor Vega Borrego establece de forma clara estos dos aspectos: *"En primer lugar, por la extensión de la sujeción en ese Estado (tributación obtenida por renta mundial obtenida) y en segundo lugar, por la naturaleza del criterio utilizado por la legislación del Estado para establecer ese grado de sujeción. En el Modelo OCDE solamente tendrían cabida criterios de carácter material. Por lo tanto, quedan excluidos criterios como la nacionalidad (para las personas físicas) y constitución (para personas jurídicas)"*⁵⁰. Es importante recalcar que no todos los Estados siguen estas normas, un caso clásico es Estados Unidos, país que solamente exige como requisito la nacionalidad, para que una persona tribute bajo renta mundial, sin importar su residencia.

⁴⁷ Ibid. 8, Pág.22.

⁴⁸ Ibid. 8, Pág. 24.

⁴⁹ Ibid. 8, Pág. 24.

⁵⁰ Ibid. 22, Pág. 409.

Por lo tanto, este amplio margen para establecer la residencia produce una ventaja sencilla para personas naturales y jurídicas al adaptarse a los requisitos legales, lo que les permite ser beneficiarios de las desgravaciones impositivas de los CDI. En razón de esto, los países sufrieron importantes pérdidas fiscales, debido a las planificaciones abusivas.

Luego, debido al fenómeno antes explicado, el Modelo Convenio OCDE comenzó a tomar nuevas formas de limitar el *"Treaty Shopping"* o abuso de los tratados. A partir de lo anterior, se establecieron una serie de exigencias que se deben cumplir las "personas" para ser beneficiarios del CDI. Ya no es suficiente ser meramente residente, sino que también se debe cumplir con una serie de requisitos para disfrutar de los beneficios del CDI, un ejemplo de ello son las condiciones de beneficiario efectivo en dividendos, cánones e intereses o la de cumplir con el test objetivo de la cláusula de limitación de beneficios, para poder disfrutar de las reducciones de tasas de los Convenios. Los Comentarios de los distintos modelos realizaron importantes catálogos de reglas antiabuso en materia subjetiva, con la intención de otorgar opciones para que los países adopten aquellas cláusulas que estimen más adecuadas.

En el caso del Rule Shopping también tenemos una serie de reglas que se preocupan de catalogar de forma correcta la naturaleza de las distintas rentas y con eso dificultar por esta vía que se realicen planificaciones para aprovechar el CDI. Las principales reglas se presentan en inmuebles, ganancias de capital, artistas y deportistas, entre otras.

1.9 BEPS: Acción Seis: "Preventing the granting of treaty benefits in inappropriate circumstances"⁵¹

La OCDE es una entidad internacional preocupada de los efectos económicos negativos de los CDI, en especial del abuso y de las bajas tasas de imposición de grandes contribuyentes. Por lo mismo, estableció un nuevo proyecto el año 2014 llamado BEPS⁵² (Acción contra la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios). En dicho proyecto participaron de forma conjunta la OCDE y el denominado G20, con el fin de generar un marco de soluciones globales para combatir la elusión y evasión fiscal a nivel internacional. Se rescata de los objetivos del proyecto la intención de elevar los

⁵¹ "Prevenir la concesión de los beneficios del Convenio en circunstancias inapropiadas", OCDE, 14 marzo 2014 – 9 de abril 2014. Informe desarrollado por la OCDE con el objetivo de prevenir la elusión y evasión internacional.

estándares mínimos de tributación de sociedades internacionales. Esta medida es un intento por mitigar el principal factor de erosión de la base imponible y el traslado de beneficios sin tributar o que tributen por una base imponible menor a la que corresponde. Esto surge como consecuencia de los resquicios, lagunas o fricciones de la normativa interna de los países que fueron diseñadas dentro de su entorno de soberanía nacional, sin considerar las situaciones de tributación internacional de un mundo globalizado.

Un problema identificado por la OCDE dentro del trabajo BEPS, dice relación con la imposibilidad de los CDI de regular de manera eficiente la relación de tres o más países en relaciones comerciales, especialmente en los casos de creación artificiosa de “sociedades instrumentales”, que tienen poca justificación económica, más allá de aprovechar las ventajas tributarias de un CDI.

El trabajo BEPS generó una serie de conclusiones, las que se plasmaron en “acciones” o medidas que deben ser implementadas por los distintos países miembros de la OCDE en un periodo de dos años. Las acciones que abarcan los distintos preceptos de los Convenios tienen como objetivo limitar los problemas de erosión de la base imponible y traslados de beneficios. Dentro del marco de este trabajo, es de especial interés la “Acción Seis”, debido a que hace referencia al uso indebido de los Convenios de Doble tributación, contempla una serie de soluciones posibles y cláusulas antiabuso, en razón de prevenir la creación de “sociedades instrumentales” u otras maniobras abusivas de rule o Treaty shopping.

Esta Acción tiene como principal objetivo poder fortalecer los marcos normativos nacionales e internacionales de los distintos países de la OCDE, con el fin de detener el abuso de los Convenios en su aplicación subjetiva. Este trabajo, según la OCDE debe ser aplicado en forma complementaria a aquello establecido en los Comentarios al artículo primero del Modelo OCDE y ONU, el cual establece una serie de reglas y ejemplos de medidas abusivas utilizadas hoy en día.

El esfuerzo que realiza la Acción Seis es lograr definir cuáles son las conductas abusivas en los CDI y en contraposición, las distintas cláusulas antiabuso que limiten estas erosiones de forma más eficiente. Para cumplir con este objetivo el documento realiza un análisis detallado de las principales vías de abuso actuales y sus soluciones posibles. Este impulso ha servido de gran manera para que los países puedan replantearse su normativa interna y modelen de mejor forma la externa, en este caso Chile utilizó BEPS como fuente de referencia para la reforma tributaria del año 2014.

La reforma tributaria del año 2014 insertó una serie de normas en relación a la tributación internacional con el objetivo de confluir con los estándares del Proyecto BEPS. Así en el mensaje presidencial de la Ley 20.780, se indica que: “*constituyen las modificaciones legales para que Chile converja a los estándares contra la elusión y evasión del proyecto ‘BEPS’ (por sus siglas en inglés ‘Base Erosion and Profit Shifting’)*”⁵³. Los principios y regulaciones generadas por la OCDE fueron tomadas como base de la reforma tributaria en la regulación de operaciones internacional.

La regulación y normativa insertada en la Ley 20.780 -que produjo un fortalecimiento del marco antiabuso interno chileno- acogió varios de los principios y recomendaciones del Proyecto BEPS. Entre éstas, destacamos las siguientes: integración a la normativa tributaria de una norma general de anti elusión establecida en el artículo 4 de la Ley de la renta; una norma de control internacional sobre rentas pasivas conocida como CFC rules; modificaciones de normas de residencia fiscal; modificación de las normas sobre deducción de gastos incurridos por empresas o entidades extranjeras; y por último, modificación de las normas de precios de transferencia y exceso de endeudamiento.

Con el objeto de analizar las propuestas realizadas por la Acción Seis del Proyecto BEPS, realizaremos un cuadro resumen con las principales políticas y recomendaciones que utiliza el documento para prevenir el uso indebido de los CDI, de manera que nos pueda servir como marco teórico para las futuras cláusulas que debe insertar Chile.

⁵⁴Recomendación del Convenio para evitar la erosión fiscal internacional	Breve explicación de la recomendación y cómo se debe aplicar a la legislación local y en los CDI.
1. Regla general antiabuso	Lo que se recomienda es establecer una regla de carácter general antiabuso en el CDI, que conviva de forma armónica con la cláusula antiabuso de la legislación nacional. Con la finalidad limitar de forma clara aquellos contribuyentes que utilizan los Convenios de forma maliciosa para verse

⁵³ Mensaje de S.E. el Presidente de la República. Fecha 01 de abril, 2014. Cuenta en Sesión 07. Legislatura 362.

⁵⁴ Las distintas conclusiones fueron extraídas de la acción seis de BEPS y del resumen fiscal de la consultara tributaria Ernest & Jung, con fecha junio 2014.

	<p>beneficiados. La redacción recomendada es la siguiente: <i>“No obstante las demás disposiciones del presente Convenio, no se concederá una prestación en virtud de la presente Convención respecto de una partida de ingresos si es razonable llegar a la conclusión, teniendo en cuenta todos los hechos y circunstancias del caso, que la obtención de ese beneficio fue uno de los propósitos principales de cualquier acuerdo o transacción que originó directa o indirectamente en ese beneficio, a menos que se demuestre que la concesión de dicha prestación en estas circunstancias sería conforme con el objeto y finalidad de las disposiciones pertinentes de esta Convención.”</i>⁵⁵</p>
<p>2. Cláusulas específicas antiabuso: recomienda clausula LOB y de salvedad.</p>	<p>El artículo señala que las cláusulas LOB (Cláusulas de limitación de beneficios)⁵⁶ y de salvedad limitan el abuso de manera ejemplar, debido a que establecen una serie de requisitos taxativos y además son formuladas de forma que los efectos negativos son mínimos. Una de las grandes ventajas es que impone criterios objetivos para limitar a los individuos que pueden aprovecharse de los beneficios del tratado.</p>
<p>3. Motivo del contribuyente</p>	<p>EL esfuerzo que realiza la OCDE se identifica con tratar de cambiar la concepción de subjetividad del abuso, estableciendo criterios objetivos, de las razones o fundamentos del contribuyente para suscribir un determinado contrato. Se puede discriminar aquellos que lo realizan con intenciones únicas de verse beneficiados de la reducción o exención impositiva.</p>
<p>4. Ampliación de los usos</p>	<p>Se considera que puede existir uso indebido del Convenio</p>

⁵⁵ VOGEL, KLAUS. *“Klaus Vogel on Double Taxation Conventions”*. 3ra. Edición, Kluwer Law International, 1997. Págs. 117 y 118 junio 2014.

⁵⁶ Se explica de forma detallada en el capítulo 2 de la memoria, en el acápite 2.4.1.

<p>indebidos en dividendos</p>	<p>cuando un contribuyente incrementa su participación en el capital de una sociedad primordialmente con el objetivo de cumplir con el porcentaje de tenencia accionaria, y así acceder a una tasa más benéfica de acuerdo al Tratado.</p>
<p>5. Políticas administrativas o gubernamentales que se deben tomar en cuenta al firmar un Tratado.</p>	<p>Señala claramente las consideraciones básicas de política fiscal y no fiscal que se deben fijar por un gobierno antes de suscribir un CDI. Además de recalcar varias formas domésticas de eliminar la doble tributación, sin verse expuesto a planificaciones fiscales agresivas.</p>

CAPITULO SEGUNDO: CLÁUSULAS ANTIABUSO EN LOS COMENTARIOS AL ARTÍCULO PRIMERO EN LOS CONVENIOS OCDE, ONU Y RECOMENDACIONES DEL PROYECTO BEPS.

El capítulo anterior se ha referido a los distintos sistemas que contempla la doctrina para poder limitar el abuso de los CDI, en sus distintas formas, tanto rule shopping como Treaty shopping. En este capítulo se va a crear una taxonomía de las posibles cláusulas antiabuso que han sido recomendadas por los distintos organismos internacionales. Lo anterior con la intención de comprender cuáles son las herramientas que podría utilizar un país al momento de negociar un Convenio, en razón de evitar la elusión y evasión tributaria internacional.

Como marco teórico-jurídico de este capítulo, utilizaremos los documentos creados por la OCDE, ONU y el gobierno federal de los Estados Unidos. En el caso de la OCDE, existen varias regulaciones que interesan para el tema en cuestión, en primer lugar, tenemos los Comentarios al artículo primero, en específico el apartado siete, que se titula "Uso Indebido del Convenio" y los Comentarios de los artículos 10, 11,12 y 17 (dividendos, intereses, regalías y tributación de artistas y deportistas, respectivamente). A ello debemos sumar las recomendaciones establecidas en el Proyecto BEPS, con respecto al abuso e uso indebido del Convenio. Por otro lado, con respecto a la ONU, analizaremos los Comentarios al artículo primero del Modelo, que hace una detallada explicación de las formas de evitar el uso indebido del Convenio y la apropiación indebida de los beneficios que se otorgan a sus residentes. Estas dos regulaciones se verán complementadas por algunas reglas establecidas en los Modelos de USA y leyes chilenas.

Los Comentarios no entregan soluciones uniformes a las distintas situaciones de abuso contempladas por los Modelos. Esto, en razón de que cada país al momento de negociar sus cláusulas antiabuso debe verificar las realidades impositivas y económicas de los Estados suscriptores. Sin embargo, estos Comentarios se dan el trabajo de establecer recomendaciones específicas para las distintas vías de abuso y distintos comportamientos de contribuyentes que desarrollan planificaciones abusivas. En la memoria seguiremos la clasificación recomendada por la OCDE, señalando las formas de abuso más comunes y sus posibles vías para limitarla. Se realizará un paralelo en la redacción y estructura de dichas cláusulas de los Modelos OCDE y ONU. Se complementará con las recomendaciones del Proyecto BEPS y el Modelo creado por Estados Unidos.

2.1 Cláusulas contra la utilización de sociedades instrumentales

Para la comprensión de las distintas formas de prevenir el abuso en materia de sociedades instrumentales, debemos entender que nos encontramos frente a planificaciones abusivas del estilo de Treaty Shopping. Estas pueden tomar dos formas básicas, por un lado las “direct conduities”⁵⁷ y por otro, las estrategias de “Stepping Stone Conduities”. Las primeras se caracterizan por la configuración por parte del planificador abusivo de una sociedad en un Estado intermedio, con la intención de eximirse de tributar o tributar de forma reducida, debido a los beneficios del CDI vigente en ese país con los otros Estados o deducciones impositivas en las leyes locales de este tercer país. Se fundamenta en que el contribuyente realiza negocios entre dos países no suscriptores de un CDI, por lo que se ve afectado a una doble imposición. Así las cosas, para evitar dichas contingencias negativas, genera una sucursal o establecimiento en un tercer país que tiene CDI vigentes con los dos Estados en cuestión, para verse beneficiado de las tasas reducidas.⁵⁸

Las segundas, que tienen una planificación más compleja, son las estrategias de “Stepping Stone Conduities”⁵⁹. Este consiste en la utilización de las distintas ventajas tributarias de países determinados, con la finalidad de ir disminuyendo y eliminando la tributación de una determinada renta, compensando los ingresos percibidos por sociedades intermedias con gastos facturados en sociedades residentes.⁶⁰ Con la finalidad de comprender de forma cabal las empresas trampolín antes individualizadas, vamos a citar un caso de laboratorio ideado del profesor peruano Michael Zavaleta Álvarez:

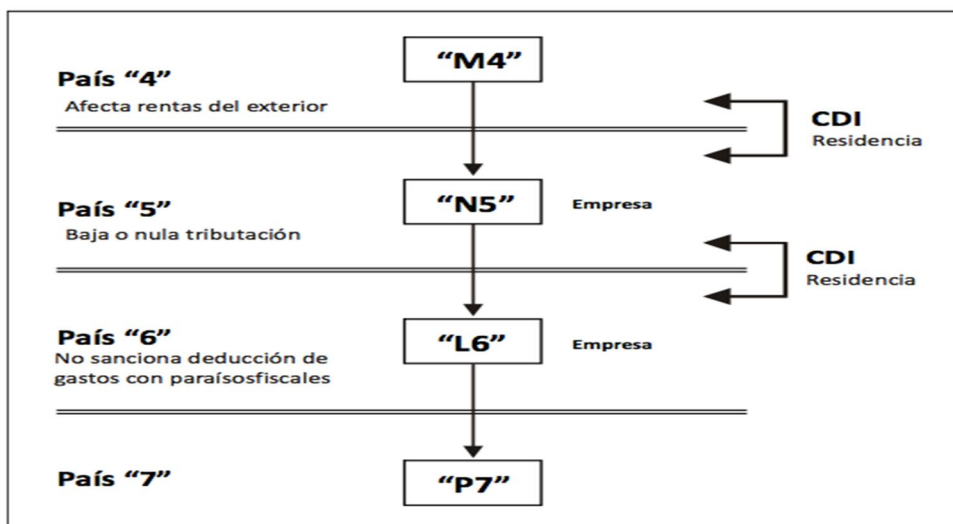
⁵⁷ Traducidos en los Comentarios del artículo primero de la ONU como “sociedades pantalla directa”.

⁵⁸ Se explica y ejemplifica el concepto “direct conduities” en el capítulo III, apartado 1.1 sobre tributación de residentes. Pág. XXX.

⁵⁹ Traducidos en los Comentarios del artículo primero de la ONU como “sociedades pantalla trampolín”

⁶⁰ *Ibíd.* 36. Pág. 746.

Stepping Stone Conduits with Base Company



Con la finalidad de comprender de mejor forma "En las stepping stone conduits con empresas bases M4 del país 4, quien afecta las rentas del exterior, aporta una intangible amortizable a la sociedad N5 (empresa 'base') establecida en el país 5, el cual es de baja o nula tributación. N5 otorga la licencia sobre el intangible a L6 (empresa 'intermedia') establecida en el país 6, el cual no sanciona la deducción de gastos con Tax Haven (paraíso fiscal); L6 establece una sublicencia de intangible a P7 residente en el país 7. Solo existen Tax Treaties (CDI) entre 4 y 5, al igual que entre 5 y 6, pero no entre 4 y 7. Tales CDI's, bajo el Modelo OCDE, otorgan tributación en el país de la residencia, no de la fuente. Siendo el resultado que P7 cuando abone a L6 por la licencia del intangible (royalty) no aplicará retención en la fuente; L6 no adicionará el gasto por el royalty abonado a N5 y tampoco habrá retención en la fuente; en N5 al ser un paraíso fiscal no habrá impuesto a la renta; el país 4 no cobrará impuesto en tanto N5 no remese los dividendos a M4. De suyo, consiguientemente, se afecta la recaudación en 7 (país de la fuente) y en 4 (país de residencia del inversor)."⁶¹

En el estudio de las conductas de sociedades instrumentales el Instituto de Estudios Fiscales Español ha señalado: "Ambas estrategias permiten diversas variantes, aunque su esencia es la misma: amparar las rentas pagadas en un Convenio, o varios, respecto del receptor final de las rentas que no tiene derecho". Agrega el mismo estudio que a juicio del Comité Fiscal de la OCDE: "(...) el uso de los Convenios es incorrecto cuando una persona actúa a través de una entidad creada en un Estado fundamentalmente para obtener beneficios del Convenio, los cuales no serían directamente aplicables

⁶¹ Ibid. 36. Pág. 747.

a dicha persona.”⁶² En razón de lo anterior, hay que entender que las reglas antiabuso redactas en un CDI deben ser capaces de limitar las distintas formas de Treaty shopping.

Se analizarán las distintas cláusulas antiabuso recomendadas por los distintos organismos internacionales con el propósito de terminar con las sociedades pantalla o instrumentales, que son creadas con la única finalidad de no tributar o tributar en menor medida frente a las obligaciones tributarias.

2.1.1 Cláusula de Transparencia o “Look through approach”

Tipo de Cláusula	Comentario al artículo primero del Modelo OCDE	Comentario al artículo primero del Modelo ONU
<p>Cláusulas contra la utilización de sociedades instrumentales: “Cláusula de transparencia”</p>	<p>«Una sociedad que sea residente de un Estado contratante no tendrá derecho a acogerse a ningún beneficio fiscal de los previstos en este Convenio en relación con renta, ganancia o beneficio alguno, cuando sea propiedad o esté bajo el control, directamente o a través de una o más sociedades, cualquiera sea el lugar de residencia de éstas, de personas que no sean residentes de un Estado contratante».</p>	<p>“Una sociedad residente en un Estado contratante no tendrá derecho a desgravación al amparo de la presente Convención respecto de todo elemento de renta, ganancias o beneficios si es de propiedad o está bajo el control, directamente o por intermedio de una o más sociedades, sea cual fuere el lugar de residencia de éstas, de personas que no sean residentes de un Estado contratante.”</p>

Esta cláusula ha sido conocida por la doctrina como “El levantamiento de velo” y tiene como principal objetivo que el Estado conozca quiénes son los verdaderos socios o accionistas, directos e indirectos, de una sociedad determinada, con intención de poder discriminar si ésta efectivamente puede ser considerada como residente del país. Lo anterior, para efecto de determinar si puede ser beneficiaria de las desgravaciones tributarias del CDI en cuestión. Es una cláusula energética y taxativa, lo que podría llevar a un exceso en la limitación de beneficiarios del Convenio, por eso tanto el Convenio

⁶² SANZ GADEA, EDUARDO. “Medidas antielusión fiscal”. Instituto de Estudios Fiscales Españoles, 2001. DOC N 22/01. Pág. 85.

ONU como el OCDE señalan: *“la teoría de la transparencia, parece tener un lugar apropiado en los Convenios con países donde la imposición es nula o muy débil, y en los que normalmente no se ejercitan o se ejercitan de manera poco significativa actividades industriales o comerciales”*⁶³.

Los Modelos recomiendan combinar este tipo de cláusulas con una referencia o una cláusula de buena fe, con el norte de prevenir situaciones de inequidad o exclusión excesiva que se podrían presentar. El autor colombiano Luis Guillermo Morales Arias, analiza de forma clara los efectos negativos que podría tener esta cláusula en caso de no combinarla con una de buena fe: *“La realidad es que la cláusula de transparencia aplicada en un gran grupo de multinacionales con diversas y efectivas sociedades en distintas partes del mundo, podría generar situaciones injustas al limitar o excluir del Convenio a sociedades que, aun cuando estén controladas por sujetos de otros países, no cumplen con las condiciones subjetivas que justifiquen la denegatoria.”*⁶⁴ En base a esto último, varios países han decidido insertar estas cláusulas en sus CDI conjuntamente con una restricción respecto al control de las sociedades extranjeras, ya sea estableciendo porcentajes de participación social o de administración (control de la sociedad).

2.1.2 Sujeción al impuesto o “Subject to tax approach”.

Tipo de Cláusula	Comentario al artículo primero del Modelo OCDE	Comentario al artículo primero del Modelo ONU
<p>Cláusulas contra la utilización de sociedades instrumentales:</p> <p>“Sujeción al impuesto”</p>	<p>«En los casos en que una renta que se ha generado en un Estado contratante sea percibida por una sociedad residente en otro Estado contratante y una o más personas no residentes en este último: a) posean directa o indirectamente, o a través de una o más sociedades, ya sean éstas o no residentes, un interés sustantivo en dicha sociedad en forma de participación en la misma o de cualquier otra, o b) ejerzan directa o indirectamente, de forma individual</p>	<p>Cuando las rentas derivadas de un Estado contratante sean recibidas por una sociedad residente del otro Estado contratante y una o más personas no residentes en dicho Estado contratante a) tengan, directa, indirectamente o por conducto de una o más sociedades, sea cual fuere el lugar de residencia de estas, un derecho importante en dicha sociedad, mediante una participación o en otra forma, o b) ejerzan directa o indirectamente,</p>

⁶³ Ibid. 75. Pág.85.

⁶⁴ MORALES ARIAS, LUIS GUILLERMO. “El treaty shopping y las cláusulas antiabuso”. Instituto Colombiano de Derecho Tributario. Revista 62, 2011. Pág. 127.

	o conjuntamente, la dirección o el control de dicha sociedad las disposiciones del Convenio que prevean una exención o una reducción de impuestos, serán de aplicación exclusivamente en el caso de las rentas sujetas a impuesto en el segundo Estado arriba indicado, de conformidad con las normas ordinarias de su legislación tributaria».	por sí solas o colectivamente, la gestión o el control de esa sociedad, las disposiciones de la presente Convención que confieren una exención o reducción del impuesto, se aplicarán exclusivamente a las rentas que estén sujetas a imposición en este último Estado conforme a las normas ordinarias de su derecho fiscal.
--	---	---

Este tipo de cláusula establece que el país fuente de la renta se puede acoger a los beneficios del Convenio, solamente respecto de las rentas que se encuentren gravadas en el país de residencia de una forma similar, cumpliendo el objetivo que la renta no se vea doblemente beneficiada, tanto por el beneficio del Convenio, como en el beneficio local de uno de los Estados en cuestión, siendo exclusivamente aplicado el de la legislación local. Por tanto, excluye a los beneficiarios de los CDI si éstos no se sujetan a entidades controladoras que tributen en el Estado de residencia. Podríamos señalar que este tipo de cláusulas tienen algunas ventajas según el comentario de la ONU y OCDE, con respecto a países con una economía próspera y con un marco jurídico tributario complejo.

No obstante, ambos Modelos no recomiendan la utilización de este tipo de cláusulas de forma genérica, en razón que, al no levantar el velo de las sociedades, se produce una brecha que otorga la posibilidad que sociedades se puedan ajustar a las exigencias legales y continúen siendo instrumentales. Por ende no resuelve el problema de treaty shopping y no cumpliría el primer objetivo de la cláusula, que es limitar el abuso. En caso de optar por una normativa de estas características, se recomienda su utilización con cláusulas de Buena Fe.

2.1.3 Cláusula de tránsito o “Channel Approach”

Tipo de Cláusula	Comentario al artículo primero del Modelo OCDE y ONU
Cláusulas contra la utilización de sociedades instrumentales: “Cláusula	«En los casos en que una renta que se ha generado en un Estado contratante sea percibida por una sociedad residente en otro Estado contratante y una o más personas no residentes en este último a) tengan directa o indirectamente, o a través de una o más sociedades, ya

de tránsito”	sean estas residentes o no, un interés sustantivo en dicha sociedad en forma de participación en la misma o de cualquier otra, o b) ejerzan directa o indirectamente, por sí solas o en compañía de otras, la dirección o el control de dicha sociedad. Las disposiciones del Convenio que supongan una exención o una reducción de impuestos no serán de aplicación cuando más del 50 por ciento de dicha renta se utilice para satisfacer pagos debidos a estas personas (en concepto ya sea de intereses, regalías, gastos de desarrollo, de publicidad, costes iniciales y dietas, así como por depreciación de activos empresariales de cualquier tipo, incluyendo los bienes inmateriales y procesos)».
---------------------	---

Esta cláusula redactada en ambos Comentarios de forma similar, establece y define específicamente el uso indebido de las sociedades instrumentales o pantalla. Limita de forma taxativa la posibilidad que una sociedad se beneficie de la extensión o reducción impositiva, cuando más del 50% de dicha renta es obtenida por una sociedad o repartida a socios que no residen de forma directa o indirecta en el país en cuestión. Por tanto, limita la posibilidad que el contribuyente realice las clásicas planificaciones de treaty shopping. Como desventaja, esta cláusula no sirve para las planificaciones abusivas, catalogadas como “Stepping Stone”. Se recomienda aplicar en conjunto con una cláusula de Buena fe, para limitar las exclusiones excesivas a beneficiarios reales.

2.1.4 Cláusula General de Limitación de beneficio o “Limitation on Beneficts Clauses” (LOB):

Tipo de Cláusula	Comentario al artículo primero del Modelo OCDE y ONU
Cláusula General de Limitación de beneficios	«1. Salvo en los casos en que este artículo disponga lo contrario, un residente de un Estado contratante que obtenga una renta de otro Estado contratante podrá acogerse a todos los beneficios fiscales de este Convenio, acordados por los demás a cualquier residente de un Estado contratante, sólo si ese residente “reúne las condiciones necesarias” definidas en el apartado 2 y cumple con los otros requisitos que exige el presente Convenio para la concesión de tales beneficios. 2. Se entenderá que una persona residente de un Estado o contratante reúne las condiciones necesarias en un año fiscal únicamente cuando se trate de: a) una persona física; b) una entidad estatal que reúna las condiciones necesarias; c) una sociedad, cuando (i) la categoría principal de sus acciones cotice en un mercado de valores reconocido según lo estipulado en los apartados a) o b) del apartado 6 y sea objeto de operaciones ordinarias en uno o más mercados de valores reconocidos, o (ii) al menos el 50 por ciento de los derechos de voto y del valor de las acciones de la sociedad sea propiedad, ya sea directa o indirectamente, de un número igual o inferior a cinco sociedades con derecho a disfrutar de los beneficios fiscales de conformidad con el apartado (i) de la presente letra, siempre que –en el caso de que la propiedad sea por sociedad interpuesta– cada uno de los propietarios resida en uno de los Estados contratantes; d) una organización benéfica o cualquier otra entidad fiscalmente exenta, siempre

que, en el caso de un fondo de pensiones –pensión trust– o cualquier otra entidad cuyo objeto sea proporcionar una pensión u otros beneficios similares, más del 50 por ciento de los beneficiarios, de los miembros o de los partícipes sean personas físicas residentes en alguno de los Estados contratantes; o e) una persona que no sea una persona física, cuando: al menos durante la mitad del ejercicio fiscal, las personas que reúnan las condiciones necesarias en virtud de las letras a), b) o d) o del subapartado (i) de la letra c) sean propietarias, de forma directa o indirecta, de al menos el 50 por ciento de la totalidad de los derechos de voto y del valor de las acciones o cualesquiera otras participaciones en los beneficios de la persona, y (ii) menos del 50 por ciento de la renta bruta de la persona durante el ejercicio fiscal en cuestión se abone o devengue, directa o indirectamente, a favor de personas que no sean residentes de ninguno de los Estados contratantes, efectuándose los pagos en forma de importes desgravables a efectos de los impuestos a los que se aplica el presente Convenio en el Estado de residencia de la persona (quedando excluidos los pagos con arreglo al principio de plena competencia que se realicen en el desarrollo ordinario de un negocio por servicios o por bienes corporales, así como los que se abonen a un banco en relación con obligaciones financieras, siempre que, en el caso de que el banco no sea residente de un Estado contratante, el pago sea imputable a un establecimiento permanente del banco ubicado en uno de los Estados contratantes). Una persona residente de un Estado contratante podrá disfrutar de los beneficios del Convenio en relación con un elemento de su renta procedente de otro Estado, con independencia de que dicha persona reúna o no las condiciones necesarias, siempre y cuando participe activamente en un negocio en el Estado mencionado en primer lugar (negocio que no podrá consistir en la realización o la gestión de inversiones por cuenta del residente, salvo cuando se trate de actividades relacionadas con la banca, los seguros o con valores y cuando las lleve a cabo una entidad bancaria, una compañía de seguros o una agencia de valores reconocida) y la renta procedente del otro Estado contratante se obtenga en relación con o como resultado de dicho negocio, cumpliendo el residente el resto de los requisitos que exige el Convenio para la obtención de los beneficios de los que se trate. Cuando el residente o cualquiera de las empresas asociadas a este desarrollen una actividad empresarial en el otro Estado contratante donde se genera un elemento de su renta, será de aplicación la letra a) a esta parte de su renta solamente si la actividad que se desarrolla en el Estado mencionado en primer lugar es sustancial en relación con la que se lleva a cabo en el otro Estado. El que una actividad sea sustancial o no a efectos del presente apartado se determinará teniendo en cuenta el conjunto de los hechos y de las circunstancias. Para determinar si una persona participa activamente en un negocio en un Estado contratante, en el marco de la letra a) del presente apartado, se entenderá que dicha persona participa en todas aquellas actividades que desarrolle una sociedad de personas –partnership– de la que sea socio, así como en las actividades que lleven a cabo personas que estén vinculadas con él. Se entenderá que dos personas están vinculadas cuando una de ellas posea al menos el 50 por ciento de cualesquiera participaciones en los beneficios de la otra (o, en el caso de una sociedad, al menos el 50 por ciento de la totalidad de los derechos de voto y del valor de las acciones), o cuando otra persona posea, directa o indirectamente, al menos el 50 por ciento de cualesquiera participaciones en los beneficios de cada una de las personas (o, en el caso de una sociedad, al menos el 50 por ciento de la totalidad de los derechos de voto y del valor de las acciones). En cualquier caso, se entenderá que una persona está vinculada con otra cuando, a juzgar por los hechos y las circunstancias, resulte que una de ellas controla a la otra o que ambas están bajo control de una misma persona o varias personas. 4. Pese a lo mencionado en las disposiciones anteriores del presente artículo, si una sociedad residente de un Estado contratante, o una sociedad bajo cuyo control está colocada esta, tiene en circulación una categoría de acciones a) que está sujeta a unas

	<p>condiciones u otras exigencias que confieren a sus titulares el derecho a percibir una porción de la renta de la sociedad procedente de otro Estado contratante mayor de la que percibirían esos mismos titulares de no existir dichas condiciones o exigencias ("la parte desproporcionada de la renta"); y b) cuyos derechos de voto y valor son propiedad en un 50 por ciento o más de unas personas que no reúnen las condiciones necesarias para acogerse a los beneficios de este Convenio, dichos beneficios no serán aplicables a la parte desproporcionada de la renta. 5. Un residente de un Estado contratante, que no reúna las condiciones necesarias de conformidad con las disposiciones del apartado 2 ni tenga derecho a los beneficios con arreglo a los apartados 3 ó 4, podrá acogerse, no obstante, a los beneficios fiscales del Convenio si la autoridad competente de ese otro Estado contratante determina que el establecimiento, la adquisición o el mantenimiento de dicha persona y el desarrollo de sus operaciones no perseguía como uno de sus objetivos principales la posibilidad de acogerse a los beneficios fiscales al amparo del Convenio.</p>
--	--

En relación a la cláusula expresada con anterioridad, se debe destacar que constituye un requisito adicional a la sujeción subjetiva requerida por los Convenios para gozar sus beneficios. Recordando lo señalado con anterioridad en este trabajo, para que un individuo pueda gozar de las degradaciones tributarias de un CDI se necesita ser persona residente de uno de los Estados suscriptores del CDI, en base a los presupuestos del artículo primero, tercero y cuarto del Modelo. Además, se requiere tener una sujeción impositiva con el Estado que es residente. Cabe recordar que, respecto a la sujeción a renta mundial, se utilizan dos criterios para determinar la vinculación de una persona jurídica con el Estado. En primer lugar, se puede configurar respecto de aquellas sociedades que han sido constituidas en el país fuente de la renta (regla de la constitución o "Place of Incorporation"); o, en segundo lugar, de acuerdo a donde se encuentra la sede de dirección efectiva de la empresa, estableciendo un criterio material o de sede fáctica (dirección efectiva o "place of effective management"). Cabe destacar que aquellos Convenios que adoptan el criterio de constitución facilitan la posibilidad de realizar Treaty Shopping, pues es factible de trasladar y constituir la residencia (sujeción impositiva) mediante la constitución de sociedades en terceros Estados. En cambio, la regla de dirección efectiva en los CDI permite un mayor control de las sociedades en un país determinado, teniendo la autoridad tributaria que observar de manera detallada cómo ejerce el control o dirección y actividades de la empresa en cuestión, para fijar efectivamente su residencia.

El Modelo de EEUU⁶⁵ de 1996 inserta en el artículo 22, como una cláusula de aplicación general y de cierre de su Convenio., Fija la cláusula de limitación de beneficios, para poder acceder a las

⁶⁵ A diferencia de los demás países que siguen los Modelos establecidos por la ONU o la OCDE, en Estados Unidos se creó un Modelo de Convenio que es de carácter vinculante para las negociaciones futuras y antiguas de Convenios, por este país en cuestión. Cabe recalcar que existen otros esfuerzos como el Modelo del Pacto Andino.

desgravaciones tributarias del Convenio. La cláusula ha ido con el tiempo perfeccionando y ampliando las rentas que comprende. En sus inicios era solo referida a dividendos, intereses y cánones, pero a la fecha se amplió a todas las rentas que eliminan o reducen la tributación en el Estado fuente. En la actualidad representa una limitación a los beneficios emblemáticos incluidos en todos los CDI suscritos por Estados Unidos. Además, esta cláusula se recomienda en los Modelos de la OCDE en los Comentarios del artículo primero y también en el Modelo ONU.

El objetivo de insertar una cláusula de Limitación de Beneficios en un CDI es explicado de manera concisa por el académico Félix Vega Borrego: *"... es limitar el acceso al régimen de los convenios de doble imposición para evitar el treaty shopping. Los convenios de doble imposición solo deben ser aplicados cuando la obtención del rendimiento del Estado de residencia responde a un motivo económicamente válido (weather a taxpayer has a real business purpose) o bien cuando el sujeto mantiene una vinculación suficiente con el Estado de residencia (sufficient nexus with the State of residence)"*⁶⁶. El profesor de la Universidad de Chile, Alberto Cuevas Ozimica, establece que la necesidad de tener este tipo de cláusula se basa en que: *"la liberación total o parcial de la tributación respectiva del Estado fuente, sean utilizados por los beneficiarios previstos (personas residentes de otro Estado contratante), por lo que no pueden extenderse a residentes de terceros Estados que no tienen un motivo económico justificado o negocio sustancial en él (real business purpose), o vínculo suficiente con el Estado de su residencia (sufficient nexus with the State of Residence)"*⁶⁷.

Los sujetos que se encuentran afectados a este tipo de cláusulas son solamente las personas jurídicas, debido a que son las más propensas a generar estructuras de treaty shopping y existe una tendencia jurídica de facilitar la constitución, creación y movilidad de personas jurídicas, ejemplo de esto en Chile es la Ley 20.659⁶⁸. En cambio, en el caso de las personas naturales no es sencillo establecer más de un domicilio ya que requieren tener una presencia física en lugar u otro factor de conexión material, para ser considerados residentes. Sobre este punto en particular cabe tener presente lo que señala el párrafo 2 (a), del referido artículo 22, el que indica que si una persona natural residente en un Estado contratante, recibe dineros de un tercer estado, realizando una triangulación similar al

⁶⁶ VEGA BORREGO, FÉLIX. *"Las cláusulas de Limitación de Beneficios en los Convenios Para Evitar la Doble Imposición"*. Universidad Autónoma de Madrid, Investigaciones Técnicas, N (círculo) 103, Instituto de Estudios Fiscales de España, 2003. Pág. 212.

⁶⁷ CUEVAS OZIMICA, ALBERTO. *"Cláusula de Limitación de Beneficios en Convenios de DTI"*. Centros de Estudios Tributarios, Universidad de Chile. Pág 48.

⁶⁸ Ley que contempla la posibilidad de crear sociedades "en un día". Facilitando la creación y modificación de personas jurídicas en el país.

treaty shopping, puede ser que no se le apliquen los beneficios del CDI, pero no en razón de las cláusulas de limitación de beneficios, sino en razón de la cláusula de beneficiario efectivo de los artículos 10, 11 o 12 del Modelo⁶⁹. Sin embargo, esto no ocurrirá en planificaciones tributarias abusivas de Stepping Stone en las que perfectamente podrían participar personas físicas, empero en la jurisprudencia internacional existe una tendencia a una participación predominante de sociedades para este tipo de operaciones.

Es importante comprender que el no cumplir con los requisitos de la cláusula de limitación de beneficios, no es incompatible con la posibilidad que un individuo sea considerado residente según las definiciones del artículo cuatro de los Modelos; sino, solamente es un requisito adicional para que éste pueda gozar de los beneficios del convenio. La doctrina ha llamado a este cumplimiento, por parte de un contribuyente, de los requisitos de la cláusula de limitación de beneficios, como un “residente cualificado” o “Qualified residents” o “persona calificada”. Cuando estamos en presencia de una persona jurídica con estas características, ésta se puede beneficiar de las desgravaciones tributarias del convenio, de lo contrario este residente solamente puede gozar o beneficiarse de otras regulaciones que no constituyan beneficios tributarios.

Esta serie de requisitos establecidos en las disposiciones de las cláusulas de limitación de beneficios de los distintos Modelos tanto de OCDE, ONU y EEUU, establecen un “test objetivo”, que de cumplirse cualquiera de ellos se harán aplicables los beneficios impositivos del Convenio en cuestión. Aunque al analizar las cláusulas de forma detallada, éstas son diversas, los objetivos que persiguen son los mismos (ya explicados al inicio de este sub-capítulo), a saber, responder a un motivo económicamente válido por parte del contribuyente o bien, que aquel tenga una relación cercana y suficiente con el Estado de residencia., Si cumple con uno de esos fines se subentiende por parte de la autoridad tributaria que no utiliza formas de treaty shopping para acceder a los beneficios tributarios.

Esta serie de requisitos establecidos en las disposiciones de las cláusulas de limitación de beneficios de los distintos Modelos tanto de OCDE, ONU y EEUU, establecen un “test objetivo”. De manera que al cumplirse cualquiera de estos requisitos, se aplican los beneficios impositivos del Convenio en cuestión.

Las principales cláusulas presentes en los Modelos ONU y OCDE que recogen los requisitos específicos que deben cumplir los contribuyentes para sujetarse a los beneficios de los CDI, son las siguientes:

⁶⁹ ibid.78. Pág. 50.

2.1.4.1 Cláusula de Cotización en bolsa: En base al US Model y los distintos Comentarios de los Modelos, esta cláusula tiene como sujetos beneficiarios de las desgravaciones tributarias a aquellas sociedades que cotizan acciones o derechos en bolsas de comercio reconocidas en alguno de los países del CDI en cuestión o cuando las sociedades que cotizan en bolsa, tienen una participación importante (regla general es más de un 50%) en sociedades que no cotizan, en estos casos se ampliará la aplicación de la cláusula y por ende pasará a ser residente calificado. No cabe duda que una sociedad que transe en una bolsa local tendrá suficiente relación o conexión con un Estado determinado, además se ve sujeta a al cumplimiento de las distintas normativas societarias bursátiles, las que son aún más exigentes que las establecidas en un Convenio. Como segundo requisito es necesario que la cotización en bolsa sea de carácter regular y constante por la empresa. Hoy en día nuestro país presenta en los CDI vigentes cláusulas de limitación de beneficios sobre cotización en bolsa, en los Convenios de Argentina y China. También, en el CDI suscrito con EEUU encontramos una limitación de este tipo en el artículo 24, párrafo 2 que hace referencia tanto a entidades principales que coticen en bolsa de manera regular como a aquellas personas jurídicas subsidiarias que por un año tributario pertenezcan o que tengan derecho a voto de un 50% o más a una sociedad que transa en bolsa.

2.1.4.2 Cláusula de propiedad o de erosión de la base: Este tipo de cláusula está dirigida a sociedades que no cotizan en bolsa o que cotizan pero que no cumplen con los requisitos analizados en el numeral anterior. Para poder acceder a estos beneficios, al igual que la anterior, se requiere ser un "residente calificado". En este caso en concreto existen dos requisitos necesarios. En primer lugar, el de propiedad, que se verifica cuando los socios -quienes son considerados residentes para el Convenio- tienen un porcentaje de participación considerable (normalmente el 50%), de modo que se excluyen de los beneficios a aquellas sociedades que son dirigidas por residentes de terceros países.⁷⁰ En segundo lugar, *"(...) que la entidad no debe destinar más de un determinado porcentaje de los ingresos percibidos durante el ejercicio a satisfacer pagos cuyos beneficiarios no tengan la consideración de residentes calificados. A efectos del cómputo, solo se tienen en cuenta los pagos que tengan carácter de deducibles(...)"*⁷¹ Asimismo, este tipo de cláusula se encuentra estipulada en el Convenio suscrito con Estados Unidos de América en el artículo 24, párrafo segundo, siguiendo de forma idéntica la redacción del US Model y OCDE.

⁷⁰ Cabe señalar que esta cláusula ha sido discutida ampliamente por académicos de la Unión Europea por ser discriminatoria sobre negocios realizados al interior de la comunidad.

⁷¹ *Ibid.* 77. Pág. 224.

2.1.4.3 Cláusula de Actividad: En subsidio, esta cláusula se aplicará a aquellos que no cumplan con las dos cláusulas anteriores. El fundamento detrás de esta cláusula es la existencia de un motivo económico válido, el que justifique la obtención de rendimiento del Estado de residente. El contribuyente que tenga la intención de verse beneficiado con las desgravaciones tributarias del CDI, deberá probar que sus actividades tienen un motivo económico válido y que su estadía en el Estado residente no se justifica meramente en la obtención de beneficios del Convenio, sino en motivos reales de beneficios económicos en el mercado local. Es importante diferenciar esta cláusula de las anteriores ya que cuando un contribuyente pruebe que cumple con los requisitos establecidos, no tendrá el carácter de “residente calificado”, sino que será beneficiado solamente por la oportunidad determinada o renta específica que se trate y, en consecuencia, cada vez que perciba una renta o realice una actividad gravada deberá probar que ésta se ajusta a la cláusula. Lo anterior es una diferencia importante respecto de las otras dos cláusulas, porque basta con que sean acreditadas en una sola oportunidad para considerar al contribuyente como “residente calificado” y para que, por ende, se pueda beneficiar de las reducciones impositivas del Convenio respecto de todas las rentas. Esta cláusula es una innovación en nuestro sistema en el Convenio con USA, específicamente en el artículo 24, párrafo tercero.

2.1.4.4 Cláusula General de Buena Fe: En caso que el contribuyente no cumpla con ninguna de las tres cláusulas para acceder a los beneficios del Convenio, deberá dirigirse a la Administración tributaria del Estado fuente de la renta, para que éste conceda la posibilidad de verse beneficiado por las desgravaciones tributarias. La autoridad debe determinar la constitución, adquisición o mantenimiento de la persona en el Estado de residencia o que la obtención de rentas ha tenido un motivo económico calificado. En este caso las autoridades tienen un margen bastante amplio, pudiendo disponer que el contribuyente se beneficie de la totalidad del Convenio o sólo de algunas rentas específicas e inclusive, pudiendo otorgar beneficios de forma retroactiva a la solicitud.

Al analizar pormenorizadamente las distintas cláusulas de limitaciones de beneficios podemos señalar que tienen una importante disconformidad con respecto a otras cláusulas antiabuso antes estudiadas. En este sentido, producen un cambio en la actividad probatoria, la que queda radicada en el contribuyente, pues es él quien debe acompañar todos los medios a la autoridad tributaria para acreditar que es un “residente calificado” o que cumple con los requisitos de la cláusula de actividad o buena fe. Esto conlleva una disminución de costos a las autoridades tributarias, para la fiscalización

y cumplimiento en estos ámbitos.

Por otro lado, vistas desde otra perspectiva, las cláusulas de limitación de beneficios son normas que son conocidas como “reglas de refugio”⁷², debido a que limitan la posibilidad que la autoridad tributaria haga uso de las cláusulas generales de la Administración, para denegar a un contribuyente determinado los beneficios económicos del Convenio, por no concordar con las exigencias tributarias. En caso que un contribuyente cumpla con la cláusula de limitación de beneficios no podrá ser excluido por la administración tributaria por fraude a la ley, conforme a las cláusulas generales antiabuso de la legislación local.

La “Acción Seis” del Proyecto BEPS, (que ha tenido varias versiones desde el inicio del proyecto) ha sido objeto de Comentarios que buscan su mejoramiento y profundización. Por esta razón, en el presente trabajo nos referiremos principalmente al informe final 2015, que es el más actualizado de momento, y al documento desarrollado por la OCDE: “*BEPS Consultation document on the treaty entitlement of non-civ funds*”.

El Informe final del año 2015, incluye de manera novedosa en la doctrina a una serie de individuos que siempre serán considerados “personas calificadas” de un Estado en cuestión, para los efectos de la cláusula LOB, sin necesidad de probar su condición de persona calificada con las exigencias antes vista, serán consideradas naturalmente siempre residentes. Entre ellos se mencionan: “*Personas físicas; Estados contratantes, sus sub-divisiones políticas y entidades totalmente participadas por aquellas; algunas entidades cotizadas, junto con sus filiales; algunas organizaciones benéficas y fondos de pensiones; entidades que cumplan ciertos requisitos de titularidad; algunos instrumentos de inversión colectiva; entidades dedicadas a actividades empresariales en sus países de residencia; entidades que cumplan test de beneficios*”⁷³.

Además, se concluye la necesidad de incluir en las cláusulas LOB antes estudiadas una regla sobre vehículos de inversión colectiva o CIV’s (Collective Investment Vehicles) y otra sobre pensiones. Dichos trabajos han sido desarrollados en los últimos años por BEPS y la OCDE, a través de informes, los que no serán analizados de manera detallada en este trabajo, pero que generan una modernización en materia de medidas antiabuso en tributación internacional. En ambos casos, se

⁷² Ibid. 77. Pág. 227.

⁷³ DÍAZ, SONIA Y DE CUBAS TATIANA. “*La acción seis del plan BEPS y la Recomendación de la comisión sobre abusos de convenios fiscales*.” Nota Técnica EY abogados. Febrero 2016. Pág. 4.

necesita redactar una limitación adecuada para no incurrir en exclusiones y limitaciones innecesarias a contribuyentes que deberían beneficiarse.

La última sección del Proyecto BEPS se refiere a una serie de reglas específicas que deben ser consideradas por los países al momento de establecer las distintas cláusulas de limitación de beneficios. Contiene Comentarios de cada una de las cláusulas y sus consecuencias de ampliar o restringir su redacción, cuestión que no es relevante para la profundidad de esta memoria⁷⁴.

En suma, podemos señalar que la cláusula de “limitación de beneficios” es un tema discutido de forma activa por las distintas instituciones internacionales. Con la intención de perfeccionarla para así excluir efectivamente aquellas entidades que tienen por finalidad realizar actividades de treaty shopping y, en consecuencia, para poder restringir el otorgamiento de los beneficios del Convenio a todos aquellos que no buscan aprovecharse de éstos. Al interior de la OCDE se han publicado documentos que discuten específicamente sobre los alcances de cada una de las cláusulas y su redacción específica. Cabe mencionar que en el último informe BEPS, se señala que se pueden utilizar LOB de carácter completo o simplificado, en base a las distintas necesidades y cualidades de los Estados suscriptores del convenio.

Por último, cabe destacar algunas ventajas y desventajas de establecer una cláusula de limitación de beneficios en un Convenio bilateral. Podemos mencionar como desventajas, que las cláusulas LOB que siguen el Modelo de los Estados Unidos limitan de forma significativa el ámbito de aplicación subjetiva de los CDI, pudiendo excederse y en algunos casos, pudiendo no cumplir con el objetivo principal del Convenio, cual es, eliminar la doble tributación. Pero estas normas, en algunas ocasiones más rigurosas para los contribuyentes, producen la eliminación casi completa de medidas de treaty shopping.

2.1.5 Cláusula de propósito principal de la operación o “Principal Purpose Test” (PPT)

Tipo de Cláusula	Proyecto BEPS, Acción seis.
Cláusula de propósito	7.Sin perjuicio de las demás disposiciones del presente Convenio, no se concederá un beneficio en virtud del presente Convenio respecto a una partida de renta o de capital si es razonable concluir,

⁷⁴ Se especifican las variaciones de forma específica: <http://www.oecd.org/ctp/treaties/BEPS-consultation-treaty-entitlement-non-CIV-funds.pdf>.

<p>principal de la operación</p>	<p>teniendo en cuenta todos los hechos y circunstancias pertinentes, que la obtención de ese beneficio era uno de los propósitos principales de cualquier acuerdo o transacción que resulte directa o indirectamente en ese beneficio, a menos que se establezca que la concesión de ese beneficio en estas circunstancias estaría de acuerdo con el objeto y propósito de las disposiciones pertinentes del presente Convenio.</p> <p>8. Cuando se niegue un beneficio en virtud del presente Convenio a una persona al amparo del párrafo 7, la autoridad competente del Estado Contratante, que de otro modo hubiese otorgado dicho beneficio deberá, no obstante, tratar a esa persona como beneficiaria de este beneficio, partida de renta o capital, si dicha autoridad competente, a petición de esa persona y tras considerar los hechos y circunstancias pertinentes, determina que dichos beneficios le hubieran sido concedidas en ausencia de la transacción o acuerdo a que se refiere el párrafo 7 la autoridad competente del Estado Contratante al que se haya formulado la solicitud consultará con la autoridad competente del otro Estado antes de rechazar una solicitud formulada en virtud del presente párrafo por un residente de ese otro Estado.</p>
---	---

Este tipo de cláusula es recomendada en la Acción Seis del Proyecto BEPS, específicamente en el artículo siete, el que se refiere a la *“Prevención del Abuso de los Tratados”*. Esta norma tiene como objetivo principal excluir a todo contribuyente que tenga como meta final la obtención de beneficios fiscales de forma directa o indirecta que sean contrarios al espíritu de la norma que regula la renta específica. El origen de esta disposición se encuentra en el párrafo siete de los Comentarios al Modelo del año 2003, que se señalaba: *“los beneficios de un tratado para evitar la doble tributación, cuando el propósito principal de cualquier acuerdo o transacción era obtener una posición fiscal más favorable y que dicha obtención de ese tratamiento más favorable en esas circunstancias sería contraria al objeto y el propósito de las disposiciones relevantes”*⁷⁵. La disposición en cuestión tiene como fundamento el fraude a la ley cuando la única intención del contribuyente es obtener un beneficio contrario al objetivo perseguido por la norma fundante.

Es de amplia discusión doctrinal la forma de realizar el “test o evaluación” por parte de la autoridad tributaria en donde se valora si el único fin del contribuyente es la obtención de beneficios mediante el fraude a la norma o si, estamos frente a un contribuyente que tiene un interés económico legítimo. En razón de esto, se han establecido dos criterios básicos para poder distinguir si existe o no fraude, cuales son:

⁷⁵http://imef.org.mx/CDMexico/descargas/2015/mdi/septiembre/3er_Foro_Tributacion_Tendencias_NacionalesInternacionales.pdf.

- d) **Evaluación Subjetiva:** Revisar los hechos, circunstancias y actividades desarrolladas por el contribuyente, en busca de su verdadera voluntad. No es necesario una prueba concluyente pero si es necesario determinar la existencia de indicios de que éste tuvo la intención de defraudar a la norma.
- e) **Evaluación Objetiva:** Que la conducta del contribuyente tenga efectos contrarios al fin de la norma del Convenio.

Estos estándares han sido también reconocidos por el Derecho Comunitario de la Unión Europea, la que ha reiterado en la jurisprudencia que no puede prevalecer las normas comunitarias de forma abusiva o fraudulenta, reconociendo tanto el estándar subjetivo como objetivo.⁷⁶

Las instituciones internacionales han recomendado la inclusión de cláusulas PPT debido a su flexibilidad y posibilidad de utilizarse de forma más sencilla por la autoridad tributaria. No obstante, cabe señalar que es de difícil prueba al existir elementos de carácter subjetivo, los que podrían llevar a la autoridad a realizar actos administrativos de carácter arbitrarios.

El párrafo 22 del informe BEPS, establece que *"los países como mínimo, deberían aplicar: i) un PPT únicamente; ii) un PPT y una disposición LOB simplificada o detallada o; iii) una disposición detallada de LOB, complementada por un mecanismo que tendría acuerdos de conducción que no hayan sido negociados ya en tratados tributarios"*⁷⁷.

2.1.6 Cláusula de Beneficiario Efectivo.

Esta cláusula se inserta en el Convenio de 1977 y es la primera cláusula antiabuso incluida en un Convenio para evitar la elusión tributaria internacional. A pesar de que han pasado más de 40 años desde este Modelo, la doctrina no está conteste ni en un concepto definitivo ni con el ámbito de aplicación de este tipo de cláusula. Hoy en día, la encontramos en el Modelo de Convenio de la OCDE y la ONU en los artículos 10 sobre dividendos, en el artículo 11 sobre intereses y en el artículo 12 sobre regalías o cánones. Al momento de analizarla debemos considerar que tiene una presencia importante en los Convenios suscritos por Chile y un importante tratamiento gubernamental, específicamente en las circulares del SII y jurisprudencia local. Específicamente, en los CDI suscritos por Chile la encontramos en los siguientes tratados:

⁷⁶ Ibid. 53. P 85.

⁷⁷ OCDE, "BEPS Acción seis" Párrafo 22. 2016. Pág. 19.

ANEXO
Convenios para evitar la doble tributación vigentes en Chile

Convenio Tributario	Ubicación de la Norma de Exclusión
Brasil	Art. 11(8) Intereses y Art. 12(7) Regalías.
Canadá	Art. 11(7) Intereses y Art. 12(7) Regalías.
Corea del Sur	Art. 11(7) Intereses y Art. 12(7) Regalías.
Croacia	Art. 24 (5) Procedimiento de Acuerdo Mutuo que se aplica a los Artículos 10 (Dividendos), 11 (Intereses) y 12 (Regalías).
Dinamarca	Art. 10(6) Dividendos, 11(7) Intereses y 12(7) Regalías.
Ecuador	Art. 11(7) Intereses y 12(7) Regalías.
España	Protocolo IX que se aplica a los Artículos 10 (Dividendos), 11 (Intereses) y 12 (Regalías).
Francia	Art. 27(6) Disposiciones Misceláneas que se aplica a los Artículos 10 (Dividendos), 11 (Intereses), 12 (Regalías) y 20 (Otras Rentas).
Irlanda	Art. 10(6) Dividendos, 11(7) Intereses y 12(7) Regalías.
Malasia	Art. 10(6) Dividendos, 11(7) Intereses y 12(7) Regalías.
México	Art. 11(7) Intereses y Art. 12(7) Regalías.
Noruega	Art. 11(7) Intereses y Art. 12(7) Regalías.
Nueva Zelandia	Artículo 22(2) Limitación de Beneficios que se aplica a los Artículos (Dividendos), 11 (Intereses) y 12 (Regalías).
Paraguay	Art. 10(6) Dividendos, 11(7) Intereses y 12(7) Regalías.
Perú	Art. 11(7) Intereses y 12(7) Regalías.
Polonia	Art. 11(7) Intereses y 12(7) Regalías.
Portugal	Protocolo 6 que se aplica a los Artículos 10 (Dividendos), 11 (Intereses) y 12 (Regalías).
Reino Unido	Art. 10(6) Dividendos, 11(7) Intereses y 12(7) Regalías.
Suecia	Art. 10(6) Dividendos, 11(7) Intereses y 12(7) Regalías.

78

Con motivo de alcanzar una comprensión integral de la cláusula de beneficiario efectivo, es necesario tomar en cuenta algunas definiciones y lineamientos establecidos por la doctrina y jurisprudencia. En primer lugar, debemos entender el concepto histórico de la cláusula, la que emana del Derecho Norteamericano, el que diferencia distintos niveles de propiedad sobre un bien determinado, pudiendo ser una persona el dueño o propietario formal (legal Owner) y, por otro lado, el propietario material o económico (Beneficial Owner) del bien. En razón de lo anterior, sería beneficiario efectivo el propietario formal del bien y no solamente aquel que recibe un beneficio económico de la actividad en cuestión. En materia de la tradición de Derecho continental no existe una clasificación de este tipo, ya que la propiedad en sí no se clasifica, pero existen figuras jurídicas que cumplen con este objetivo, un ejemplo sería el usufructo, que produce efectos similares al concepto de propiedad del derecho Anglosajón.⁷⁹ De este concepto emanó la posibilidad de diferenciar si un individuo al momento de

⁷⁸ Circular SII 57/2009.

⁷⁹ VEGA BORREGO FELIX ALBERTO. "El concepto de beneficiario efectivo en los convenios para evitar la doble imposición." Universidad Autónoma de Madrid e Instituto de Estudios Fiscales, DOC. Número 8/05. Págs. 9, 10 y 11.

realizar un negocio se encuentra actuando en cuenta propia o ajena y de esta forma, se comienza a limitar quiénes son los reales beneficiarios de una operación. En materia de tributación internacional los Modelos de Convenio de la OCDE de 1977 al 2003 realizan una limitación conceptual de beneficiario efectivo señalando:

Tipo de Cláusula	Modelo de Convenio 1997-2003
Cláusula de Beneficiario Efectivo	<i>"cuando un intermediario como un agente o un mandatario se interpone como beneficiario efectivo y el pagador, a menos que el beneficiario efectivo sea residente del Estado Contratante"</i>

Parte importante de la doctrina internacional ha criticado esta redacción debido a que no establecería ninguna cláusula antiabuso, sino más bien una repetición de los requisitos de residencia establecidos en el Modelo, no pudiéndose cumplir con el objetivo de excluir a los sujetos que ocupan los CDI sólo con la intención de verse beneficiados de las desgravaciones tributarias. Es por eso, que el Modelo del 2003, cambia la redacción de esta cláusula ampliando el concepto y dejando de forma más clara los límites y exclusiones del concepto de beneficiario efectivo, estableciendo:

Tipo de Cláusula	Modelo de Convenio 2003
Cláusula de Beneficiario Efectivo	<i>"Si el rendimiento es percibido por un residente de un Estado contratante que actúa en concepto de agente o mandatario, sería incoherente con el objeto y fin del Convenio que el Estado de la fuente eximiera o redujese el impuesto exigido por el mero hecho de que quien percibe esa renta reside en el otro Estado parte del convenio. Aunque la persona que percibe materialmente el rendimiento tiene la condición de residente, en este caso no existe, ni siquiera potencialmente, la posibilidad de que se produzca doble imposición, porque este Estado no le atribuye efectos tributarios a esta renta"⁸⁰</i>

⁸⁰ Modelo Convenio OCDE 2003, artículos 10, 11 y 12.

La interpretación de este precepto, es más amplia que la anterior. En la redacción inicial se observa un aspecto más formal para comprender quién es el titular del rendimiento. En cambio, la redacción del Modelo 2003, examina no sólo el aspecto formal sino también el económico de la actividad, pudiendo discriminar de forma más acertada si es o no beneficiario del rendimiento. Esto último le otorga a la administración tributaria la posibilidad no solo de un análisis jurídico, sino que también de estudiar de forma pormenorizada la operación en aspectos más generales (económicos, socio-relacionales y políticos), acercándose a las atribuciones que podrían tener con una regla general de fraude tributario.

En la teoría, el SII ha suscrito una interpretación de la cláusula antiabuso como una medida amplia y de aplicación no sólo jurídica sino también económica. No obstante, no ha logrado utilizarla como una cláusula general para evitar la elusión fiscal internacional, como lo han integrado en la jurisprudencia tributaria española, estadounidense o inglesa. La conclusión antes señalada, se obtiene del análisis de la Circular N°57 del 2009, la que intenta establecer el concepto y los alcances de la cláusula antiabuso de beneficiario efectivo.

En la Circular encontramos dos requisitos que debe analizar la administración tributaria al momento de decidir si una persona natural o jurídica ha actuado como beneficiario efectivo de la renta. En primer lugar, señala que no debe tener características de sociedad instrumental⁸¹. Establece algunos ejemplos de elementos que excluirían a una sociedad para ser considerada instrumental, entre ellos, se menciona *“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. Por lo tanto, si la sociedad reúne los elementos antes mencionados, no debería ser considerada como instrumental.”*⁸² Como segundo elemento, el SII establece la necesidad que la actividad realizada por el contribuyente tenga una finalidad económica, con el pretexto de poder discernir si estamos frente al actuar de una sociedad instrumental o de un beneficiario efectivo de la renta. Para esto, señala que se debe observar por parte de la administración la existencia de alguno de estos indicios, que suponen que no hubo una finalidad económica de la actividad, sino meramente

⁸¹ Información obtenida por el SII, en base al informe de la OCDE sobre sociedades instrumentales o “Double taxation conventions and the use of conduit companies”.

⁸² Circular N°57 del 16 de octubre del 2009, SII.

una intención de beneficiarse de las desgravaciones tributarias: obligaciones contractuales o legales que regulan la actividad, si existe una obligación de traspaso a terceros de activos, si la entidad intermedia recibió un “spread” o comisión por la actividad, la empresa actuó como agente o mandatario, establecimiento de garantías por actividades relacionadas con la percepción de la renta, entre otras⁸³.

En razón de estas dos características o requisitos que debe cumplir un beneficiario efectivo según el SII, podemos señalar que para la autoridad tributaria chilena un beneficiario efectivo debe cumplir con los siguientes presupuestos, en base a lo señalado en la Circular: *“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, ya sea natural o jurídica, no cumpla con los criterios antes enunciados para ser calificado como instrumental, concepto que se determinará no tan sólo analizando si la persona actúa como agente o mandatario, sino también pudiendo considerar el simple hecho que tal persona realiza un acuerdo instrumental. Cabe señalar que, cuando el receptor de la renta es residente de un Estado con el cual Chile tiene un CDTI vigente o de un tercer Estado sin CDTI y tal persona se encuentra actuando sólo como un mero agente o intermediario del beneficiario efectivo de la renta, el cual tiene residencia en un Estado con el cual Chile tiene un CDTI, el CDTI aplicable será aquel vigente entre Chile y el Estado de residencia del beneficiario efectivo de la renta.”.*

84

Aun cuando la interpretación del SII es correcta y va bien encaminada, la doctrina internacional ha ido más allá en la interpretación del presupuesto de beneficiario efectivo, generando una cláusula general antiabuso. Esto se ve plasmado en la opinión del autor Español Félix Vega Borrego, quien plantea que: *“En nuestra opinión, en los supuestos a los que se pretende aplicar la cláusula del beneficiario efectivo, partiendo de que su significado es más amplio al expuesto anteriormente, materialmente lo que se entra a valorar son circunstancias similares a las que se tendrían en cuenta cuando se aplican las normas generales contra el fraude a la ley tributaria. En este sentido, por ejemplo, en una stepping stone conduit, lo que se entraría a juzgar es si la estructura se ha llevado a cabo con el único fin de lograr la aplicación del convenio. Para determinar si esta operación tiene algún motivo económico diferente al indicado anteriormente, habría que analizar las condiciones en las que se ha realizado cada operación en particular. En la medida en que se advierta que se trata de una operación*

⁸³ Ibid. 76. Pág. 3.

⁸⁴ Ibid. 76. Pág. 2.

artificiosa, puede concluirse que el sujeto intermedio no es el beneficiario efectivo. Para valorar lo anterior, entre otras circunstancias, se tendrán en cuenta la fecha en que se haya celebrado los acuerdos entre las distintas partes, el importe económico de cada uno de los acuerdos, etc.”. Por tanto, la cláusula de beneficiario efectivo no requeriría simplemente que alguien actúe a nombre de otro o como mandatario, sino que amplía el poder de la autoridad tributaria, la que al investigar el verdadero sentido económico de la operación puede limitar de forma eficiente las distintas formas de treaty y rule shopping.

Lo anterior debería ser la interpretación actual del SII en materia de tributación internacional, pudiendo utilizar las cláusulas de beneficiario efectivo como una regla general anti elusión en las materias de cánones e intereses. Esta concepción puede generar un cambio jurisprudencial, ampliando las facultades investigativas y sancionadoras del SII, asimismo puede evitar las planificaciones abusivas en materia de tributación internacional.

Luego de haber comprendido de forma clara el concepto y los alcances de una cláusula de beneficiario efectivo, es necesario ver los objetivos de ésta para entender los efectos específicos que produce en los dividendos, regalías e intereses. Para esto es correcto partir de un supuesto o ejemplo:

Una sociedad X, residente en Chile, tiene el total de participación en la sociedad Y, residente en Venezuela, lo que equivale a 25% del capital social de X. La sociedad Y acuerda el reparto de dividendos, en razón de unidad de cuentas de participación. Antes que se haga efectiva la repartición de dividendos, la sociedad X transmite el poder a la sociedad Z, residente en Canadá para cobrar los dividendos de la sociedad Y. Esto se notifica a la sociedad Y, la que realiza la repartición de dividendos a la sociedad Z. (En el caso la sociedad X tenía una deuda con la sociedad Z, a la que acuerda una especie de acción en pago, de manera que le pagará la deuda con los dividendos que le corresponde a la primera en la sociedad Y, para facilitar el cobro otorga el correspondiente mandato de percepción de dividendos⁸⁵).

La pregunta esencial en el ejemplo anterior sería: ¿Si para ser beneficiario efectivo debemos tener la

⁸⁵ En el ejemplo hipotético en cuestión, Chile y Venezuela no tienen suscrito CDI al día de hoy. Pero Chile con Canadá tienen Convenio vigente desde el año 2015 y Canadá con Venezuela tienen CDI vigente desde 2004.

participación social o debemos ser quienes tenemos derecho al rendimiento de la renta?⁸⁶

En el ejemplo anterior la sociedad Z no es titular de la participación pero tiene un derecho a obtener la renta en razón de la cesión de derechos de cobro de dividendos realizada por la sociedad X. El conflicto que se presenta es si para ser beneficiario efectivo de la renta debemos ser titulares de la participación y además tener el derecho a obtener el rendimiento o sólo tener derecho al rendimiento. En el caso planteado, la "sociedad X" no sería beneficiario efectivo, no podría acceder a las reducciones tributarias en el país fuente de la renta, en el ejemplo, no podría beneficiarse de las tasas reducidas de Venezuela. En cambio, si solamente requerimos el derecho a recibir el rendimiento la sociedad X sería beneficiario efectivo.

La mayoría de la doctrina y de la jurisprudencia internacional ha señalado que sólo se requiere tener derecho a la obtención del rendimiento⁸⁷. Además, la redacción de la cláusula en los Modelos OCDE plantea una interpretación de quien tiene derecho al rendimiento de la renta y no a la persona que tiene una participación efectiva en la sociedad. Podemos citar una sentencia del tribunal holandés (Hoge Raad), en el caso Royal Dutch Oil: *"El Convenio no requiere que el beneficiario efectivo del dividendo deba ser al mismo tiempo el titular de las participaciones. Es irrelevante que el contribuyente adquiriese el derecho al dividendo o cupón una vez que su reparto ya se había acordado, toda vez que la cuestión sobre quién es el beneficiario efectivo del dividendo debe ser resuelta en el momento en que se paga el dividendo y no cuando el mismo se anuncia por parte de la sociedad"*⁸⁸.

Por lo tanto, debemos entender que el Modelo OCDE no requiere que el beneficiario efectivo sea quien tiene la participación societaria, sino que aquel que tiene derecho al rendimiento en específico. Pero si analizamos lo anterior respecto a la interpretación del SII y del autor Félix Vega Borrego, debemos señalar que cuando tenga derecho al rendimiento y no tenga participación, la autoridad tiene la facultad de analizar específicamente la actividad. Así, podrá revisar si la empresa es realmente beneficiaria efectiva o si está actuando como intermediaria, pudiendo analizar no sólo su aspecto jurídico-formal sino que también el trasfondo económico de la actividad en cuestión. En el caso planteado, deberíamos analizar si la empresa X o Y tiene o no motivos económicos para verse

⁸⁶ VEGA BORREGO FELIX ALBERTO. *"El concepto de beneficiario efectivo en los convenios para evitar la doble imposición."* Universidad Autónoma de Madrid e Instituto de Estudios Fiscales, DOC. Número 8/05. Págs. 9, 10 y 11.

⁸⁷ J. KILIUS (1989), págs. 341 y 342. K. VOGEL. (1997), Pág 526. VAN WEEGHEL (1998), Pág 76.

⁸⁸ *Ibid.* 82 Pág. 15.

beneficiado de los dividendos en cuestión.

2.1.7 Cláusula de exclusión de beneficios para rentas pasivas.

Tipo de Cláusula	Comentario al artículo primero del Modelo OCDE y ONU
Cláusula de exclusión de beneficios para rentas pasivas.	Las disposiciones de estos artículos no se aplicarán si el propósito o uno de los principales propósitos de cualquier persona vinculada con la creación o atribución de las acciones u otros derechos en relación a los cuales los "renta específica" se pagan, fuera el sacar ventajas de este artículo mediante la creación o atribución.

Este tipo de cláusulas tienen como objetivo primordial evitar que los beneficios de las rentas pasivas sean utilizados por personas jurídicas o naturales que tienen como único objetivo verse beneficiados de los Convenios. Este tipo de cláusula antiabuso se encuentra presente en gran cantidad de Convenios suscritos por Chile, en mayor presencia respecto a intereses y regalías y en menor medida sobre dividendos.

En la Circular N°57 del 16 de octubre del 2009, emitida por el SII, se realiza una interpretación de la aplicación de las cláusulas antiabuso de beneficiario efectivo y de exclusión de rentas pasivas. En relación a esta última cláusula, señala que se presenta en los CDI vigentes con Dinamarca (dividendos), Brasil (Intereses), Noruega (Regalías) y Francia (referencia a artículos 10, 11, 12 y 20).

Es pertinente citar el ejemplo de cómo opera la norma. Este ejemplo ha sido diseñado por el SII en la Circular antes citada, el que es realizado con la intención que los contribuyentes comprendan de forma íntegra la aplicación y consecuencias de este tipo de medidas antiabuso en rentas pasivas. El ejemplo es el siguiente " *Una compañía matriz residente en un país "X" ("X Co") que no tiene CDTI con Chile otorga un préstamo a su subsidiaria en Chile ("CH Co") por US\$ 1.000.000, a cambio de un pagaré emitido por CH Co. X Co advierte que puede rebajar el impuesto de retención de 35% en Chile del N° 1 del inciso cuarto del Artículo 59 de la Ley sobre Impuesto a la Renta, cediendo el pagaré a su subsidiaria residente en "Y" ("Y Co"), país con el cual Chile tiene un CDTI vigente, a cambio de un nuevo pagaré que emite por Y Co a su favor. El pagaré emitido por CH Co devenga un 7% de interés y a su vez el pagaré emitido por Y Co devenga un 6,75 %. Aquí es claro que el objetivo perseguido por las partes, mediante los acuerdos descritos, es el de obtener la rebaja de tasas previstas en el Convenio respectivo. Por lo tanto, en tal situación, los beneficios del Convenio deben ser denegados*

como aplicación de la norma de exclusión, quedando así los intereses que se pagan desde Chile sujetos a una tasa impositiva de 35%.”⁸⁹

Este tipo de cláusula es sumamente efectiva para limitar el abuso de los CDI, pero tiene como principal desventaja la necesidad de fiscalización y de actividad probatoria por parte de la autoridad tributaria (SII), quien tiene que recurrir a una investigación acabada del contribuyente para determinar si es o no elusivo su actuar.

2.2 Cláusulas relativas a regímenes fiscales preferentes.

Este tipo de cláusulas no tienen como objetivo limitar planificaciones artificiosas, sino excluir o limitar los beneficios a las sociedades que gozan de un régimen privilegiado en el Estado de residencia. Esto en atención a que, si se encuentra eximido de tributación en el Estado de residencia, en ningún caso estaremos frente a una doble imposición en el Estado fuente.

Tanto la OCDE como la ONU en sus Comentarios, han establecido varias cláusulas distintas con el objetivo de limitar de forma completa o parcial, a aquellas sociedades que gozan de regímenes preferentes.

2.2.1 Cláusula de exclusión por identificación.

Tipo de Cláusula	Comentario al artículo primero del Modelo OCDE y ONU
Cláusula de exclusión por identificación.	«No será de aplicación a la renta percibida o satisfecha por una sociedad como la definida en el apartado ... de la Ley , así como por cualquier otra disposición de contenido similar promulgada por ... después de la firma del presente Convenio, ninguna de las disposiciones del presente Convenio que prevea una exención o una reducción de impuestos».

Esta cláusula limita de forma total a las sociedades que gozan de régimen privilegiado en el país de residencia, de cualquier beneficio o exención tributaria del Convenio. Sin embargo, tanto los Modelos como Comentarios se encuentran contestes en que son aplicables los artículos sobre no

⁸⁹ *Ibíd.* 70. Pág 3.

discriminación, procedimientos de mutuo acuerdo e intercambio de información. La doctrina la ha considerado como una forma extrema de excluir a toda sociedad que se beneficie de un régimen preferente. Teniendo algunas externalidades negativas debido a su amplitud en la limitación.

La cláusula -para su correcto funcionamiento- va a requerir de un trabajo constante por parte de la autoridad tributaria para poder determinar de forma efectiva, qué personas gozan de regímenes preferentes. Esto, con miras a excluirlos de los beneficios del Convenio y finalmente, para evitar la no tributación de estas entidades.

2.2.2 Cláusula de exclusión off-shore

Tipo de Cláusula	Comentario al artículo primero del Modelo OCDE y ONU
Cláusula de exclusión off-shore	Ninguna sociedad, fideicomiso –trust– o sociedad de personas –partnership–, que tenga fijada su residencia en un Estado contratante cuyo beneficiario efectivo no sea residente de dicho Estado o que esté bajo el control directo o indirecto de una o más personas que no sean residentes de dicho Estado, podrá acogerse a los beneficios del presente Convenio si la cuantía del impuesto que procede imponer a la renta o al capital de la sociedad, fideicomiso –trust– o sociedad de personas –partnership– en el Estado en cuestión (después de tener en cuenta todas las reducciones impositivas o compensaciones de cualquier clase de la cuantía del impuesto, incluyendo las devoluciones, reembolsos, contribuciones, créditos o subsidios concedidos a la sociedad, fideicomiso –trust– o sociedad de personas –partnership– o a cualquier otra persona) es considerablemente inferior a la cuantía que procedería imponer en este Estado si el o los beneficiarios efectivos de todas las acciones del capital social de la sociedad o todas las participaciones en el fideicomiso –trust– o la sociedad de personas –partnership–, según sea el caso, fueran residentes de dicho Estado.

Se plantea un problema en la difícil identificación por parte de la autoridad tributaria de los regímenes preferentes. En razón de esto, el comentario establece una forma más específica de determinarlas sociedades que se encuentran sujetas a regímenes fiscales preferentes para el Convenio. Se entiende, excluirlas de las reducciones y exenciones tributarias del CDI. Limita aquellas sociedades, fideicomisos, trust o sociedades de personas que, al momento de calcular su impuesto en el Estado de residencia, es considerablemente menor al que debería tributar la sociedad en condiciones normales.

Cabe recalcar que existe un esfuerzo en el comentario por poder establecer reglas objetivas para identificar aquellas sociedades que gozan de regímenes fiscales preferentes. Sin embargo, se podría agregar un límite objetivo para eliminar la discrecionalidad de la autoridad tributaria al determinar estas sociedades, pudiendo establecer porcentajes de diferencia mínimos de tributación entre la sociedad y aquellas consideradas preferentes o, pudiendo establecer escalas de aplicabilidad del Convenio.

2.2.3 Cláusulas de exclusión por determinado tipo de renta.

Tipo de Cláusula	Comentario al artículo primero del Modelo OCDE y ONU
Cláusula que atañe a determinado tipo de renta	<p>Los beneficios del presente Convenio no serán de aplicación a las rentas que, con arreglo a otras disposiciones del mismo Convenio, puedan estar sujetas a gravamen en un Estado contratante y que procedan de actividades cuyo resultado no requiera una presencia sustantiva en dicho Estado, entre ellas las siguientes:</p> <ul style="list-style-type: none"> a) aquellas actividades en las que intervengan operaciones bancarias, financieras, navieras o de seguros, así como las actividades de comercio electrónico; o b) actividades en las que intervenga una sede central o un centro de coordinación u otros manejos similares que proporcionen a la sociedad o al grupo servicios de administración, financiación u otro tipo de asistencia; o c) actividades que generen una renta pasiva, tales como dividendos, intereses y regalías. <p>Cuando, de conformidad con las leyes o las prácticas administrativas de dicho Estado, la renta en cuestión esté sujeta a un régimen tributario preferencial y, por consiguiente, los datos referentes a esta estén sometidos a un régimen de confidencialidad que impide un intercambio efectivo de información.</p> <p>2. A los efectos del apartado 1, la renta será objeto de un tratamiento fiscal preferente en un Estado contratante si, por motivos que no sean los expuestos en los anteriores artículos de este Convenio, un elemento de renta: está exento de impuesto; o está sujeto a impuesto una vez que pasa a manos del contribuyente, pero le corresponde una tasa impositiva inferior a la que correspondería aplicar a un elemento equivalente de renta si estuviese en manos de unos contribuyentes similares y estos fueran residentes de ese Estado; o se beneficia de un crédito, una rebaja u otra concesión o ventaja, habiendo sido estos obtenidos directa o indirectamente en relación con dicho elemento de renta y no tratándose de un crédito para el pago de un impuesto extranjero».</p>

Las cláusulas antiabuso descritas buscan que los beneficios de los convenios no puedan aplicarse a

contribuyentes que tengan regímenes preferenciales en los que la tributación sea nula o preferente. Por lo tanto, en ambos Comentarios se observa de manera similar una serie de limitaciones para actividades preferentes, los que nos ayudan a identificar aquellos contribuyentes que no se deben beneficiar de los CDI. La principal razón de la exclusión es que son rentas y actividades que plantean dudas o cuestionamientos acerca de si son reales o ficticias, lo que conlleva a una nula o muy baja tributación.

2.2.4 Cláusula destinada a regímenes preferentes introducidos después de la firma del Convenio

Tipo de Cláusula	Comentario al artículo primero del Modelo OCDE	Comentario al artículo primero del Modelo ONU
Cláusula destinada a regímenes preferentes introducidos después de la firma del Convenio	<p>Los beneficios de los artículos 6 a 22 del presente Convenio no podrán concederse a personas que disfruten ya de otros beneficios fiscales especiales con arreglo a:</p> <p>a) una ley de uno cualquiera de los Estados que sea identificada en un canje de notas entre los Estados; o</p> <p>b) Cualquier otra ley sustancialmente similar que se haya dictado con posterioridad».</p>	No la contempla

Esta cláusula contenida solamente en los Comentarios del Modelo OCDE tiene como objetivo prevenir las futuras modificaciones de la ley interna, que lleva conflictos de ley aplicables a contribuyentes, produciendo problemas de difícil solución para la jurisdicción. Por eso esta cláusula inserta posibles soluciones temporales y de jerarquía legal, sobre cómo resolver problemas que no tienen fácil solución legal.

2.2.5 Cláusula relacionada con la tributación en la fuente de determinados tipos de renta.

Tipo de Cláusula	Comentario al artículo primero del	Comentario al artículo primero del

	Modelo OCDE	Modelo ONU
Cláusulas relacionadas con la tributación en la fuente de determinados tipos de renta.	«Las disposiciones del presente artículo no serán de aplicación cuando el objetivo principal o uno de los objetivos principales de cualquiera de las personas que han intervenido en la creación o colocación de [artículo 10: “las acciones u otros derechos”; artículo 11: “el crédito”; artículo 12 y 21: “los derechos”] con respecto a los cuales (al cual) se pagan (paga) [artículo 10: “los dividendos”; artículo 11: “los intereses”; artículo 12: “las regalías”; y artículo 21: “la renta”] haya sido sacar partido del presente artículo mediante dicha creación o colocación»	

En ambos Modelos de Convenios las cláusulas están redactadas de forma similar. Encontramos una norma general antiabuso centrada en aquellos contribuyentes que tienen como propósito principal la creación de sociedades, con el único objetivo de verse beneficiados por el CDI. Se limita a los beneficios obtenidos de dividendos, intereses, regalías, etc. La decisión de qué rentas quedarán afectas es parte de las negociaciones de los Estados y sus condiciones económicas específicas. Este tipo de cláusulas son ampliamente recomendadas por los Modelos, pero tienen poca aplicación práctica debido a las complicaciones a la hora de determinar el objetivo principal de una sociedad en cuestión, al tratarse de una actividad probatoria de carácter subjetivo a cargo de la administración tributaria.

Luego de un análisis minucioso de las distintas cláusulas recomendadas tanto en el Modelo OCDE como en Comentarios realizados por la OCDE y ONU, podemos apreciar que se preocupan de realizar un marco completo para evitar el abuso en los CDI, generando tanto cláusulas generales como específicas que ayudan a comprender de mejor forma como se puede generar un marco antiabuso en la red de Convenios, con el objetivo de evitar la elusión y evasión fiscal.

Debemos entender que este marco de cláusulas antiabuso es amplio y específico dependiendo de las situaciones de los países contratantes, por tanto, existen algunas cláusulas que benefician a algunos países determinados y otras que no son aplicables debido a las situaciones tributarias internas. Así, al momento de convenir o negociar un CDI, se deben estudiar detalladamente las situaciones económicas y tributarias de ambos países y ver cuáles son las cláusulas que cumplen con los objetivos perseguidos por los CDI. En mi opinión, es uno de los principales problemas de Chile y su política de tributación internacional.

CAPITULO TERCERO: LOS MODELOS DE CONVENIOS DE DOBLE TRIBUTACIÓN INTERNACIONAL (OCDE Y ONU) Y LAS CLÁUSULAS ANTIABUSO EN LA NORMATIVA NACIONAL E INTERNACIONAL.

Como se explicó anteriormente los CDI tienen como principal objetivo terminar con los obstáculos a la inversión de capital creadas por la doble tributación. Mediante la implementación de medidas tributarias que generan ventajas para la inversión que se efectúa en ambos países que suscriben el Convenio, con fines de incentivar la inversión foránea. Estas ventajas son sumamente atractivas para algunos planificadores tributarios, que utilizan y aprovechan las extensiones o reducciones impositivas a su favor, sin ser beneficiarios legítimos del CDI. Por esta razón, las organizaciones internacionales han unido esfuerzos para implementar cláusulas generales y específicas antiabuso en los distintos Modelos de CDI.

La doctrina y la práctica legislativa de los distintos países nos llevan a concluir que para generar un marco antiabuso estable y útil en un país determinado, se debe crear un conjunto de reglas generales y específicas, tanto en la ley doméstica, como en los Convenios suscritos. Es muy importante la armonía y coherencia entre ambos sistemas. El objeto de esta monografía es estudiar el estado actual de los CDI suscritos por Chile y analizar la necesidad de contar con un marco antiabuso más moderno y preparado para las distintas técnicas de *treaty* y *rule Shopping*, utilizadas hoy en día.

Nos preocuparemos concretamente del análisis de los CDI, haciendo énfasis a las limitaciones subjetivas y objetivas establecidas para prevenir el abuso. Todo esto a través de un estudio comparativo de las cláusulas de los Modelos OCDE y la ONU.

Revisaremos de forma específica las cláusulas relativas a la materia en cuestión que se encuentran contenidas en los Convenios suscritos por Chile y analizaremos con especial énfasis su redacción.

Análisis comparativo de medidas antiabuso en los Modelos CDI:

A continuación, desarrollaremos un análisis pormenorizado de los distintas rentas que contienen los Modelos, explicando de forma clara los límites conceptuales de los distintos beneficiarios del CDI y las medidas antiabuso objetivas y subjetivas que encontramos en cada uno de los artículos. Debemos entender que tanto el Modelo OCDE y el Modelo ONU fueron realizados con objetivos comunes. Por un lado, terminar con la doble tributación para así incentivar la inversión de capitales extranjeros, y por otro, evitar la elusión fiscal internacional de aquellos sujetos de derecho que no se encuentran

beneficiados del Convenio, o que estándolo, utilizan figuras o estrategias para estar afectos a una tributación menor a la que les corresponde. En este marco se conciben una serie de reglas antiabuso generales y específicas en los Modelos.⁹⁰

3.1 Personas o entidades beneficiarias de los CDI.

3.1.1 Concepto de Residencia:

Es importante recalcar -como se explicó de manera exhaustiva en el capítulo anterior- que la “residencia” es uno de los elementos subjetivos principales para limitar a los beneficiarios de las distintas ventajas fiscales de los CDI. La residencia se refiere a las personas naturales, jurídicas o entidades que se pueden ver beneficiados por un CDI, las que pueden aprovechar las ventajas tributarias que éstos otorgan si cumplen con los requisitos establecidos en los Modelos. Así, debemos comprender en primer lugar el rol del residente en los CDI:

Convenio OCDE	Convenio ONU
Art 1: “La presente Convención se aplicará a las personas que sean residentes de uno de los Estados contratantes o de ambos. “	Art 1: El presente Convenio se aplica a las personas residentes de uno o de ambos Estados contratantes. “

Se puede observar que ambas cláusulas ocupan un mismo criterio de delimitación de aquellos beneficiados por los Convenios, utilizan el concepto de “persona residente” o “residencia” de uno de los estados suscriptores del CDI. Podemos señalar que del artículo se extraen dos requisitos básicos: ser persona y ser residente. El primero de ellos se debe analizar de forma conjunta con el artículo 3.1 de ambos Modelos, que señala: “Letra a) el término “personas” comprende a las personas físicas, las sociedades y cualquier otra agrupación de personas... Letra b) cualquier persona jurídica o cualquier entidad que se considere persona jurídica a efectos impositivos.”⁹¹ Este concepto ha sido considerado por la doctrina como amplio, debido a que son personas para el Modelo no solo las personas físicas y jurídicas, sino que comprende un amplio concepto de personas beneficiarias, pudiendo ser “cualquier

⁹⁰ Las cláusulas anti abuso expresadas en este capítulo han sido obtenidas en base a la referencia establecida en los comentarios al artículo primero del Modelo Convenio de la ONU, en la página 46, y en el texto Instituto de Estudios Fiscales Español, en el artículo de medidas anti abuso en los convenios para evitar la doble tributación, de la autora Amelia Maroto Sáez y trabajos del profesor Español Félix Borrego Vega (previamente citado).

⁹¹ *Ibíd.* 24 Pág.26.

entidad que se considere persona jurídica”. Hace una clara alusión al derecho interno de cada país al momento de determinar cuáles son las personas o conjunto de personas que son consideradas personas jurídicas o entidades que son contribuyentes para efectos tributarios en cada país.

El segundo requisito es que la persona sea residente del Estado contratante para ser beneficiado por el CDI. Para entender este concepto debemos revisar la definición conceptual del artículo 4 del Convenio OCDE y ONU. Para abarcar una mejor comprensión estableceremos un paralelo:

Convenio OCDE	Convenio ONU
<p>Art 4: “A los efectos de este Convenio, la expresión “residente de un Estado contratante” significa toda persona que, en virtud de la legislación de ese Estado, esté sujeta a imposición en el mismo en razón de su <u>domicilio, residencia, sede de dirección o cualquier otro criterio de naturaleza análoga</u>, incluyendo también a ese Estado y a sus subdivisiones políticas o entidades locales. Esta expresión no incluye, sin embargo, a las personas que estén sujetas a imposición en ese Estado exclusivamente por la renta que obtengan de fuentes situadas en el citado Estado o por el patrimonio situado en el mismo.”</p>	<p>Art 4: “A los efectos de la presente Convención, la expresión “residente de un Estado contratante” significa toda persona que, en virtud de la legislación de ese Estado, esté sujeta a impuestos en él por razón de su domicilio, residencia, <u>lugar de constitución</u>, sede de dirección o cualquier otro criterio análogo, y abarca también a ese Estado y a sus subdivisiones políticas o sus administraciones locales. La expresión, sin embargo, no incluirá a las personas que solo estén sujetas a impuestos en ese Estado si obtienen rentas de fuentes en ese Estado o de capitales situados en él.”</p>

El requisito que establece este primer párrafo del artículo 4 de ambos Convenios, busca diferenciar el Estado fuente de la renta, del Estado residencia del contribuyente para poder limitar de forma clara aquellos que son beneficiarios del CDI. Si hacemos un análisis detallado, podemos señalar que no se establece un criterio unitario de residencia, sino que se realiza una referencia directa a la legislación interna de los países suscriptores del CDI respectivo, estableciendo como requisito que exista un grado de sujeción o vinculación impositiva entre la persona y el Estado suscripto del CDI⁹²

Sin embargo, no es suficiente la sujeción entre la persona y el Estado, así lo explica el profesor Vega Borrego: *“Cualquier criterio que en virtud del Derecho interno suponga la sujeción de la renta mundial obtenida no es suficiente para tenerlo considerado de residencia para los efectos del Convenio. Solamente el criterio interno de sujeción para la renta mundial obtenida es alguno de los mencionados*

⁹² VAQUER FERRER, FRANCISCO ANTONIO. “Las sociedades de personas en el ámbito de los convenios para evitar la doble imposición”. Thomson Reuters, 2016. Pág. 139.

en el Modelo, se adquiere la condición de residente a los efectos del CDI".⁹³ En este análisis encontramos una diferencia rotunda entre ambos Convenios, en efecto, en el Modelo de la OCDE se establecen como criterios de sujeción "su domicilio, residencia, sede de dirección o cualquier otro criterio de naturaleza análoga". En cambio, el Convenio ONU establece en razón de su "domicilio, residencia, lugar de constitución, sede de dirección o cualquier otro criterio análogo". A primera vista podemos distinguir que el criterio de la ONU utiliza como uno de los criterios el lugar de constitución de personas jurídicas, el que no se considerado, prima facie, en el Convenio OCDE.

Esta diferencia se expresa en que el Convenio OCDE se aboca solamente a criterios materiales para poder determinar la sujeción (domicilio, residencia, sede, establecimiento), dejando fuera aquellos criterios formales o externos, como la nacionalidad (personas naturales) o el lugar constitución (personas jurídicas). Uno de los ejemplos clásicos que sigue la visión más amplia del Modelo ONU, son los CDI suscritos por Estados Unidos, los que determinan la sujeción del impuesto a un criterio o factor de la nacionalidad, conforme a su normativa interna.

Es importante recalcar la razón o fundamento de las diferencias en los criterios de sujeción de los distintos Modelos. En primer lugar, el Modelo OCDE tiene un criterio material que cumple con la finalidad de beneficiar al país de residencia del contribuyente, busca establecer criterios de sujeción con el país de residencia de la persona. Así, se fomenta a los países desarrollados y en vías de desarrollo a exportar capitales, industrias y tecnologías a países menos desarrollados, como contrapartida, son favorecidos con su tributación. En cambio, el Modelo ONU, al considerar criterios formales como la nacionalidad y la constitución de personas jurídicas, lo que está buscando es beneficiar a los Estados fuente de la renta, permitiéndole afectar con sus tributos las rentas obtenidas de las distintas actividades. Por tanto, busca beneficiar a los Estados menos desarrollados que son receptores de inversiones de capitales, para que las ganancias generadas por las inversiones se encuentren afectas a impuestos en este país

Dentro del análisis específico de los CDI chilenos podemos encontrar que no es unitaria la política con respecto a los criterios de sujeción, pero existe una preeminencia del concepto de residencia en los términos concedidos por la ONU. En las respectivas cláusulas se utilizan criterios de conexión amplios, como el lugar de constitución o la nacionalidad, más la excepción, podría ser el CDI suscrito con Australia que se limita a una conexión material, al estilo del Modelo OCDE.

⁹³ Ibid. 24. Pág 225.

- **Tabla Comparativa de los CDI chilenos**

<p>CDI chilenos que siguen el Modelo ONU: <i>domicilio, residencia, <u>lugar de constitución</u>, sede de dirección o cualquier otro criterio análogo</i>⁹⁴</p>	<p>CDI chilenos que siguen el Modelo OCDE: <i>“su domicilio, residencia, sede de dirección o cualquier otro criterio de naturaleza análoga”</i></p>
<ul style="list-style-type: none"> • Irlanda (2005) • Reino Unido (2005) • Estados Unidos (no vigente) • Portugal (2009) • Uruguay (No vigente) • Polonia (2004) • Tailandia (2010) • Perú (2004) • Suiza (2011) • Argentina (2016) • Suecia (2004) • Austria. (2013) • Sudáfrica (2016) • Bélgica (2010) • Rusia (2013) • Brasil (2004) • República Checa (2017) • Canadá (2000) • Colombia (2010) • Corea (2004) • China (2017) • Croacia (2005) • Dinamarca (2005) • Ecuador (2004) • España (2004) • Francia (2007) • Italia (2017) • Malasia (2009) 	<ul style="list-style-type: none"> • Australia (2014)

⁹⁴ El cuadro es obtenido de los CDI suscritos y vigentes por el Estado de Chile, con fecha 9 de agosto del 2017. Información obtenida de página web del SII.

<ul style="list-style-type: none"> • México (1998) • Noruega (2004) • Nueva Zelanda (2003) 	
---	--

El término de residencia y su ductilidad conceptual han sido por años una de las principales vías de planificación abusiva. La doctrina internacional ha establecido que la principal forma de abuso son las "conduit companies". Las que han sido definidas por la OCDE como: *"Company set up in connection with a tax avoidance scheme, whereby income is paid by a company to the conduit and then redistributed by that company to its shareholders as dividends, interest, royalties, etc"* (Empresa constituida en relación con un plan de evasión fiscal, por el cual los ingresos son pagados por una empresa para conducirlos y luego redistribuidos por esa compañía a sus accionistas, a través de dividendos, intereses, regalías, etc.).⁹⁵

Ahora bien, las "conduit companies" se subdividen en dos tipos de actividades elusivas. Por una parte, el "direct conduit" o estrategia directa, toda vez que no se produce tributación o es más bien reducida dado el tratamiento tributario favorable que goza en el Estado intermedio. Podríamos ejemplificar con el caso chileno- venezolano señalado en la introducción, en cuyo caso el Estado intermedio sería Canadá.⁹⁶ Por otro lado, están las "Stepping Stone conduities"⁹⁷ o empresas trampolines, como vimos en el ejemplo respecto a las sociedades instrumentales del capítulo II.

La pregunta que cabe hacer y a su vez responder en razón de las formas de abuso antes vistas es: ¿Cuáles son las medidas antiabuso o cláusulas que debe insertar un país en sus CDI, con la finalidad de eliminar o limitar las planificaciones abusivas, con respecto al concepto de residencia?

La OCDE, tanto en los Comentarios al artículo primero del Modelo como en el Proyecto BEPS, ha desarrollado una amplia gama remedios o medidas para evitar el abuso en los CDI. Desde definiciones del concepto de residente, limitación de beneficios, sujeción de impuestos, país más favorable,

⁹⁵ <http://www.oecd.org/ctp/glossaryoftaxterms.htm> Traducción libre del autor.

⁹⁶ Página 24 de este trabajo se señala el caso de una empresa que reparte dividendos a personas naturales venezolanas y estas establecen una residencia en Canadá con la intención de verse beneficiados de las tasas reducidas del CDI.

⁹⁷ Página 40 de este trabajo se señala el caso de una empresa que tiene varias filiales en distintos países y como tributa de forma beneficiosa en los distintos Estados, en razón de verse beneficiados de las tasas reducidas del CDI y extensiones tributarias locales.

cláusula general antiabuso, etc. Cada una de las que han sido estudiadas de forma específica en este trabajo, con sus ventajas y desventajas para ajustarlas a la política fiscal internacional de un país determinado.

En este sub- capítulo sólo vamos a detallar aquellas cláusulas antiabuso contenidas en los CDI suscritos por Chile. Las que se encuentran específicamente, en el artículo 4 de los CDI suscritos por Chile, el que hace referencia al concepto de residencia y a las disposiciones especiales del Capítulo V de los CDI. En especial, si existen cláusulas de limitación de beneficios que determinan si un individuo es “residente calificado” para poder beneficiarse de las desgravaciones tributarias u otras que ayudan a limitar el abuso.

En el artículo cuarto encontramos la limitación de criterios de conexión entre el sujeto y el Estado para poder establecer la residencia específica del contribuyente, por lo tanto, es un criterio subjetivo para poder evitar el abuso. Como advertimos, en la mayoría de Convenios suscritos por Chile que siguen una fórmula formal establecidas por el Modelo ONU, se adopta una postura más favorable (o menos desfavorable) a los países fuente de la renta frente a la residencia. Sin embargo, este tipo de formulación otorga una ventaja a planificadores abusivos, los que pueden fácilmente establecer residencia en el país con la mera constitución de una sociedad. Esta alternativa puede materializarse, con nuestra actual ley chilena, en un solo día. No obstante, el Convenio con Australia es el único que excluye la posibilidad de obtener la residencia con la mera constitución o nacionalidad de la persona, siguiendo el criterio de la OCDE. Con esto se sigue los criterios de conexión y así la posibilidad que planificadores abusivos establezcan residencias de forma sencilla. En consecuencia, limita principalmente la posibilidad de Treaty Shopping de personas naturales.

En las regulaciones de los CDI, en el capítulo de “Disposiciones Especiales”, podemos encontrar varias formas de limitar el abuso que han sido consideradas por los distintos CDI chilenos. Entre ellas, podemos mencionar la cláusula de limitación de beneficios o de propósito principal de la operación (PPT), o de limitaciones genéricas de abuso. Estas modificaciones contenidas en los nuevos Convenios que han sido suscritos por Chile desde el 2010, provienen de una política impulsada por la OCDE, en específico en el Proyecto BEPS, como vimos anteriormente. En los Convenios vigentes y suscritos por Chile se contempla una medida antiabuso en sus disposiciones especiales:

- **Tabla Comparativa de los CDI chilenos**

CDI chilenos que no contienen una cláusula de limitación de beneficios. ⁹⁸	CDI chilenos que contienen una cláusula de limitación de beneficios o PPT
<ul style="list-style-type: none"> • Irlanda (2005) • Reino Unido (2005) • Portugal (2009) • Polonia (2004) • Tailandia (2010) • Perú (2004) • Suiza (2011) • Argentina (2016) • Suecia (2004) • Austria. (2013) • Sudáfrica (2016) • Bélgica (2010) • Brasil (2004) • República Checa (2017) • Canadá (2000) • Corea (2004) • Croacia (2005) • Dinamarca (2005) • Ecuador (2004) • España (2004) • Francia (2007) • Malasia (2009) • México (1998) • Noruega (2004) 	<ul style="list-style-type: none"> • Estados Unidos (no vigente) • Uruguay (No vigente) • Nueva Zelanda (2003) • Colombia (2010) • Australia (2014) • China (2017) • Italia (2017) • Rusia (2013)

Cabe analizar de forma específica las distintas cláusulas antiabuso insertadas en las disposiciones especiales de los CDI suscritos por Chile. Encontramos a cinco Convenios que utilizan una cláusula PPT y a cuatro que tienen cláusulas LOB.

En los casos de China, Argentina, Uruguay y Estados Unidos encontramos cláusulas de limitación de beneficios. Es importante subrayar que el Convenio con China se encuentra vigente desde el 9 de

⁹⁸ El cuadro es obtenido de los CDI suscritos y vigentes por el Estado de Chile, con fecha 9 de agosto del 2017. Información obtenida de página web del SII.

enero del 2017; el de Argentina desde el 27 de diciembre del 2016 y los Convenios con Estados Unidos y Uruguay se encuentra suscrito, más no vigente. Podemos concluir que la cláusula de limitación de beneficios ha sido una política impulsada en los últimos dos años por el SII, que posiciona a Chile entre los estándares OCDE y cumple con algunas políticas impulsadas por el Proyecto BEPS. Se podría señalar que es una política que se insertará en las negociaciones de los futuros CDI chilenos.

Las cláusulas de limitación de beneficios de estos CDI siguen de forma similar los estándares del Modelo OCDE. Establecen cláusulas de participación en bolsa, propiedad, actividad y buena fe. Resulta clave indicar que este es un medio muy útil para poder limitar de forma efectiva el Treaty shopping, al señalar de forma específica que para verse beneficiado de las desgravaciones tributarias se requiere ser "Persona o Residente Calificado".

En los Convenios suscritos con Nueva Zelanda, Colombia, Australia, Italia y Rusia encontramos cláusulas de propósito principal de la operación o PPT. Es vital entender que estos Convenios se encuentran vigentes desde 2012 a 2016 y utilizan esta cláusula de exclusión de algunos beneficios específicos de los CDI. En el Convenio con Italia se establece de forma explicativa y general para limitar a los beneficiados cuando: *"No obstante las demás disposiciones de este Convenio, no se concederá un beneficio de este Convenio con relación a una renta si, teniendo en cuenta todos los hechos y circunstancias relevantes, es razonable concluir que la obtención de tal beneficio fue uno de los principales propósitos de cualquier estructura o transacción que ha resultado directa o indirectamente en tal beneficio, a menos que se establezca que el otorgamiento del beneficio en esas circunstancias está en conformidad con el objeto y finalidad de las disposiciones pertinentes de este Convenio."*⁹⁹

En concreto, las cláusulas PPT atacan de forma genérica a las rentas creadas mediante estructuras artificiosas con el único propósito de obtener beneficios o desgravaciones tributarias. No obstante, en los mismos artículos se hace referencia a las limitaciones de los beneficiarios en algunas rentas específicas, como en las ganancias obtenidas por Establecimientos Permanentes, en razón a porcentajes de tributación y a triangulaciones de treaty shopping. Por otro lado, limitan los

⁹⁹Artículo 27, "Convenio entre el gobierno de Chile y el gobierno de la república de Italia para para eliminar la doble imposición con relación a los impuestos sobre la renta y el patrimonio y para prevenir la elusión y evasión fiscal." Miércoles 12 de abril del 2017.

beneficiarios en los casos de dividendos, regalías e intereses cuyas rentas gozan de una tasa presente por parte del país fuente, entre otras cláusulas que serán revisadas en las rentas en cuestión.

3.1.2 Establecimiento Permanente

El concepto de “establecimiento permanente” ha tenido una evolución durante los últimos años, con una especial rigurosidad conceptual por los juristas en el ámbito del Derecho Tributario Internacional. Se ha debido desarrollar (y limitar) un concepto adecuado para que no exista abuso ni exclusión exagerada de contribuyentes que se deben beneficiar legítimamente de un Convenio. Luego de múltiples cambios en los distintos Modelos, tanto el de la OCDE como el de la ONU, se alcanzan conceptos generales que van acompañados de ejemplos de aplicación y de exclusión, a saber:

Convenio OCDE	Convenio ONU
<p>Art. 5 A efectos del presente Convenio, la expresión “establecimiento permanente” significa un lugar fijo de negocios mediante el cual una empresa realiza toda o parte de su actividad. La expresión “establecimiento permanente” comprende, en especial: las sedes de dirección; las sucursales; las oficinas; las fábricas; los talleres; y las minas, los pozos de petróleo o de gas, las canteras o cualquier otro lugar de extracción de recursos naturales. Una obra o un proyecto de construcción o instalación sólo constituyen establecimiento permanente si su duración excede de doce meses.</p>	<p>Art. 5 Para los efectos de la presente Convención, por “establecimiento permanente” se entenderá cualquier local o de negocios en el que se desarrolle, total o parcialmente, la actividad de la empresa. En particular, se considerarán “establecimientos permanentes”: a) Los centros administrativos; b) Las sucursales; c) Las oficinas; d) Las fábricas; e) Los talleres; y f) Las minas, los pozos de petróleo o de gas, las canteras u otros lugares de extracción de recursos naturales. La expresión “establecimiento permanente” comprenderá, asimismo: a) Unas obras, una construcción o un proyecto de instalación o montaje o unas actividades de inspección relacionadas con ellos, pero solo cuando tales obras, proyecto o actividades continúen durante un período superior a seis meses; b) La prestación de servicios por una empresa, incluidos los servicios de consultores, por intermedio de sus empleados o de otro personal contratado por la empresa para este fin, pero solo en el caso de que las actividades de esa naturaleza prosigan (en relación con el mismo proyecto o con un proyecto conexo) en un Estado contratante durante un período o períodos que sumen o excedan en total más de 183 días en cualquier período de doce meses que empiece o termine durante el año calendario considerado.</p>

De la definición de establecimiento permanente, según el profesor Carlos García- Olías Jiménez y la mayoría de la doctrina, se extrapolan tres requisitos básicos: a) la existencia de un lugar de negocios (instalaciones, maquinarias o equipo); b) que éste sea de carácter fijo, con cierto grado de permanencia y temporalidad; c) que las actividades económicas de la empresa se lleven a cabo en este lugar fijo¹⁰⁰. Si examinamos estos tres requisitos en las definiciones antes señaladas podemos encontrar una diferencia importante entre ambos Modelos. Así, vemos que el Modelo OCDE cumple con los tres requisitos antes señalados. En cambio, en los Modelos de la ONU no se establece el carácter de fijo¹⁰¹. Debemos comprender que el concepto “fijo” no debe ser entendido como un establecimiento físico de un lugar concreto (concebido de esta manera en los primeros Modelos de Convenio), sino que busca identificar un grado de permanencia temporal en el lugar de negocios.

En la definición del concepto hallamos una brecha que permitiría el abuso de una forma más sencilla en el Modelo ONU debido a que no contempla que el lugar debe ser fijo. Facilitaría entonces la posibilidad de realizar planificaciones abusivas del tipo Treaty Shopping, al permitirse constituir establecimientos permanentes de forma más sencilla en países intermediarios o pantalla para poder aprovechar de manera artificiosa el CDI. La principal vía de abuso sería la utilización de triangulaciones entre Estados diferentes para aprovechar sus ventajas tributarias y además verse beneficiados de sus Convenios, con una disminución o eliminación de la base imponible o tasas impositivas.

En materia de CDI suscritos y vigentes por Chile debemos analizar si se siguen los criterios establecidos por la OCDE o la ONU, específicamente si determinan como requisito del establecimiento permanente su carácter de “fijeza”:

- **Tabla Comparativa de los CDI chilenos**

¹⁰⁰GARCÍA- OLÍAS JIMÉNEZ, CARLOS. “El concepto tributario de establecimiento permanente”, 2011. Pág. 229.

¹⁰¹ Se ha señalado que el Modelo ONU al no contener como requisito el carácter de fijeza, establece criterios más amplios o laxos para determinar la existencia de un establecimiento permanente. Con la intención de favorecer o no limitar la tributación de los estados fuentes, especialmente respecto de las rentas empresariales del Artículo 7 del Convenio. Como un efecto, no deseado, es que por otro lado, también permite que se constituyan, con más facilidad, establecimientos permanentes con la finalidad de eludir impuestos.

CDI chilenos que contienen una limitación con respecto al requisito de que el establecimiento permanente sea “fijo”, siguiendo el Modelo OCDE	CDI chilenos que no contienen una limitación con respecto al requisito de que el establecimiento permanente sea “fijo”, siguiendo el Modelo ONU
<ul style="list-style-type: none"> • Irlanda (2005) • Reino Unido (2005) • Estados Unidos (no vigente) • Portugal (2009) • Uruguay (No vigente) • Polonia (2004) • Tailandia (2010) • Perú (2004) • Suiza (2011) • Argentina (2016) • Suecia (2004) • Austria. (2013) • Sudáfrica (2016) • Bélgica (2010) • Rusia (2013) • Brasil (2004) • República Checa (2017) • Canadá (2000) • Colombia (2010) • Corea (2004) • China (2017) • Croacia (2005) • Dinamarca (2005) • Ecuador (2004) • España (2004) • Francia (2007) • Italia (2017) • Malasia (2009) • México (1998) • Noruega (2004) • Nueva Zelanda (2003) • Australia (2014) 	<ul style="list-style-type: none"> • Se encuentra limitado en todos los Convenios suscritos por Chile.

Es pertinente concluir que el Estado chileno tiene regulada de forma uniforme el concepto de Establecimiento Permanente en todos sus CDI, definiéndolo como: “Un lugar fijo de negocios mediante el cual una empresa realiza toda o parte de su actividad.”¹⁰² La definición cumple entonces con los tres requisitos antes señalados y cumple con los estándares establecidos por la OCDE, al ser más exigente limita las posibilidades de creación de establecimientos permanentes por parte de los contribuyentes, que tienen como única finalidad realizar planificaciones abusivas.

En el artículo quinto de ambos Modelos encontramos límites temporales que se contemplan sobre algunas actividades específicas como la construcción y las prestaciones de servicio. Son establecidos como requisitos mínimos para que un contribuyente se considere establecimiento permanente de un Estado y, por tanto, si bien permite que el Estado fuente pueda gravar las rentas empresariales, a su vez permite ser beneficiario de los regímenes tributarios favorables de los CDI. Estas reglas temporales han sido consideradas por la doctrina internacional como cláusulas antiabuso de ambos convenios. El Convenio ONU hace referencia a 6 meses de permanencia en proyectos de construcción de obra y a 186 días al año de permanencia para empresas prestadoras de servicios. En cambio, vemos una aplicación más restrictiva en el Modelo OCDE donde se establece un plazo mínimo de 12 meses de permanencia para los establecimientos de construcción de obra. Esta regla nuevamente se ha constituido en una vía para contrarrestar el establecimiento de sociedades trampolín o la realización de triangulaciones con miras a tributar menos o a no tributar, es decir, realizar planificaciones de Treaty Shopping.

En relación a los CDI suscritos y vigentes por Chile, debemos examinar si siguen los criterios establecidos por la OCDE o la ONU, específicamente, en cuanto a los límites temporales de cada uno de ellos:

Tabla Comparativa de los CDI chilenos

CDI chilenos y sus limitaciones temporales respecto a las distintas rentas de establecimientos temporales.
--

¹⁰² Artículo 5, “Convenio entre el gobierno de Chile y el gobierno de la república popular China para para eliminar la doble imposición con relación a los impuestos sobre la renta y el patrimonio y para prevenir la elusión y evasión fiscal.”. Lunes 9 de enero del 2017.

- Estados Unidos (3 meses recursos naturales,6 meses construcción y 183 días en prestación de servicios)
- China (6 meses construcción y 183 días en la prestación de servicios)
- Noruega (6 meses en construcción y 6 meses en prestación servicios)
- Uruguay (6 meses construcción, operación equipo grande y valioso 183 días, prestación de servicios 183 días)
- Irlanda (6 meses construcción y 183 días en servicios prestados por empresas o personas naturales)
- Reino Unido (6 meses construcción y 183 días en servicios prestados por empresas o personas naturales)
- Portugal (6 meses construcción y 183 días en servicios prestados por empresas o personas naturales)
- Paraguay (6 meses construcción y 183 días en servicios prestados por empresas o personas naturales)
- Polonia (6 meses en construcción y 6 meses en prestación servicios)
- Tailandia (6 meses construcción y 183 días en la prestación de servicios)
- Perú (6 meses construcción y 183 días en servicios prestados por empresas o personas naturales)
- Suiza (6 meses construcción y 183 días en la prestación de servicios)
- Argentina (6 meses construcción, operación de equipos grandes y valiosos 183 días, prestación de servicios 183 días)
- Suecia (6 meses construcción y 183 días en servicios prestados por empresas o personas naturales)
- Austria (6 meses construcción y 183 días en servicios prestados por empresas o personas naturales)
- Sudáfrica (6 meses construcción y 183 días en servicios prestados por empresas o personas naturales)
- Bélgica (6 meses construcción y 183 días en servicios prestados por empresas o personas naturales)
- Rusia (6 meses construcción y 183 días en prestación de servicios empresas)
- Brasil (6 meses construcción)
- República Checa (183 días en construcción y 183 días en servicios prestados por empresas o personas naturales)
- Canadá (6 meses construcción y 183 días en servicios prestados por empresas o personas naturales)
- Colombia (6 meses construcción y 183 días en prestación de servicios empresas)
- Corea (6 meses construcción y 183 días en servicios prestados por empresas o personas naturales)
- Croacia (6 meses construcción y 183 días en servicios prestados por empresas o personas naturales)
- Dinamarca (6 meses construcción y 183 días en prestación de servicios empresas)
- Ecuador (6 meses en construcción y 6 meses en prestación servicios)
- España (6 meses construcción y 183 días en servicios prestados por empresas o personas naturales)
- Francia (6 meses construcción y 183 días en servicios prestados por empresas o personas naturales)
- Italia (6 meses construcción y 183 días en servicios)
- Malasia (6 meses construcción y 183 días en servicios prestados por empresas o personas naturales)
- México (6 meses construcción y 183 días en servicios)
- Nueva Zelanda (6 meses construcción, 6 meses de utilización de maquinarias, servicios prestados 183 días)
- Australia (6 meses construcción, operación equipo grande y valioso 183 días, prestación de servicios 183 días)

días y además establece reglas para sociedades subsidiarias)¹⁰³

De la tabla, podemos concluir que todos los CDI suscritos y vigentes en Chile siguen el límite temporal establecido en el Modelo de la ONU al considerar un plazo de permanencia de seis meses en los casos de empresas de construcción y 186 días de permanencia en el Estado donde prestan servicios profesionales como empresas o personas naturales independientes. Existen algunas excepciones específicas que incluyen otras rentas, como son los casos de los CDI con Argentina y Uruguay, que agregan las operaciones de equipos grandes y valiosos, o de Estados Unidos que agrega las empresas que desarrollan negocios sobre recursos naturales. De esta forma la cláusula más común utilizada en los Convenios suscritos por Chile es redactada de la siguiente forma:

“a) una obra o proyecto de construcción, instalación o montaje y las actividades de supervisión relacionadas con ellos, pero sólo cuando dicha obra, proyecto de construcción o actividad tenga una duración superior a seis meses; b) la prestación de servicios por parte de una empresa, incluidos los servicios de consultorías, por intermedio de empleados u otras personas naturales encomendados por la empresa para ese fin en el caso de que tales actividades prosigan en el país durante un período o períodos que en total excedan de 183 días, dentro de un período cualquiera de doce meses.”¹⁰⁴

Podemos señalar que Chile en materia de temporalidad ha definido límites claros para la creación de establecimientos permanentes de personas jurídicas respecto de ciertas actividades. Se limitaría así la posibilidad que ciertas empresas se constituyan con la única voluntad de beneficiarse de las desgravaciones tributarias. No obstante, se podría establecer un límite temporal más exigente como son los parámetros de los Convenios OCDE. Pero hay que ser cauteloso con los límites temporales muy extensos debido a que podrían conllevar externalidades negativas que afectan a contribuyentes que tienen un comportamiento no abusivo pero que no cumplen con las limitaciones temporales establecidas, viéndose entonces excluidos de la aplicación del Convenio.

En el siguiente cuadro vamos a analizar situaciones que excluyen la presencia de establecimientos

¹⁰³ El cuadro es obtenido de los CDI suscritos y vigentes por el Estado de Chile, con fecha 9 de agosto del 2017. Información obtenida de página web del SII.

¹⁰⁴ Artículo 5, “Convenio entre el gobierno de Chile y el gobierno de la república de Portugal para para eliminar la doble imposición con relación a los impuestos sobre la renta y el patrimonio y para prevenir la elusión y evasión fiscal.” 1 de enero del 2009.

permanentes en ambos Modelos. Uno de sus objetivos, junto con dar más claridad, sería el de desincentivar la constitución de estos establecimientos permanentes para evitar que contribuyentes hagan usos abusivos y por esta vía obtengan beneficios tributarios de los CDI. Pero como externalidad negativa (debido a su rigidez en algunos casos), se limita el beneficio a contribuyentes que deberían ser beneficiarios del Convenio.

Convenio OCDE	Convenio ONU
<p>La utilización de instalaciones con el único fin de almacenar, exponer o entregar bienes o mercancías pertenecientes a la empresa; El mantenimiento de un depósito de bienes o mercancías pertenecientes a la empresa con el único fin de almacenarlas, exponerlas o entregarlas; El mantenimiento de un depósito de bienes o mercancías pertenecientes a la empresa con el único fin de que sean transformadas por otra empresa; El mantenimiento de un lugar fijo de negocios con el único fin de comprar bienes o mercancías o de recoger información para la empresa; El mantenimiento de un lugar fijo de negocios con el único fin de realizar para la empresa cualquier otra actividad de carácter auxiliar o preparatorio; El mantenimiento de un lugar fijo de negocios con el único fin de realizar cualquier combinación de las actividades mencionadas en los subapartado a) a e), a condición de que el conjunto de la actividad del lugar fijo de negocios que resulte de esa combinación conserve su carácter auxiliar o preparatorio.</p>	<p>No obstante las disposiciones precedentes del presente artículo, se entenderá que la expresión "establecimiento permanente" no comprende: a) El uso de instalaciones destinadas exclusivamente a almacenar o exponer bienes o mercancías pertenecientes a la empresa; b) El mantenimiento de existencias de bienes o mercancías pertenecientes a la empresa con fines exclusivos de almacenamiento o exposición; c) El mantenimiento de existencias de bienes o mercancías pertenecientes a la empresa con el fin exclusivo de que los elabore otra empresa; d) El mantenimiento de un local de negocios dedicado exclusivamente a la compra de bienes o mercancías o a la obtención de información para la empresa; El mantenimiento de un local fijo de negocios dedicado exclusivamente a realizar, por cuenta de la empresa, cualquier otra actividad de carácter preparatorio o auxiliar; f) El mantenimiento de un local fijo de negocios dedicado exclusivamente a una combinación de las actividades mencionadas en los apartados a) a e), siempre que la actividad del local fijo de negocios resultante de esa combinación sea de carácter preparatorio o auxiliar.</p>

Los organismos internacionales han analizado cuidadosamente las distintas exclusiones dado que los contribuyentes realizan planificaciones tributarias que permiten eludir los giros establecidos en el apartado recién señalado y con esto, obtienen ventajas fiscales indebidas. En consecuencia, dentro del Proyecto BEPS se contempló la acción Siete: "Impedir la Elusión Artificiosa del Estatuto de Establecimiento Permanente". El principal objetivo de la Acción Siete es realizar un estudio de las

exclusiones y el trato tributario que se le da al establecimiento permanente, con el fin de eliminar la elusión y evasión fiscal internacional. Expone las formas de evitar cada uno de los casos de treaty shopping que se relacionan con la configuración de establecimiento permanente.

En la misma acción se arriba a algunas conclusiones. En primer lugar, no está claro en el Modelo OCDE cuando se refiere a “actividades sean auxiliares o preparatorias”, lo que sucede cuando el giro principal de la empresa es la realización de servicios auxiliares o una filial con objetivos elusivos. Por lo tanto, promueve a los países a implementar una distinción respecto al uso del concepto, pudiendo esclarecer cuando una empresa tiene como giro principal el desarrollo de actividades con servicios auxiliares o cuando estas actividades cumplen efectivamente con un carácter de servicios auxiliares al giro principal. En segundo lugar, se incitó a incluir cláusulas anti-fragmentación, para que así las empresas no se fraccionen en sociedades distintas con el objetivo de obtener ventajas fiscales indebidas. Cabe recalcar que los CDI chilenos contemplan varias de las exclusiones desarrolladas en los Modelos, pero no incluyen las modificaciones del Proyecto BEPS y siguen los estándares aplicados en el Modelo de Convenio OCDE.

Dentro de ambos Modelos, existe una alusión a la tributación de los aseguradores y corredores. Fijan requisitos mínimos que deben cumplir para ser comprendidos como establecimientos permanentes y para poder acceder a las desgravaciones tributarias. Los corredores dentro de los distintos Modelos han sido regulados de forma extensiva ya que han sido un mecanismo común para realizar treaty shopping.

Convenio OCDE	Convenio ONU
<p>5. No obstante las disposiciones de los párrafos 1 y 2, cuando un agente independiente (al que le será aplicable el apartado 6) actúe por cuenta de una empresa y tenga y ejerza habitualmente en un Estado contratante poderes que la faculden para concluir contratos en nombre de la empresa, se considerará que esa empresa tiene un establecimiento permanente en ese Estado respecto de las actividades que dicha persona realice para la empresa, a menos que las actividades de esa persona se limiten a las mencionadas en el apartado 4 y que, de haber sido realizadas por</p>	<p>No obstante las disposiciones de los párrafos 1 y 2, cuando una persona, a menos que se trate de un representante independiente al que se aplique el párrafo 7, actúe en un Estado contratante en nombre de una empresa del otro Estado contratante, se considerará que esa empresa tiene un establecimiento permanente en el primer Estado contratante con respecto a cualesquiera actividades que esa persona emprenda para la empresa, si esa persona:</p> <p>a) <u>Tiene y habitualmente ejerce en ese Estado poderes para concertar contratos en nombre de la empresa, a no ser que las actividades de esa persona se limiten a las mencionadas en el</u></p>

<p>medio de un lugar fijo de negocios, no hubieran determinado la consideración de dicho lugar fijo de negocios como un establecimiento permanente de acuerdo con las disposiciones de ese apartado.</p> <p>“6. No se considera que una empresa tiene un establecimiento permanente en un Estado contratante por el mero hecho de que realice sus actividades en ese Estado por medio de un corredor, un comisionista general o cualquier otro agente independiente, siempre que dichas personas actúen dentro del marco ordinario de su actividad.</p> <p>7. El hecho de que una sociedad residente de un Estado contratante controle o sea controlada por una sociedad residente del otro Estado contratante o que realice actividades empresariales en ese otro Estado (ya sea por medio de establecimiento permanente o de otra manera), no convierte por sí solo a cualquiera de estas sociedades en establecimiento permanente de la otra.”</p>	<p><u>párrafo 4 que, si se ejercieran por medio de un local fijo de negocios, no harían de ese local fijo de negocios un establecimiento permanente en virtud de las disposiciones de dicho párrafo; o</u></p> <p><u>b) No tiene esos poderes pero mantiene habitualmente en el primer Estado existencias de bienes o mercancías que utiliza para entregar regularmente bienes o mercancías por cuenta de la empresa.</u></p> <p>6. No obstante las disposiciones anteriores del presente artículo, se considerará que una empresa aseguradora de un Estado contratante tiene, salvo por lo que respecta a los reaseguros, un establecimiento permanente en el otro Estado si recauda primas en el territorio de ese Estado o si asegura contra riesgos situados en él por medio de una persona que no sea un representante independiente al que se aplique el párrafo 7.</p> <p>7. No se considerará que una empresa de un Estado contratante tiene un establecimiento permanente en el otro Estado contratante por el solo hecho de que realice en ese otro Estado operaciones comerciales por mediación de un corredor, un comisionista general o cualquier otro representante independiente, siempre que esas personas actúen en el desempeño ordinario de sus negocios. No obstante, cuando ese representante realice todas o casi todas sus actividades en nombre de tal empresa, y entre esa empresa y el representante en sus relaciones comerciales y financieras se establezcan o impongan condiciones que difieran de las que se habría establecido entre empresas independientes, dicho representante no será considerado como representante independiente en el sentido del presente párrafo.</p> <p>8. El hecho de que una sociedad de uno de los Estados contratantes controle a una sociedad del otro Estado contratante o esté controlada por ella, o de que realice operaciones comerciales en ese otro Estado (por mediación de un establecimiento permanente o de otra manera), no bastará</p>
---	--

	por sí solo para equiparar ninguna de dichas sociedades a un establecimiento de la otra.
--	--

Encontramos que ambos Modelos con la finalidad de restringir el concepto de establecimiento permanente, contienen límites o exclusiones distintas. Cabe recalcar que el Modelo de la OCDE señala exclusiones y cuidados que debe tener la autoridad tributaria para no permitir que terceros actúen como intermediarios de otras empresas o comisionistas. Con la intención de generar sociedades instrumentales que tienen la única finalidad de eludir la ley tributaria local, beneficiándose de las desgravaciones tributarias del CDI. En cambio, el Modelo ONU además de establecer exclusiones similares al Modelo OCDE, agrega criterios objetivos para poder determinar si un establecimiento permanente es o no residente del Estado fuente del CDI. Principalmente, utiliza una serie de requisitos que debe tener el establecimiento permanente. Uno de los principales requisitos es la habitualidad (aun cuando este concepto también es utilizado por el Modelo de la OCDE). El modelo de la ONU lo utiliza de forma más amplia y como un concepto legal determinado por la autoridad tributaria para considerar que una persona es residente o no de un Estado. El Modelo señala como referencia a los mecanismos de la autoridad tributaria para determinar si un establecimiento es o no habitual la conservación de bienes muebles (mercadería) o bienes inmuebles (sucursales). Estos conceptos y requisitos ayudan a limitar los abusos enfocados principalmente en sociedades instrumentales y en la búsqueda de distintas formas jurídicas establecidas en un tercer país para aprovechar los beneficios del CDI.

En materia de CDI suscritos por Chile, con respecto a las exclusiones y limitaciones establecidas con referencia a los corredores, aseguradoras e intermediarios, se pueden dividir en dos categorías. Esta clasificación es correlativa a los años de suscripción de los tratados, donde hubo una evolución importante en el siglo XXI. Fenómeno que se puede explicar por las presiones de organismos internacionales en el Proyecto BEPS para fijar límites claros a los conceptos, con el fin de evitar conductas abusivas.

Tenemos una primera limitación o exclusión que sigue de forma íntegra el Modelo de la OCDE, se puede observar una redacción literal del precepto, en los CDI vigentes con: Noruega, Argentina, Suiza, Suecia, Estados Unidos, entre otros.

Un segundo grupo de CDI sigue la redacción del Modelo OCDE, pero agrega un numeral al artículo quinto que establece una limitación y regulación específica respecto de las empresas aseguradoras. Disponen que para que sean consideradas establecimiento permanente requieren: *“No obstante las disposiciones anteriores del presente artículo, se considerará que una empresa aseguradora de un Estado contratante tiene, salvo por lo que respecta a los reaseguros, un establecimiento permanente en el otro Estado si recauda primas en el territorio de ese Estado o si asegura contra riesgos situados en él por medio de una persona que no sea un representante independiente al que se aplique el párrafo 7.”*¹⁰⁵ Esta redacción es idéntica a la contemplada en el Convenio de la ONU señalada con anterioridad. Podemos encontrarla en los CDI suscritos por Chile con Portugal, Irlanda, Sudáfrica, Tailandia, entre otros.

En resumen, se puede concluir que en cuanto al concepto de establecimiento permanente ha existido una importante evolución conceptual. Esta fortalece a la autoridad tributaria para discernir cuando existe un interés económico en el establecimiento o cuando es solamente una fachada para obtener los beneficios. Con respecto a los CDI chilenos, se puede señalar que existe una evolución de la redacción del artículo quinto de los Convenios, que ha ido estableciendo de a poco mayores límites y exclusiones a las planificaciones abusivas.

3.2 Rentas establecidas en los Convenios de Doble Tributación

3.2.1 Beneficios empresariales

El artículo 7 de ambos Modelos establece la tributación específica de los beneficios empresariales. Cabe recalcar que este artículo fue modificado en el Modelo 2010 de la OCDE, el que servirá de guía para establecer limitaciones conceptuales y cláusulas antiabuso. El artículo 7 explica cómo se deben tratar los beneficios empresariales percibidos por establecimientos permanentes. La regla general es que los beneficios empresariales generados en un Estado determinado solo pueden gravarse en el Estado en cuestión. Sin embargo, cambia la regla en los casos en que los beneficios empresariales son generados por un establecimiento permanente constituido en otro Estado, pues esas rentas también podrán ser gravadas por el Estado donde fueron obtenidas. Por lo tanto, encontramos una regla de tributación compartida entre el Estado fuente y el de residencia. El fundamento de esta regla es señalado por Rodolfo Salassa Boix: *“gira en torno a la idea internacionalmente aceptada de que una*

¹⁰⁵ Artículo 5, “Convenio entre el gobierno de Chile y el gobierno de la república de Portugal para para eliminar la doble imposición con relación a los impuestos sobre la renta y el patrimonio y para prevenir la elusión y evasión fiscal.” 1 de enero del 2009.

empresa residente en un Estado Contratante, que realiza actividades empresariales en otro Estado Contratante, no participa de forma relevante en la vida económica de este último, sino opera en su territorio a través de un establecimiento permanente".¹⁰⁶ Es sumamente relevante el determinar si las rentas son o no generadas por una sucursal o establecimiento permanente debido a que esto va a cambiar la forma de tributar de los contribuyentes.

El Modelo OCDE del 2010 ha generado una independencia económica y funcional del establecimiento permanente de la casa matriz. Esto se refleja en la redacción del numeral segundo y tercero del Convenio, que establece:

Convenio OCDE	Convenio ONU
<p>1. Los beneficios de una empresa de un Estado contratante solamente pueden someterse a imposición en ese Estado, a no ser que la empresa realice su actividad en el otro Estado contratante por medio de un establecimiento permanente situado en él. Si la empresa realiza su actividad de dicha manera, los beneficios imputables al establecimiento permanente de conformidad con las disposiciones del apartado 2 pueden someterse a imposición en ese otro Estado.</p> <p>2. A los efectos de este artículo, y del artículo [23 A] [23 B], los beneficios imputables al establecimiento permanente en cada Estado contratante a los que se refiere el apartado 1 son aquellos que el mismo hubiera podido obtener, particularmente en sus operaciones con otras partes de la empresa, si fuera una empresa distinta e independiente que realizase actividades idénticas o similares, en las mismas o análogas condiciones, teniendo en cuenta las funciones desarrolladas, los activos utilizados y los riesgos asumidos por la empresa a través del establecimiento permanente y de las restantes partes de la empresa.</p>	<p>Los beneficios de una empresa de un Estado contratante solamente podrán someterse a imposición en ese Estado, a no ser que la empresa efectúe operaciones en el otro Estado por medio de un establecimiento permanente situado en él. En tal caso, dichos beneficios podrán ser gravados en el otro Estado, pero solamente en la parte atribuible a: a) ese establecimiento permanente; b) las ventas en ese otro Estado de bienes o mercancías de tipo idéntico o similar al de las ventas por medio de ese establecimiento permanente, o c) otras actividades comerciales de naturaleza idéntica o similar a la de las efectuadas por medio del citado establecimiento permanente.</p>

¹⁰⁶ RODOLFO SALASSA BOIX. "El tratamiento de los beneficios empresariales según el Modelo de Convenio OCDE 2010 y su repercusión para la red chilena de convenios de doble imposición". Revista de Derecho Universidad Católica del Norte. Año 21. N1. 2014. Pág. 257

En el caso de las utilidades o beneficios empresariales recibidos por sociedades determinadas, por regla general, deben tributar en el Estado donde se devengaron o percibieron las ganancias de capital y luego en el Estado de residencia del accionista. Pero el Modelo establece una cláusula en el artículo 7, que tiene la finalidad de eliminar la doble imposición de los establecimientos permanentes con sucursal en otro Estado, existiendo así la posibilidad de ser gravados por el Estado donde se encuentra el establecimiento y no tributar en el en la matriz.

Esta es una forma de limitar que los contribuyentes aprovechen regímenes fiscales más favorables en ganancias de capital percibidas en terceros Estados. Ambos Modelos establecen cláusulas distintas con el objetivo común de limitar el abuso en la “búsqueda de un acuerdo más favorable”. Por una parte, el Modelo OCDE establece una cláusula de beneficiario efectivo, que limita la tributación del Estado fuente de la renta solamente a las rentas generadas por el establecimiento permanente y no a otras actividades secundarias que podrían beneficiarse del CDI. Por otra parte, el Modelo ONU establece una especie de limitación a algunas rentas específicas que pueden optar a los beneficios de tributación del artículo 7, para que el contribuyente pueda tributar en el país de residencia del establecimiento permanente.

Por tanto, estas dos formas de limitar el abuso son efectivas y sirven como posibles cláusulas antiabuso en los CDI. Los países deben ser cuidadosos con la estipulación de estas cláusulas, debido a que si son muy limitativas pueden afectar el objetivo principal del CDI, a saber, la posibilidad de eliminar la doble imposición.

En los CDI chilenos no encontramos las actualizaciones del Modelo de la OCDE del 2008 ni las cláusulas antiabuso recién señaladas. Podemos mencionar algunas limitaciones interesantes que se especifican en algunos Convenios: En los CDI de Noruega, Reino Unido, Italia, Malasia, entre otros, se señala la siguiente cláusula, que intenta alertar a la autoridad tributaria para poder determinar que no es suficiente requisito para considerar a un establecimiento permanente por la venta de bienes o mercaderías, sino que se requiere cumplir con otros estándares establecidos en el artículo 5 del CDI. La cláusula está redactada de la siguiente forma: “No se atribuirá ningún beneficio a un establecimiento permanente por el mero hecho de que éste compre bienes o mercancías para la

empresa.”¹⁰⁷

3.2.2 Dividendos:

El artículo 10 de ambos Convenios trata la tributación de los dividendos, los que se encuentran definidos de forma similar en ambos Convenios. Vamos a remitirnos al Modelo ONU para comprender de forma cabal a qué hecho gravado nos estamos refiriendo: *“El término “dividendos” empleado en el presente artículo comprende los rendimientos de las acciones, de las acciones o bonos de disfrute, de las partes de minas, de las acciones de fundador o de otros derechos, excepto los de crédito, que permitan participar en los beneficios, así como en las rentas de otras participaciones sociales que estén sometidas al mismo trato fiscal que los rendimientos de las acciones por la legislación del Estado en que resida la sociedad que los distribuya.”*¹⁰⁸ Previamente señala que los dividendos deberán tributar por regla general en el Estado de residencia del contribuyente, sin embargo, también pueden someterse a tributación en el Estado pagador de dividendos (de donde provienen los dividendos), pero con una tasa reducida señalada en el CDI. Para limitar el abuso y no permitir que los contribuyentes utilicen la tasa rebajada cuando no son beneficiarios del Convenio, se establecieron las siguientes cláusulas en los Modelos:

Convenio OCDE	Convenio ONU
<p>...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:</p> <p>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;</p>	<p>...Sin embargo, estos dividendos también podrán someterse a imposición en el Estado contratante en que resida la sociedad que pague los dividendos y de acuerdo con la legislación de ese Estado, pero si el propietario beneficiario de los dividendos es residente del otro Estado contratante, el impuesto así exigido no podrá exceder de:</p> <p>...Las disposiciones de los párrafos 1 y 2 no se aplicarán si el propietario beneficiario de los dividendos, residente de un Estado contratante, realiza operaciones comerciales en el otro Estado contratante del que sea residente la sociedad que pague los dividendos, por medio de un establecimiento permanente situado en él, o presta en ese</p>

¹⁰⁷ Artículo 7, “Convenio entre el gobierno de Chile y el gobierno del Reino Unido e Irlanda del Norte para para eliminar la doble imposición con relación a los impuestos sobre la renta y el patrimonio y para prevenir la elusión y evasión fiscal.” 21 de diciembre del 2004.

¹⁰⁸ Modelo Convenio de las Naciones Unidas, Artículo 10.

<p>...Las disposiciones de los apartados 1 y 2 no son aplicables si <u>el beneficiario efectivo de los dividendos</u>, residente de un Estado contratante, realiza en el otro Estado contratante, del que es residente la sociedad que paga los dividendos, una actividad empresarial a través de un establecimiento permanente situado allí y la participación que genera los dividendos está vinculada efectivamente a dicho establecimiento permanente. En tal caso son aplicables las disposiciones del artículo 7.</p> <p>5. Cuando una sociedad residente de un Estado contratante obtenga beneficios o rentas procedentes del otro Estado contratante, ese otro Estado no podrá exigir impuesto alguno sobre los dividendos pagados por la sociedad, salvo en la medida en que esos dividendos se paguen a un residente de ese otro Estado o la participación que genera los dividendos esté vinculada efectivamente a un establecimiento permanente situado en ese otro Estado, ni tampoco someter los beneficios no distribuidos de la sociedad a un impuesto sobre las mismas, aunque los dividendos pagados o los beneficios no distribuidos consistan, total o parcialmente, en beneficios o rentas procedentes de ese otro Estado.</p>	<p>otro Estado servicios personales independientes desde un centro fijo situado en él, y la participación por la que se paguen los dividendos está vinculada efectivamente con ese establecimiento permanente o centro fijo. En tal caso, se aplicarán las disposiciones del artículo 7 o del artículo 14, según corresponda.</p> <p>5. Cuando una sociedad residente de un Estado contratante obtenga beneficios o rentas procedentes del otro Estado contratante, este otro Estado contratante no podrá exigir ningún impuesto sobre los dividendos pagados por la sociedad, excepto si esos dividendos se pagan a un residente de ese otro Estado o si la participación por la que se paguen los dividendos está vinculada efectivamente con un establecimiento permanente o un centro fijo situado en ese otro Estado, ni someter los beneficios no distribuidos de la sociedad a un impuesto sobre los beneficios no distribuidos, aunque los dividendos pagados o los beneficios no distribuidos consistan, total o parcialmente, en beneficios o rentas procedentes de ese otro Estado.</p>
---	--

En ambos Modelos se utilizan cláusulas idénticas llamadas de *beneficiario efectivo* que tienen como principal objetivo limitar a los contribuyentes que se benefician de la tasa reducida de impuestos. Para ello, excluye a los contribuyentes que utilizan sociedades instrumentales, de papel o creadas solamente para beneficiarse de la tasa reducida establecida en el CDI. La Circular 57 del 2009 del SII que, para poder identificar si un contribuyente es el beneficiario efectivo de la renta, establece que debemos basarnos en las especificaciones de la OCDE sobre “conduit arrangements” o “acuerdos instrumentales”. En la que define este concepto como los : “...acuerdos son aquellos, por el medio de los cuales un residente del Estado con derecho al beneficio de los CDI, 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 la renta, en cualquier tiempo, de cualquier forma y a cualquier título que implique perder la facultad de disponer de dicha renta por parte del preceptor original, o cualquier

*otra persona que no reside en los Estados contratantes*¹⁰⁹

Algunas de las características importantes para considerar a una sociedad instrumental o para verificar la existencia de un acuerdo instrumental, son la disponibilidad de un lugar físico, existencia de activos en el Estado, existencia de contratos de traspaso, el manejo de utilidades, comisión por las transferencias, etc. En síntesis, si un contribuyente es catalogado como sociedad instrumental o utiliza acuerdos instrumentales no será considerado beneficiario efectivo de la renta, lo que significa que tampoco será beneficiario del CDI y por tanto simplemente deberá tributar conforme a la normativa interna de cada Estado.

Los CDI suscritos por Chile se pueden clasificar en dos categorías. Primero, en aquellos Convenios que consideran que para poder acceder a las desgravaciones tributarias de los dividendos se requiere ser beneficiario efectivo. Y segundo, en aquellos CDI que además de ser beneficiario efectivo, contienen una cláusula de propósito principal o PPT, como la siguiente que es redactada en el CDI con Tailandia: *“Las disposiciones de este artículo no se aplicarán si el propósito o uno de los principales propósitos de cualquier persona vinculada con la creación o atribución de las acciones u otros derechos en relación con los cuales los dividendos se pagan, fuera el sacar ventajas de este artículo mediante tal creación o atribución.”*¹¹⁰ En la siguiente tabla clasificaremos los CDI en alguna de las dos categorías ya señaladas:

- **Tabla Comparativa de los CDI chilenos**

CDI chilenos que sólo contienen la referencia al Beneficiario Efectivo	CDI chilenos que contienen la referencia al Beneficiario Efectivo y una cláusula de PPT
<ul style="list-style-type: none">• México (1998)• Nueva Zelanda (2003)• Colombia (2010)• Australia (2014)• España (2004)• Ecuador (2004)• Dinamarca (2005)• Croacia (2005)• Corea (2004)	<ul style="list-style-type: none">• Tailandia (2010)• Irlanda (2005)• Suecia (2004)• Sudáfrica (2016)• Reino Unido (2005)• Malasia (2009)

¹⁰⁹ Circular 57/2009.

¹¹⁰ Artículo 10, “Convenio entre el gobierno de Chile y el gobierno del Tailandia para para eliminar la doble imposición con relación a los impuestos sobre la renta y el patrimonio y para prevenir la elusión y evasión fiscal.” 5 de mayo del 2010.

<ul style="list-style-type: none"> • Canadá (2000) • Suiza (2011) • Brasil (2004) • Bélgica (2010) • Polonia (2004) • Perú (2004) • China (2017) • Estados Unidos (No vigente) • Paraguay (2009) • Portugal (2009) • Rusia (2013) • República Checa (2017) • Francia (2007) • Italia (2017) • Uruguay (No vigente) • Noruega (2004) • Argentina (2016) 	
---	--

Cabe mencionar que Chile (en materia de dividendos) se ha reservado en todos los CDI el derecho de aplicar nuestra tributación a los dividendos provenientes de nuestro país, sin que le sean aplicables las tasas limitativas establecidas en el artículo 10 de los Modelos CDI a los Estados fuentes de este tipo de renta. Aunque el caso chileno será tratado en un Capítulo posterior, a modo de ejemplo, el CDI con Francia en la parte pertinente del artículo 10, reza como sigue: *“Las disposiciones de este párrafo no afectan la imposición de la sociedad respecto de los beneficios con cargo a los que se paguen los dividendos. Las disposiciones de este párrafo no limitaran la aplicación del Impuesto Adicional a pagar en Chile en la medida que el Impuesto de Primera Categoría sea deducible contra el Impuesto Adicional.”*¹¹¹

3.2.3 Intereses

El artículo 11 de ambos Modelos establece la tributación respecto a los intereses, los que son definidos de forma similar por ambos Modelos. Entienden *“El término “intereses”, en el sentido de este artículo, significa las rentas de créditos de cualquier naturaleza, con o sin garantía hipotecaria o cláusula de*

¹¹¹ Artículo 10, Convenio entre la República de Chile y la República Francesa para evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal respecto a los impuestos a la renta y patrimonio.

participación en los beneficios del deudor, y en particular las rentas de valores públicos y las rentas de bonos y obligaciones, incluidas las primas y premios unidos a esos títulos. Las penalizaciones por mora en el pago no se consideran intereses a efectos del presente artículo.” ¹¹²En el mismo sentido que los dividendos, los Modelos establecen tasas máximas de tributación al Estado fuente de los intereses, que en la mayoría de los superan el 10% del monto del interés. Las cláusulas son las siguientes:

Convenio OCDE	Convenio ONU
<p>2. Sin embargo, dichos intereses pueden someterse también a imposición en el Estado contratante del que procedan y según la legislación de ese Estado, pero si el beneficiario efectivo de los intereses es un residente del otro Estado contratante, el impuesto así exigido no podrá exceder del 10 por 100 del importe bruto de los intereses. Las autoridades competentes de los Estados contratantes establecerán de mutuo acuerdo las modalidades de aplicación de ese límite.</p> <p>Las disposiciones de los apartados 1 y 2 no son aplicables si el <u>beneficiario efectivo de los intereses</u>, residente de un Estado contratante, realiza en el otro Estado contratante, del que proceden los intereses, una actividad empresarial por medio de un establecimiento permanente situado allí, y si el crédito que genera los intereses está vinculado efectivamente a dicho establecimiento permanente. En tal caso son aplicables las disposiciones del artículo</p> <p>5. Los intereses se consideran procedentes de un Estado contratante cuando el deudor sea un residente de ese Estado. Sin embargo, cuando el deudor de los intereses, sea o no residente de un Estado contratante, tenga en un Estado contratante un establecimiento permanente en relación con el cual se haya contraído la deuda por la que se pagan los intereses, y estos últimos son soportados por el citado establecimiento permanente, dichos intereses se</p>	<p>Sin embargo, estos intereses podrán someterse también a imposición en el Estado contratante del que procedan y de acuerdo con la legislación de este Estado, pero si el propietario beneficiario de los intereses es residente del otro Estado contratante, el impuesto así exigido no podrá exceder del ___% (el porcentaje se determinará mediante negociaciones bilaterales) del importe bruto de los intereses. Las autoridades competentes de los Estados contratantes determinarán, de mutuo acuerdo, la forma de aplicar este límite.</p> <p>Las disposiciones de los párrafos 1 y 2 no se aplicarán si el <u>propietario beneficiario de los intereses</u>, residente de un Estado contratante, realiza operaciones comerciales en el otro Estado contratante del que procedan los intereses, por medio de un establecimiento permanente situado en él, o presta en ese otro Estado servicios personales independientes desde un centro fijo situado en él, y el crédito por el que se paguen los intereses está vinculado efectivamente con a) ese establecimiento permanente o centro fijo, o con b) las actividades mencionadas en el apartado c) del párrafo 1 del artículo 7. En tales casos se aplicarán las disposiciones del artículo 7 o del artículo 14, según corresponda.</p> <p>5. Los intereses se considerarán procedentes de un Estado contratante cuando el deudor sea un residente de ese Estado. Sin embargo, cuando el deudor de los intereses, sea o no residente de un Estado contratante, tenga en un Estado</p>

¹¹² *Ibíd.* 16. Pág 29.

<p>considerarán procedentes del Estado contratante en que esté situado el susodicho establecimiento permanente.</p> <p>6. Cuando en razón de las relaciones especiales existentes entre el deudor y el beneficiario efectivo, o de las que uno y otro mantengan con terceros, el importe de los intereses, habida cuenta del crédito por el que se paguen, exceda del que hubieran convenido el deudor y el acreedor en ausencia de tales relaciones, las disposiciones de este artículo no se aplicarán más que a este último importe. En tal caso la cuantía en exceso podrá someterse a imposición de acuerdo con la legislación de cada Estado contratante, teniendo en cuenta las demás disposiciones del presente Convenio.</p>	<p>contratante un establecimiento permanente o un centro fijo en relación con el cual se haya contraído la deuda que dé origen a los intereses y este establecimiento o centro fijo soporte el pago de los mismos, los intereses se considerarán procedentes del Estado en que esté situado el establecimiento permanente o centro fijo.</p> <p>6. Cuando, por las relaciones especiales existentes entre el deudor y el propietario beneficiario, o entre ambos y cualquier otra persona, el importe de los intereses, habida cuenta del crédito por el que se paguen, exceda del importe que se habría acordado por el deudor y el propietario beneficiario en ausencia de tales relaciones, las disposiciones del presente artículo no se aplicarán más que a este último importe. En tal caso el exceso podrá someterse a imposición de acuerdo con la legislación de cada Estado contratante, teniendo en cuenta las demás disposiciones de la presente Convención.</p>
---	--

Es relevante indicar que los Modelos de Convenio, al igual como ocurre con los dividendos analizados anteriormente, incluyen una cláusula de beneficiario efectivo con las mismas repercusiones y limitaciones que en el artículo 10 del Modelo. Nuevamente ambos Modelos, tanto OCDE como ONU, contienen una normativa muy similar.

Respecto a los CDI chilenos podemos realizar la misma clasificación que en los dividendos. En efecto, todos establecen la cláusula del beneficiario efectivo como requisito mínimo para verse beneficiado de las desgravaciones tributarias. Sin embargo, sólo algunos señalan además una cláusula de propósito principal, un ejemplo es el CDI vigente con el Reino Unido, el que redacta la cláusula de la siguiente forma: *“Las disposiciones de este artículo no se aplicarán si el propósito principal o uno de los principales propósitos de cualquier persona vinculada con la creación o atribución del crédito en*

relación al cual los intereses se pagan, sea el de obtener ventajas de este artículo mediante tal creación o atribución.”¹¹³. Los CDI chilenos se dividen en los dos sub-grupos antes individualizados:

- **Tabla Comparativa de los CDI chilenos**

CDI chilenos que sólo contienen la referencia al Beneficiario Efectivo	CDI chilenos que contienen la referencia al Beneficiario Efectivo y una cláusula de PPT
<ul style="list-style-type: none"> • Nueva Zelanda (2003) • Colombia (2010) • Australia (2014) • España (2004) • Croacia (2005) • Suiza (2011) • China (2017) • Estados Unidos (No vigente) • Portugal (2009) • Rusia (2013) • República Checa (2017) • Francia (2007) • Italia (2017) • Uruguay (No vigente) 	<ul style="list-style-type: none"> • Tailandia (2010) • Irlanda (2005) • Suecia (2004) • Sudáfrica (2016) • Reino Unido (2005) • Polonia (2004) • Noruega (2004) • Malasia (2009) • Argentina (2016) • Paraguay (2009) • Perú (2004) • Bélgica (2010) • Brasil (2004) • Canadá (2000) • Corea (2004) • Dinamarca (2005) • Ecuador (2004) • México (1998)

Respecto al último cuadro, podemos observar que aquellos que contienen la cláusula PPT para los intereses tienen cierta primacía. Esto se explica debido a que los intereses no tienen una limitación en la aplicación regulada por la ley local, como si ocurre con los dividendos, los que por regla general no se les aplica el CDI

¹¹³ Artículo 10, “Convenio entre el gobierno de Chile y el gobierno del Reino Unido e Irlanda del Norte para para eliminar la doble imposición con relación a los impuestos sobre la renta y el patrimonio y para prevenir la elusión y evasión fiscal.” 1 de enero del 2015.

La cláusula PPT sirve como medida antiabuso genérica, sin necesidad de recurrir al beneficiario efectivo. Como vimos en el capítulo II, es un concepto indeterminado, cambiante y de difícil prueba para el contribuyente y para el órgano administrativo. En suma, podríamos señalar que es sumamente efectivo que se contenga una norma de cómo la que se contempla en los intereses.

Además, cabe recalcar que ambos Modelos utilizan en el párrafo sexto una medida antiabuso distinta llamada por la doctrina como *cláusula dirigida a operaciones entre sociedades vinculadas*. La que tiene como objetivo primordial evitar posibles abusos de la limitación impositiva de las tasas, producto de las relaciones existentes entre el deudor y el beneficiario efectivo. Está expresada de forma uniforme en los CDI suscritos por Chile, con la siguiente redacción: *“Cuando en razón de las relaciones especiales existentes entre el deudor y el beneficiario efectivo, o de las que uno y otro mantengan con terceros, el importe de los intereses habida cuenta del crédito por el que se paguen exceda del que hubieran convenido el deudor y el beneficiario efectivo en ausencia de tales relaciones, las disposiciones de este Artículo no se aplicarán más que a este último importe. En tal caso, la cuantía en exceso podrá someterse a imposición de acuerdo con la legislación de cada Estado Contratante, teniendo en cuenta las demás disposiciones del presente Convenio.”*¹¹⁴.

3.2.4 Cánones o Regalías:

El artículo 12 de ambos Modelos establece las regalías o cánones, las que son definidas por el Modelo OCDE como *“las cantidades de cualquier clase pagadas por el uso, o la concesión de uso, de derechos de autor sobre obras literarias, artísticas o científicas, incluidas las películas cinematográficas, de patentes, marcas, diseños o modelos, planos, fórmulas o procedimientos secretos, o por informaciones relativas a experiencias industriales, comerciales o científicas.”*¹¹⁵ Por regla general, las regalías tributan en el Estado donde se encuentra el propietario o beneficiario efectivo de la renta, es decir, en la residencia del contribuyente. Sin embargo, se establece en los Modelos que si el contribuyente que obtiene la ganancia de la regalía tiene un establecimiento permanente en el Estado fuente de la renta, las ganancias de cánones o regalías deberán tributar en el Estado fuente donde se encuentra el establecimiento permanente, también establece la posibilidad que el Estado de residencia grave las rentas, pero con limitaciones de tasas señaladas en los distintos CDI, las que

¹¹⁴ Artículo 11, “Convenio entre el gobierno de Chile y el gobierno de Polonia para para eliminar la doble imposición con relación a los impuestos sobre la renta y el patrimonio y para prevenir la elusión y evasión fiscal.” 1 de enero del 2004.

¹¹⁵ Modelo Convenio de las Naciones Unidas, Artículo 12

oscilan entre el 5% y el 15%. En razón de esto último, en materia de cánones son sumamente importantes las cláusulas antes vistas sobre establecimiento permanente y su rigurosidad, porque determinaran si las ganancias tributan en el Estado fuente de la renta o en el de residencia. En el mismo sentido que los dividendos e intereses, el Modelo establece limitantes para aquellos beneficiados por las rentas de regalías en Estados distintos al que residen.

Convenio OCDE	Convenio ONU
<p>Las disposiciones del apartado 1 y 2 no son aplicables si el <u>beneficiario efectivo de las regalías</u>, residente de un Estado contratante, realiza en el Estado contratante del que proceden las regalías una actividad empresarial por medio de un establecimiento permanente situado allí, y si el bien o el derecho por el que se pagan las regalías está vinculado efectivamente a dicho establecimiento permanente. En tal caso son aplicables las disposiciones del artículo</p> <p>4. Cuando, por las relaciones especiales existentes entre el deudor y el beneficiario efectivo o por las que uno y otro mantengan con terceros, el importe de las regalías, habida cuenta del uso, derecho o información por los que se pagan, exceda del que habrían convenido el deudor y el beneficiario efectivo en ausencia de tales relaciones, las disposiciones de este artículo no se aplicarán más que a este último importe. En tal caso la cuantía en exceso podrá someterse a imposición de acuerdo con la legislación de cada Estado contratante, teniendo en cuenta las demás disposiciones del presente Convenio.</p>	<p>Las disposiciones de los párrafos 1 y 2 no se aplicarán si el <u>propietario beneficiario de los cánones</u>, residente en un Estado contratante, realiza operaciones comerciales en el otro Estado contratante del que procedan los cánones, por medio de un establecimiento permanente situado en él, o presta en ese otro Estado servicios personales independientes desde un centro fijo situado en él, y el derecho o propiedad por el que se paguen los cánones está vinculado efectivamente con a) ese establecimiento permanente o centro fijo, o con b) las actividades comerciales mencionadas en el apartado c) del párrafo 1 del artículo 7. En tales casos se aplicarán las disposiciones del artículo 7 o del artículo 14, según corresponda.</p> <p>5. Los cánones se considerarán procedentes de un Estado contratante cuando el deudor sea un residente de ese Estado. Sin embargo, cuando el deudor de los cánones, sea o no residente en un Estado contratante, tenga en un Estado contratante un establecimiento permanente o un centro fijo en relación con el cual se haya contraído la obligación de pagar los cánones y este establecimiento o centro fijo soporte el pago de los mismos, los cánones se considerarán procedentes del Estado en que esté situado el establecimiento permanente o centro fijo.</p> <p>6. Cuando, por las relaciones especiales existentes entre el deudor y el propietario beneficiario o entre ambos y cualquier otra persona, el importe de los cánones, habida cuenta del uso, derecho o información por el que se paguen, exceda del importe que habría sido acordado por el deudor y el propietario beneficiario en ausencia de tales relaciones, las</p>

	disposiciones de este artículo no se aplicarán más que a este último importe. En tal caso, el exceso podrá someterse a imposición de acuerdo con la legislación de cada Estado contratante, teniendo en cuenta las demás disposiciones de la presente Convención.
--	---

Las cláusulas antiabuso expresadas en la tributación de cánones y regalías son similares en ambos Modelos. El Convenio OCDE establece la regla general de beneficiario efectivo antes analizada y además agrega una regla de relaciones especiales en la cual se establece que en el caso de la relación entre un deudor y el propietario beneficiario para recibir el importe de las regalía por un monto determinado, cualquier ganancia por sobre este monto deberá tributar conforme a las reglas generales de los países en cuestión. Por lo tanto, establece una limitante al sujeto beneficiario, limitando lo establecido en el contrato.

- Respecto a los CDI chilenos podemos realizar la misma clasificación que en los dividendos e intereses. Todos los CDI chilenos establecen la cláusula del beneficiario efectivo como requisito mínimo para verse beneficiado de las desgravaciones tributarias. Pero sólo algunos establecen además una cláusula de propósito principal, un ejemplo es el CDI vigente con Irlanda que redacta la cláusula de la siguiente forma: *“Las disposiciones de este artículo no se aplicarán si el propósito principal o uno de los principales propósitos de cualquier persona vinculada con la creación o atribución de derechos en relación a los cuales las regalías se pagan, fuera de sacar ventajas de este artículo mediante tal creación o atribución.”*¹¹⁶. Los CDI chilenos se dividen de la siguiente forma en los dos sub-grupos antes individualizados: **Tabla Comparativa de los CDI chilenos**

CDI chilenos que sólo contienen la referencia al Beneficiario Efectivo	CDI chilenos que contienen la referencia al Beneficiario Efectivo y una cláusula de PPT
--	---

¹¹⁶ Artículo 12, “Convenio entre el gobierno de Chile y el gobierno de Irlanda para para eliminar la doble imposición con relación a los impuestos sobre la renta y el patrimonio y para prevenir la elusión y evasión fiscal.” 1 de enero del 2009.

<ul style="list-style-type: none"> • Nueva Zelanda (2003) • Colombia (2010) • Australia (2014) • España (2004) • Croacia (2005) • Suiza (2011) • China (2017) • Estados Unidos (No vigente) • Portugal (2009) • Rusia (2013) • República Checa (2017) • Francia (2007) • Italia (2017) • Uruguay (No vigente) 	<ul style="list-style-type: none"> • Tailandia (2010) • Irlanda (2005) • Suecia (2004) • Sudáfrica (2016) • Reino Unido (2005) • Polonia (2004) • Noruega (2004) • Malasia (2009) • Argentina (2016) • Paraguay (2009) • Perú (2004) • Bélgica (2010) • Brasil (2004) • Canadá (2000) • Corea (2004) • Dinamarca (2005) • Ecuador (2004) • México (1998)
---	--

Podemos deducir de forma similar a los intereses que existe una gran cantidad de Convenios que contienen cláusula de PPT. Limitan totalmente cualquier maniobra de planificación abusiva, simplificando la prueba por parte del Servicio de Impuestos Internos sin necesidad de probar que el contribuyente es beneficiario efectivo. Solamente debe probar que existió una planificación abusiva, sin un interés económico real.

3.2.5 Ganancias de Capital

El artículo 13 de ambos Modelos de Convenio se refiere a las ganancias de capital, las que se producen en situaciones transfronterizas derivadas de la enajenación de propiedad inmobiliaria, mobiliaria, acciones, intangibles, entre otros. La regla general es que las ganancias obtenidas por la enajenación de bienes solamente se pueden someter a la tributación del Estado de residencia del transmitente. Sin embargo, contiene una serie de excepciones o reglas de atribución al Estado fuente para el caso de ventas de un inmueble, de establecimientos permanente o bienes relacionados con éste, acciones de sociedades en tenencia de bienes inmuebles y buques y aeronaves. Estas excepciones permiten que la tributación de los contribuyentes sobre estos bienes se efectúe en el Estado fuente por las ganancias de capital obtenidas. La académica María Teresa Soler explica: “En

estos casos, la razón de ser de la norma, formalmente configurada como regla de atribución es, en realidad, la de una medida anti-abuso a fin de evitar o neutralizar conductas destinadas a eludir la tributación en el Estado de la fuente al amparo de la regla residual de tributación exclusiva en el Estado de residencia". ¹¹⁷

Según importantes catedráticos del Derecho tributario internacional las ganancias de capital han sido históricamente utilizadas por las distintas personas como instrumentos de planificación abusiva. Encontramos una amplia gama de combinaciones con la intención de no tributar en el Estado fuente de la renta. Las principales vías de abuso las encontramos encuadradas con el concepto de Rule Shopping, intentando hacer pasar dichas ganancias de capital, por otras rentas que se encuentran más beneficiadas por los CDI, así evitándose verse gravados en ambos Estados. La principal vía de abuso ejemplificada por la mayoría de los autores es la constitución de una sociedad en el Estado fuente de la renta, en el lugar donde se encuentra el inmueble que se desea vender. La sociedad tiene como accionistas al comprador y vendedor del inmueble en cuestión. La persona que va a realizar la enajenación realiza un aporte de bien inmueble a la sociedad creada en el Estado fuente y el comprador un aporte en dinero, equivalente al precio del valor del bien. Para luego realizar reparticiones de capital a los socios, de esa forma ambas partes reciben las prestaciones sin realizar de forma directa, la venta del bien inmueble. Podemos concluir del ejemplo, que se encuadra una venta de un bien inmueble que debería tributar en el Estado fuente, encubriéndola como una repartición de capitales que se encuadra en el concepto de dividendos o repartición de capital social mueble que tributan en el Estado de residencia y de forma limitada por la tasa señalada en el CDI o su exclusión dependiendo del Convenio.

Siguiendo el razonamiento mencionado al inicio de este sub-capítulo por la profesora María Teresa Soler, quien señala las exclusiones específicas del artículo 13, no son sólo una excepción a la regla general de tributación del de las ganancias de capital, sino que también constituyen una regla antiabuso para limitar planificaciones de Rule Shopping y Treaty Shopping., Al incorporar una obligación de tributar en el Estado fuente, limita la posibilidad de realizar planificaciones abusivas. Tanto en el Modelo OCDE como en el ONU se establecen estas exclusiones en los apartados 13.1, 13.2, 13.3, 13.4 y 13.5:

¹¹⁷ SOLER ROCH, MARÍA TERESA. "La tributación de las ganancias de capital en los modelos de convenios de doble imposición.". Derecho y Sociedad. Pág. 390. Si se cita por primera vez, se debe agregar el año de publicación y la edición.

Convenio OCDE	Convenio ONU
<p>1. Las ganancias que un residente de un Estado contratante obtenga de la enajenación de propiedad inmobiliaria tal como se define en el artículo 6, situada en el otro Estado contratante, pueden someterse a imposición en ese otro Estado. 2. Las ganancias derivadas de la enajenación de propiedad mobiliaria que forme parte del activo de un establecimiento permanente que una empresa de un Estado contratante tenga en el otro Estado contratante, incluyendo las ganancias derivadas de la enajenación de dicho establecimiento permanente (sólo o con el conjunto de la empresa), pueden someterse a imposición en ese otro Estado. 3. Las ganancias derivadas de la enajenación de buques o aeronaves explotados en el tráfico internacional, de embarcaciones utilizadas en la navegación por aguas interiores, o de propiedad mobiliaria afecta a la explotación de dichos buques, aeronaves o embarcaciones, pueden someterse a imposición sólo en el Estado contratante donde esté situada la sede de dirección efectiva de la empresa. 4. Las ganancias obtenidas por un residente de un Estado contratante en la enajenación de acciones, en las que más del 50 por ciento de su valor procede, de forma directa o indirecta, de propiedad inmobiliaria situada en el otro Estado contratante, pueden gravarse en este último.</p>	<p>1. Las ganancias obtenidas por un residente de un Estado contratante de la enajenación de los bienes inmuebles mencionados en el artículo 6 y sitos en el otro Estado contratante solo podrán ser gravadas en ese otro Estado. 2. Las ganancias procedentes de la enajenación de bienes muebles que formen parte del activo de un establecimiento permanente que una empresa de uno de los Estados contratantes mantenga en el otro Estado o de los bienes muebles relacionados con un centro de que disponga un residente de uno de los Estados contratantes en el otro Estado de prestar servicios personales independientes, incluidas las ganancias de la enajenación de dicho establecimiento permanente (tanto por separado como con toda la empresa) o de dicho centro , podrán gravarse en ese otro Estado. 3. Las ganancias procedentes de la enajenación de buques o aeronaves que se exploten en tráfico internacional, o de embarcaciones dedicadas al transporte por aguas interiores, o de bienes muebles relacionados con la explotación de tales buques, aeronaves o embarcaciones, solo serán gravables en el Estado contratante donde esté situada la sede de dirección efectiva de la empresa. 4. Las ganancias procedentes de la enajenación de acciones de capital de una sociedad o de la participación en una sociedad colectiva, fideicomiso o sucesión cuyo activo consista en su mayoría, directa o indirectamente, en bienes inmuebles situados en un Estado contratante, podrán ser gravadas en ese Estado. En particular: a) Ninguna de las disposiciones de este párrafo se aplicará a una sociedad, sociedad colectiva, fideicomiso o sucesión, distintos de una sociedad, sociedad colectiva, fideicomiso o sucesión dedicados a la gestión de bienes inmuebles, cuyo activo consista en su mayoría, directa o indirectamente, en bienes inmuebles usados por esa sociedad, sociedad colectiva, fideicomiso o sucesión en sus actividades comerciales. b) A los efectos del presente párrafo, se entiende por “en su mayoría” en relación con bienes inmuebles el valor de esos bienes inmuebles que sea un 50% superior al valor total de todos los activos de propiedad de la</p>

	sociedad, sociedad colectiva, fideicomiso o sucesión. 5. Las ganancias que no sean las enumeradas en el párrafo 4, percibidas por un residente de un Estado contratante a raíz de la enajenación de las acciones de una sociedad que sea residente del otro Estado contratante, podrán gravarse en ese otro Estado si el enajenante, en cualquier momento durante el período de 12 meses anteriores a dicha enajenación, tuvo una participación directa o indirecta de al menos el ___% (el porcentaje se determinará mediante negociaciones bilaterales) en el capital de esa sociedad
--	--

Respecto a los Modelos antes analizados, ambos establecen una tributación en el Estado fuente de las ganancias capitales obtenidas por las ventas de inmuebles, enajenación de propiedad mobiliaria que forma parte de un activo de establecimiento permanente, enajenación de buques o aeronaves y las enajenaciones de acciones y capital. Respecto a esta última existen importantes diferencias en ambos Modelos. El Modelo OCDE establece una limitación con el porcentaje de la propiedad inmobiliaria situada en el otro Estado, estableciendo un mínimo de 50 % de valor de la propiedad. En cambio, el Modelo ONU introduce una regla de limitación específica de algunas sociedades en el apartado 13.4 letra a), pero que cumple una función similar a la limitación del Modelo OCDE. No obstante, el Modelo ONU agrega el apartado 13.5 que señala una ventaja temporal a la regla estricta del Modelo OCDE, pudiendo no solamente probar el 50% de valor directo o indirecto al momento de percibir la ganancia de capital, sino que puede probar que tenía dicha participación en cualquier periodo de un año calendario. Permite por esta vía una mayor flexibilidad a la autoridad tributaria del país del Estado fuente para poder beneficiarse de los tributos correspondientes a las ganancias de capital. Es importante señalar que estas exclusiones siguen un principio de territorialidad de bienes inmuebles que tributan en el país en que se encuentran.

En los CDI vigentes en Chile, encontramos reglas diversas respecto a las ganancias de capital, las que expondremos en la siguiente tabla:

CDI chilenos que siguen el Modelo OCDE, sin el límite	CDI chilenos que siguen el Modelo	CDI chilenos que establecen otras cláusulas distintas a las establecidas en los Modelos.
---	-----------------------------------	--

del 50%	ONU	
<ul style="list-style-type: none"> • Malasia (2009) • República Checa (2017) • Rusia (2013) • Sudáfrica (2016) • Tailandia (2010) • México (no hace referencia enajenaciones de acciones o capital) (1998) • Nueva Zelanda (no hace referencia enajenaciones de acciones o capital) (2003) • Ecuador (2004) • Dinamarca (Hace una referencia adicional al consorcio aéreo). (2005) • Canadá (no hace referencia enajenaciones de acciones o capital) (2000) • Brasil (no hace referencia enajenaciones de acciones o capital) (2004) • Polonia (2004) • Perú (2004) • Paraguay (2009) • Noruega (2004) 	<ul style="list-style-type: none"> • China (hace una referencia a los requisitos para que sea considerada venta de acciones abiertas a la bolsa de comercio) (2017) 	<ul style="list-style-type: none"> • Reino Unido (2005), Uruguay (no vigente), Italia (2017), Francia (2007), España (2004), Bélgica (2010), Portugal (2009), Suecia (2004) y Argentina (2016): Establece limitaciones en el articulado 13.4, con respecto a las sociedades regulando que la participación del contribuyente en el bien inmueble a enajenar, debe haber sido en la sociedad del Estado fuente de un 50% en periodo de seis meses. En caso de enajenaciones de capital, solicita un 20% de propiedad del contribuyente del Estado fuente en el periodo de 12 meses. Establece la posibilidad de que tributen en el Estado Fuente las ganancias provenientes de acciones o capital social, pero el impuesto no puede ser mayor 16% (otras rentas) • Irlanda (2005), Australia (2014), Estados Unidos (no vigente): Establece algunos límites conceptuales más estrictos¹¹⁸, Establece limitaciones en el articulado 13.4, con respecto a las sociedades señalando con respecto a participación del contribuyente en los inmuebles, requiere un 50% de participación en cualquier momento dentro del periodo de seis meses y en caso de capital un 20% de participación en cualquier momento dentro del periodo en 12 meses. Establece la posibilidad de que tributen en el Estado Fuente las ganancias provenientes de acciones o capital social, pero el impuesto no puede ser mayor 16% (otras rentas), referencia a las pensiones, solo en el Estado Fuente. • Colombia (2010), Croacia (2005), Corea (2004), Austria (2013), Suiza (2011) : Establece limitaciones en el articulado 13.4, con respecto a las sociedades, señalando que la participación del contribuyente en los inmueble un 50% de participación en cualquier

¹¹⁸ El CDI con Estados Unidos, establece algunos límites conceptuales con respecto a los fondos de pensiones, fondos mutuos y las enajenaciones en bolsas bursátiles.

		<p>momento dentro del periodo de seis meses y en caso de capital un 20% de participación en cualquier momento dentro del periodo en 12 meses. Establece la posibilidad de que tributen en el Estado Fuente las ganancias provenientes de acciones o capital social, pero el impuesto no puede ser mayor 17%(Suiza, Colombia, Austria), 20 % (Croacia, Corea).</p>
--	--	---

De la tabla anterior podemos inferir que las diferencias fundamentales en las regulaciones de las ganancias de capital de los CDI chilenos se encuentran en la regulación específica de las ganancias de capital respecto a acciones o ventas de capital social. En las que encontramos principalmente cuatro escenarios:

a) Los CDI de México, Brasil, Canadá, Nueva Zelanda, entre otros. Estos establecen como regla que las acciones o ganancias de capital social deben tributar sólo en el país de residencia de quien obtuvo las ganancias, sin contemplar las exclusiones de los Modelos del artículo 13. Sin embargo, debemos remitirnos a las reglas de cierre del artículo. Las normas de cierre no son uniformes en todos los Convenios chilenos. En algunos casos establece una doble tributación de la ganancia de capital, como es redactada en el CDI con Brasil de la siguiente forma: *"Las ganancias derivadas de la enajenación de cualquier otro bien o derecho distinto de los mencionados en los párrafos anteriores pueden someterse a imposición en ambos Estados Contratantes."*¹¹⁹ En otros casos como el CDI vigente con Malasia, se establece una tributación de las otras rentas, únicamente en el país de residencia del enajenante, en estos casos la cláusula se redacta de la siguiente forma: *"Las ganancias derivadas de la enajenación de cualquier otro bien distinto de los mencionados en los párrafos anteriores sólo pueden someterse a imposición en el Estado Contratante en que resida el enajenante."*¹²⁰ De manera que la regla de cierre, será la que en definitiva determine la forma de tributar de las ganancias de capital de aquellos bienes o derechos que no se encuentran expresamente regulados en este artículo.

¹¹⁹ Artículo 13, "Convenio entre el gobierno de Chile y el gobierno de la república de Brasil para para eliminar la doble imposición con relación a los impuestos sobre la renta y el patrimonio y para prevenir la elusión y evasión fiscal." 1 de enero del 2009.

¹²⁰ Artículo 13, "Convenio entre el gobierno de Chile y el gobierno de Malasia para para eliminar la doble imposición con relación a los impuestos sobre la renta y el patrimonio y para prevenir la elusión y evasión fiscal." 1 de enero del 2004.

b) Los CDI Polonia, Perú, Noruega, Rusia, entre otros. En los que se estipula una regulación respecto a las enajenaciones de acciones y capital en el país fuente, sin ninguna limitación de participación social, constituyendo una regla general que estos van a tributar en el Estado fuente. La redacción de esta cláusula se puede encontrar en el CDI vigente con Perú, el que señala: *“Las ganancias que un residente de un Estado Contratante obtenga por la enajenación de títulos u otros derechos representativos del capital de una sociedad o de cualquier otro tipo de instrumento financiero situados en el otro Estado Contratante pueden someterse a imposición en ese otro Estado Contratante.”*¹²¹

c) El CDI con China que sigue de forma íntegra el Modelo de la ONU, solamente establece la limitación de participación sustancial del 50 % en el valor directo o indirecto de las acciones o capitales vendidos en el periodo de los últimos doce meses. Es importante recalcar que en estos casos se ocupa una de las cláusulas de participación sustancial, como límite a la planificación agresiva por parte de los contribuyentes. La razón de ser de esta cláusula es encontrar el motivo económico real de la operación del contribuyente y con esto poder discriminar si se le aplica la regla de tributación exclusiva del Estado fuente. La cláusula es redactada de la siguiente forma en el CDI vigente con China: *“Las ganancias que un residente de un Estado Contratante obtenga de la enajenación de acciones o de otros derechos cuyo valor derive directa o indirectamente, en cualquier momento durante los tres años precedentes a la enajenación, en más de un 50 por ciento de bienes inmuebles a los que se refiere el Artículo 6 y situados en el otro Estado Contratante, pueden someterse a imposición en ese otro Estado.”*¹²²

d) En los CDI suscritos con Estados Unidos, Reino Unido, Uruguay, Colombia, entre otros. Lo que se conviene es una regulación más compleja que la anterior, porque además de una cláusula de participación sustancial en ventas de acciones de inmuebles, también la considera para los capitales. También establece una norma de cierre que permite que exista en otras rentas la posibilidad de una tributación en el Estado fuente, con un límite máximo de tributación. La redacción de esta cláusula la encontramos de forma íntegra en el CDI vigente con Colombia el que señala: *“Las ganancias que un residente de un Estado Contratante obtenga por la enajenación de acciones u otros derechos representativos del capital de una sociedad residente del otro Estado Contratante, pueden someterse*

¹²¹ Artículo 13, “Convenio entre el gobierno de Chile y el gobierno de la república de Perú para para eliminar la doble imposición con relación a los impuestos sobre la renta y el patrimonio y para prevenir la elusión y evasión fiscal.” 1 de enero del 2004.

¹²² Artículo 13, “Convenio entre el gobierno de Chile y el gobierno de la república popular de China para para eliminar la doble imposición con relación a los impuestos sobre la renta y el patrimonio y para prevenir la elusión y evasión fiscal.” 9 de enero del 2017.

*a imposición en ese otro Estado Contratante si: a) provienen de la enajenación de acciones cuyo valor se derive directa o indirectamente en más de un 50 por ciento de bienes inmuebles situados en el otro Estado Contratante, o b) el perceptor de la ganancia ha poseído, en cualquier momento dentro del periodo de doce meses precedentes a la enajenación, directa o indirectamente, acciones u otros derechos consistentes en un 20 por ciento o más del capital de esa sociedad. Cualquier otra ganancia obtenida por un residente de un Estado Contratante por la enajenación de acciones u otros derechos representativos del capital de una sociedad residente en el otro Estado Contratante también pueden someterse a imposición en ese otro Estado Contratante, pero el impuesto así exigido no podrá exceder del 17 por ciento del monto de la ganancia. No obstante cualquier otra disposición de este párrafo, las ganancias de capital obtenidas por un fondo de pensiones que es residente de un Estado Contratante provenientes de la enajenación de acciones u otros derechos representativos del capital de una sociedad que es residente del otro Estado Contratante, serán gravadas únicamente en el Estado Contratante mencionado en primer lugar.*¹²³ Cabe señalar que encontramos dos cláusulas de participación sustancial. Una respecto a enajenación de bienes inmuebles, que establece un 50% de participación en un periodo de seis meses antes de la enajenación, siendo una regla más estricta que el CDI con China. Y otra que establece en el caso novedoso de la venta de capitales una participación mucho menos exigente del 20% en un periodo de un año. Este Convenio, al igual que el de Estados Unidos, Irlanda y Australia, limita la tributación de las pensiones y las utilidades generadas por estas, debiendo tributar en el Estado fuente de las rentas.

En suma, las ganancias de capital han sufrido transformaciones importantes a lo largo de los años en razón de que han sido rentas que han experimentado un alto nivel de complejidad en las planificaciones abusivas, estableciendo elusiones tributarias tanto de rule shopping como de treaty shopping. En materia de los CDI chilenos hemos visto un importante avance en las distintas cláusulas antiabuso y una modernización en las redacciones de las cláusulas específicas, incluyendo la participación sustancial y abarcando otras ganancias de capital, como las pensiones. Así las cosas, debemos concluir que los avances en materias antiabuso en los CDI chilenos se encuentran plasmados, pero la modernización y avance ha sido parcial y solamente podemos observarlo en los últimos CDI que se encuentran vigentes o aquellos que solamente se encuentran suscritos como el caso de Uruguay y Estados Unidos. Por eso incentivamos al SII y a las autoridades legislativas a

¹²³ Artículo 13, "Convenio entre el gobierno de Chile y el gobierno de la república de Colombia para para eliminar la doble imposición con relación a los impuestos sobre la renta y el patrimonio y para prevenir la elusión y evasión fiscal." 9 de enero del 2010.

modernizar los antiguos Convenios, para que alcancen los estándares internacionales respecto a las ganancias de capital.

3.2.6 Artistas y Deportistas

En el artículo 17 de los Modelos OCDE y ONU se pacta la tributación de artistas y deportistas, la que señala una excepción al principio de renta mundial o sujeción al país de residencia establecido para los demás tipos de rentas que se encuentran reguladas en el Modelo. Se señala que los artistas de cine, radio, teatro, músicos o deportistas pueden someterse a la tributación de carácter mixta entre el Estado donde desarrollan la actividad, es decir en el Estado fuente, y el Estado de residencia del artista o deportista. Este tipo de tributación compartida ha sido llamada por la doctrina como un sistema de “renta compartida ilimitada”¹²⁴, toda vez que el Modelo no establece límite alguno al gravamen que puede exigir al Estado fuente del artista o deportista. El razonamiento detrás de este gravamen se encuentra en la facilidad que tienen los artistas y deportistas de realizar fraude fiscal, pudiendo de forma sencilla deslocalizar sus rentas en paraísos fiscales o en sociedades instrumentales en varios países. Por eso los países toman medidas de competencia tributaria compartida por los Estados fuente de la renta y de residencia de la persona. La tributación compartida la encontramos en el artículo 17 de ambos Modelos:

Convenio OCDE	Convenio ONU
1.No obstante lo dispuesto en los artículos 7 y 15, las rentas que un residente de un Estado contratante obtenga del ejercicio de sus actividades personales en el otro Estado contratante en calidad de artista del espectáculo, tal como actor de teatro, cine, radio o televisión o músico o como deportista, <u>pueden someterse a imposición en ese otro Estado. (FUENTE)</u>	1. No obstante las disposiciones de los artículos 14 y 15, los ingresos que un residente de un Estado contratante obtenga como profesional del espectáculo, tal como artista de teatro, cine, radio o televisión, o músico o deportista, por sus actividades personales como tal en el otro Estado contratante, <u>podrán ser gravados en ese otro Estado. (FUENTE)</u>
2.No obstante lo dispuesto en los artículos 7 y 15, cuando las rentas derivadas de las actividades personales de los artistas del espectáculo o los deportistas, en esa calidad, se atribuyan no ya al propio artista del espectáculo o deportista sino a otra persona, dichas rentas pueden someterse a imposición en el Estado contratante donde se <u>realicen las actividades del artista del espectáculo o del</u>	2. Cuando los ingresos que obtenga por sus actividades personales un profesional del espectáculo o deportista no los perciba el propio profesional o deportista, sino un tercero, esos ingresos podrán, no obstante las disposiciones de los artículos 7, 14 <u>y 15, ser gravados en el Estado contratante en que desarrolle sus actividades tal profesional o deportista. (Fuente)</u>

¹²⁴ Ibíd. 24. Pág. 423.

deportista.(Fuente)	
---------------------	--

En base a los Comentarios del Modelo OCDE, podemos encontrar varias vías que han utilizado los artistas y deportistas para eludir la tributación, especialmente en el Estado fuente donde desarrollan la actividad o evento. Esta forma de abuso se ha llamado "Slave Agreement", que consiste en: *" Con arreglo a este tipo de contratos, el artista (o deportista) está unido a un contrato de trabajo con una entidades (Slave Company) de manera que esta última paga el salario en relación con las actuaciones que el artista debe representar en los distintos lugares donde señale su empleador...Normalmente, las contrataciones de actuaciones suelen realizarse entre la Slave Company (que sería una empresa no residente del Estado de la actuación) y el promotor nacional, sin que medie ninguna relación jurídica entre dicho promotor y el artista o deportista. Es más, en la mayoría de los casos los promotores pagan las cantidades acordadas en los contratos de Slave Company. Por tanto, el artista o deportista no recibe retribución alguna. Como se puede apreciar esta estructura triangular puede tener por finalidad evitar la tributación en el Estado de la Fuente. Al ser una entidad no residente la que percibe el rendimiento de la actuación y no el artista o deportista"*¹²⁵. La forma que han utilizado los deportistas y artistas para retirar los dineros de la Slave Company es mediante una cesión de los derechos de imagen del artista y deportista en cuestión, así solamente tributan en el país de residencia a tasas más bajas.

Esta planificación abusiva debemos considerarla dentro de la categoría mixta de Treaty y Rule Shopping debido a que la intención del contribuyente es esconder la renta obtenida por la actuación de un artista y deportista por un renta empresarial o beneficio empresarial, con miras a no tributar en el Estado fuente en cuestión¹²⁶. Para poder configurar la operación anterior, se requiere la creación de empresas trampolín que facilitan los movimientos de capitales entre la sociedad y el artista. Un ejemplo en el ámbito local que ayuda a comprender de forma íntegra cómo operan las planificaciones abusivas de artistas y deportistas sería: Un deportista chileno va a participar a un campeonato de artes marciales a Tailandia, país con el cual Chile tiene CDI suscrito. Pero dicho deportista se encuentra contratado por una sociedad chilena, la cual realiza un contrato con la promotora

¹²⁵ Ibid. 24. Pág. 423.

¹²⁶ Recordemos que en las rentas empresariales del Art. 7, sólo se tributa en el país de residencia de la sociedad, salvo que tenga un establecimiento permanente en el estado fuente; lo que no ocurre en estos casos.

tailandesa para el pago al deportista. En este caso la renta se clasificaría como beneficio empresarial de la sociedad chilena. El efecto de la acción sería que el deportista tributara solo en Chile, eliminando la tributación en el país fuente, en este caso Tailandia.

Otros casos de abuso estipulados en el párrafo 11 del comentario al artículo 17 del Modelo OCDE, consiste en la creación de una sociedad de gestión que percibe las retribuciones por las distintas actividades sin establecerla como persona jurídica. Otra opción es la creación de una persona jurídica que entregue remuneraciones mensuales con contratos de trabajo a los artistas y deportistas por sus participaciones en distintos eventos, la jurisprudencia ha encontrado estas fórmulas en orquestas numerosas o filarmónicas. En conclusión, las rentas sujetas al artículo 17 de los CDI han sido un tema reiterado en la jurisprudencia internacional, existiendo configuraciones complejas de treaty y rule shopping. Esto explica el cambio histórico del artículo 17 de los Convenios, el que ha ido insertando diversas cláusulas antiabuso para ir regulando y deteniendo las planificaciones abusivas.

Para comprender las medidas que se pueden tomar contra la situación antes mencionada, debemos hacer referencia a lo establecido en el inciso segundo del artículo 17 de los Modelos OCDE y ONU, los que insertan una cláusula antiabuso específica que limita de forma clara las configuraciones de treaty shopping. En ella se configura una cláusula de "Look through approach" o de "Cláusula de Transparencia", en la que se levanta el velo social, identificando de forma clara si los reales beneficiarios de la sociedad instrumental son terceros o los deportistas y artistas. Así, se puede discriminar la obligatoriedad de tributar en el Estado fuente de la renta.

La jurisprudencia española conociendo un caso sobre aplicación del artículo 17, ha señalado: "*En sus Comentarios sobre la Sentencia de la AN¹²⁷ de 28/1/2010, MARTÍN JIMÉNEZ (2011) sitúa en el informe*

¹²⁷ ROCK & POP MEDIOS YESPECTACULOS, entidad residente en España, suscribió un contrato con la entidad CONCERT PRODUCTIONS INTERNATIONAL B.V., residente en los Países Bajos, en virtud del cual esta última se comprometía a poner a disposición de la promotora española la actuación, producción y cualesquiera otros derechos, servicios y materiales necesarios para la realización de las actuaciones públicas del grupo «U2» en su gira por España en dicho año, pactándose un precio global de 2.700.000 US \$ que se desglosó en ocho facturas emitidas por las entidades EVENCORP Ltd., REMOND Ltd. y BREWEL Ltd.-todas ellas residentes en Irlanda- y CONCERT PRODUCTIONS INTERNATIONAL B.V. residente esta última, como antes se ha indicado, en los Países De todos los importes satisfechos, el promotor español (ROCK & POP MEDIOS y ESPECTACULOS) entendió que solo los facturados por EVEN CORP Ltd. se correspondían con rentas derivadas de la actuación personal de los artistas, procediendo a practicar la correspondiente retención en la fuente, regulada en la normativa interna española, y admisible conforme al artículo 17.1 del Convenio entre el Reino de España e Irlanda para evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal en materia de impuestos sobre la renta y las ganancias de capital (CDI con Irlanda en adelante) 2. Por el contrario, sobre el resto de rentas satisfechas (a sociedades Irlandesas y a la citada entidad residente en los Países Bajos) por trabajos de puesta en escena, dirección de los conciertos, consultoría, servicios de reservas y promoción no se procedió a practicar dicha retención, al entender el pagador (ROCK & POP MEDIOS y

de la OCDE de 1987 el cambio de rumbo en la interpretación de este artículo. De acuerdo con las conclusiones del grupo de trabajo de la OCDE, el beneficio atribuible al artista o deportista puede ser gravado en base al artículo 17.1, mientras que el beneficio de la entidad podría someterse a imposición en el estado de la fuente con apoyo en el párrafo 2. MARTÍN JIMÉNEZ plantea que si extendemos los efectos del artículo 17.2 a aquellos supuestos en los que la entidad beneficiaria no está sujeta al control del artista o deportista, realmente estaríamos transformando una norma antielusión en otra de atribución de rentas entre los Estados contratantes. Esta derivación desnaturalizaría por completo, concluye el autor, la finalidad con la que se gestó el artículo 17 y que no fue otra que la de dotar a los estados de una herramienta para combatir las prácticas elusivas a través de sociedades interpuestas.¹²⁸

Los CDI chilenos han seguido en su gran mayoría la senda establecida por el Modelo OCDE, estableciendo en el artículo 17 una tributación en el Estado fuente de las rentas obtenidas por la actuación del artista o deportista y una cláusula de “Look through approach” en su párrafo segundo (17.2). Sin embargo, algunos CDI chilenos incluyen algunas novedades respecto a las relaciones con el intermediario y limitaciones monetarias:

<p>CDI chilenos que contienen cláusula de “Look through approach”, como establece el Modelo OCDE y ONU.</p>	<p>CDI chilenos que contienen más limitaciones o cláusulas diversas a las que las establece el Modelo OCDE</p>
<ul style="list-style-type: none"> • Irlanda (2005) • Reino Unido (2005) • Portugal (2009) • Australia (2014) • Uruguay (No vigente) • Polonia (2004) • Perú (2004) 	<ul style="list-style-type: none"> • Suiza (2011), Canadá (2000): Amplían a la relación con el intermediario sea directa o indirecta en el inciso 17.3. • Estados Unidos (no vigente): Limite monetario de \$5.000 dólares netos en el año tributario y amplía la relación con el intermediario siendo está de forma directa o indirecta.

ESPECTACULOS) que las mismas debían calificarse como beneficios empresariales que, conforme al artículo 7 del CDI con Irlanda y del Convenio entre el Gobierno del Estado Español y el Gobierno del Reino de los Países Bajos para evitar la doble imposición en materia de Impuestos sobre la Renta y sobre el Patrimonio (CDI con los Países Bajos en adelante), solo podían ser sometidos a gravamen en España si las citadas entidades contaran con un establecimiento permanente en dicho territorio. (BAÉZ MORENO, ANDRES; “El enfoque look-through en la tributación internacional de artistas y deportistas y el ámbito objetivo del artículo 17 del MCOCDE Algunos apuntes a la Sentencia de la Audiencia Nacional de 28 de enero de 2010.”).

¹²⁸ CAÑERO VERA, ANTONIO. “Las rentas de artistas y deportistas en el marco de los Convenios de Doble Imposición. Jurisprudencia de los Tribunales españoles”. Agencia Estatal de Administración tributaria. 2011. Pág 46.

<ul style="list-style-type: none"> • Noruega (2004) • Argentina (2016) • Nueva Zelanda (2003) • Suecia (2004) • Austria. (2005) • Sudáfrica (2016) • Bélgica (2010) • Rusia (2013) • Brasil (2004) • República Checa (2017) • México (1998) • Colombia (2010) • Corea (2004) • China (2017) • Croacia (2005) • Dinamarca (2005) • Ecuador (2004) • España (2004) • Francia (2007) • Italia (2017) • Malasia.(2009) 	<ul style="list-style-type: none"> • Tailandia(2010): Hace referencias que no se aplicaran ni el artículo 17.1 y 17.2 cuando existan actividades financiadas enteramente o principalmente por el Estado contratante.
---	---

Encontramos una redacción casi uniforme en los CDI suscritos y vigentes en Chile respecto a las ganancias obtenidas por artistas y deportistas. Empero, cabe mencionar algunas de las novedades que menciona el CDI vigente de Chile con Estados Unidos. El Convenio antes señalado tiene dos diferencias fundamentales con la gran mayoría de los Convenios suscritos por Chile. En primer lugar, plantea una limitación a la tributación del país fuente, estableciendo una base imponible tope de 5000 dólares. La innovación es explicada de forma correcta por el Académico José Madariaga de la Universidad de Chile, quien señala: *"(...) se establece una limitación (inédita en los Convenios vigentes en Chile) por medio de la cual las cantidades percibidas por el artista o deportista no podrán ser gravadas en el Estado donde éstas son realizadas, cuando el monto de los ingresos brutos obtenidos por el artista o el deportista, incluidos los gastos que se le reembolsan o que se soportan por su cuenta, no excedan en el año tributario considerado de cinco mil dólares estadounidenses o su*

equivalente en pesos chilenos."¹²⁹ A diferencia de los demás Convenios CDI suscritos por Chile, no se hacen referencias a límites monetarios sino que siempre que se genere renta se deberá tributar sin importar la cuantía de ésta, siendo una limitante a la tributación compartida ilimitada, que señalábamos al inicio.

En segundo lugar, al igual que los CDI suscritos con Canadá y Suiza, observamos una aplicación de la cláusula de "Look through approach", hacia aquellos intermediarios directos e indirectos. La redacción de la cláusula del 17.2 en el CDI suscrito con Estados Unidos es la siguiente: "No obstante lo dispuesto en los Artículos 7 (Utilidades Empresariales) y 14 (Servicios Personales Independientes), cuando las rentas obtenidas por actividades personales del artista del espectáculo o deportista, en esa calidad, no se atribuyan al propio artista del espectáculo o deportista, sino a otra persona, dichas rentas podrán someterse a imposición en el Estado Contratante en que se hayan realizado las actividades del artista del espectáculo o deportista, a menos que esa otra persona o el propio artista del espectáculo o deportista establezca que ni él ni personas relacionadas al mismo participan de cualquier forma, directa o indirectamente, en los ingresos o utilidades de esa otra persona, incluidas remuneraciones diferidas, bonos, participaciones, dividendos, distribuciones provenientes de un "partnership", u otras distribuciones."¹³⁰

Podemos concluir que Chile tiene una base sólida para prevenir planificaciones abusivas con respecto a ganancias obtenidas por artistas y deportistas en su artículo 17.2, estableciendo una cláusula de "Look through approach" que es muy útil para que la autoridad tributaria conozca las reales intenciones del contribuyente y con esto limite aquellos que tienen intenciones de defraudar al fisco. En lo que si debemos ser conscientes es que los CDI chilenos deben continuar el camino de modernización estableciendo cláusulas de limitación monetaria y de relación entre la sociedad y el artista, como notamos en el CDI suscrito con Estados Unidos.

3.3 Normativa antiabuso en la legislación chilena

Aunque no es el objeto de estudio de la presente memoria, procederemos a revisar brevemente la forma cómo nuestra normativa interna enfrenta la elusión tributaria.

¹²⁹ MADARIAGA JOSÉ, "Convenios para evitar la doble imposición entre Chile y Estados Unidos. Aspectos Generales." Centro de estudios Tributarios Universidad de Chile. Pág. 15. 2010.

¹³⁰ Artículo 17, "Convenio entre el gobierno de Chile y el gobierno de Estados Unidos para para eliminar la doble imposición con relación a los impuestos sobre la renta y el patrimonio y para prevenir la elusión y evasión fiscal."

En la legislación chilena existen dos medios para perseguir por parte de la autoridad tributaria las actitudes elusivas y evasivas de los contribuyentes en el ámbito de tributación internacional. En un primer lugar, existe la posibilidad de aplicar las regulaciones de los Convenios, limitando a los beneficiarios de las desgravaciones tributarias cuando no cumplan con los requisitos específicos establecidos en los CDI. Pudiendo ocurrir que el contribuyente no sea beneficiario efectivo o que no cumpla con los requisitos de una cláusula de Limitación de Beneficios o bien, que tenga como propósito principal de la operación la elusión tributaria u otros mecanismos variados establecidos en los CDI chilenos en la actualidad, que únicamente buscan evitar la elusión fiscal internacional. Por otro lado, luego de la reforma tributaria del año 2014, existe un nuevo mecanismo para perseguir la elusión por parte del SII que corresponde a una norma general antiabuso o norma general anti elusivo, ésta se encuentra en el artículo 4 bis y siguientes del Código Tributario.

La normativa insertada en la reforma tributaria de carácter sustantivo, señala dos vías de persecución por parte del SII de la elusión tributaria, a saber, la simulación y la configuración jurídica o abuso. El artículo 4 bis¹³¹ hace referencia a la legalidad tributaria, estableciendo una regla de interpretación de los actos jurídicos en base a la naturaleza jurídica de los hechos o negocios realizados, es decir, el foco de análisis de un hecho gravado determinado no se va a centrar en la atribución que pretenda otorgarle la autonomía privada o voluntad de individuo, sino que en la "real" naturaleza específica del acto jurídico. Este inciso primero del artículo 4 bis hace un importante avance en materia de objetivación de las conductas del contribuyente y además logra una facilitación en la labor del SII para encontrar y llevar a la justicia actos elusivos. Este punto se complementa con los incisos segundo y tercero del mismo artículo que nos indican que el SII deberá reconocer la Buena fe en materia tributaria. Impone una obligación a la autoridad administrativa de reconocer que los actos son en una primera instancia realizados con buena fe -hasta que no se pruebe lo contrario-, es decir, que se

¹³¹ Artículo 4 bis. - Las obligaciones tributarias establecidas en las leyes que fijen los hechos imposables, nacerán y se harán exigibles con arreglo a la naturaleza jurídica de los hechos, actos o negocios realizados, cualquiera que sea la forma o denominación que los interesados le hubieran dado, y prescindiendo de los vicios o defectos que pudieran afectarles. El Servicio deberá reconocer la buena fe de los contribuyentes. La buena fe en materia tributaria supone reconocer los efectos que se desprendan de los actos o negocios jurídicos o de un conjunto o serie de ellos, según la forma en que estos se hayan celebrado por los contribuyentes. No hay buena fe si mediante dichos actos o negocios jurídicos o conjunto o serie de ellos, se eluden los hechos imposables establecidos en las disposiciones legales tributarias correspondientes. Se entenderá que existe elusión de los hechos imposables en los casos de abuso o simulación establecidos en los artículos 4° ter y 4° quater, respectivamente. En los casos en que sea aplicable una norma especial para evitar la elusión, las consecuencias jurídicas se regirán por dicha disposición y no por los artículos 4° ter y 4° quater. Corresponderá al Servicio probar la existencia de abuso o simulación en los términos de los artículos 4° ter y 4° quater, respectivamente. Para la determinación del abuso o la simulación deberán seguirse los procedimientos establecidos en los artículos 4° quinquies y 160 bis.

deberá acreditar que el contribuyente realizó negocios jurídicos para eludir el hecho gravado o disminuir la base imponible.

La Ley luego de establecer una hoja de ruta al SII, de la forma en que debe interpretar los actos del contribuyente y de fijar un marco de valoración y de investigación de las actividades de los contribuyentes, señala en los artículos 4 ter y quáter las dos actitudes elusivas generales que son castigadas por la ley con las multas del artículo 100 del CT, cuales son, “el abuso” en el artículo 4 ter y “la simulación” en el artículo 4 quáter.

El artículo 4 ter¹³² del CT señala que hay abuso cuando el contribuyente realiza una de las siguientes actitudes: (a) Se evita total o parcialmente la realización del hecho gravado; (b) Se disminuya la base imponible o las obligaciones tributarias sujetas al contribuyente; (c) Se postergue o difiera el pago de una obligación tributaria. Siendo que dicha actividad no produjo efectos o resultados tributarios para el contribuyente o un tercero, distinto de la intención tributarias señaladas en las letras (a), (b) y (c).¹³³Es importante recalcar que el tribunal deberá utilizar las reglas de la sana crítica y deberá especialmente tener en consideración la naturaleza económica del hecho imponible específico. Por lo tanto, el abuso como forma de persecución de la elusión fiscal es una forma posible de que el SII persiga aquellos actos de Treaty Shopping realizados por contribuyentes que vulneran las reglas establecidas en los CDI y que las utilizan con la sola intención de realizar actos establecidos en el artículo 4 bis del CT. La reforma inserta un mecanismo eficiente para que la autoridad administrativa persiga la elusión internacional, lamentablemente en la actualidad no existe jurisprudencia que haya aplicado la regla antes mencionada a casos de elusión fiscal internacional.

¹³² Artículo 4 ter. - Los hechos imponibles contenidos en las leyes tributarias no podrán ser eludidos mediante el abuso de las formas jurídicas. Se entenderá que existe abuso en materia tributaria cuando se evite total o parcialmente la realización del hecho gravado, o se disminuya la base imponible o la obligación tributaria, o se postergue o difiera el nacimiento de dicha obligación, mediante actos o negocios jurídicos que, individualmente considerados o en su conjunto, no produzcan resultados o efectos jurídicos o económicos relevantes para el contribuyente o un tercero, que sean distintos de los meramente tributarios a que se refiere este inciso. Es legítima la razonable opción de conductas y alternativas contempladas en la legislación tributaria. En consecuencia, no constituirá abuso la sola circunstancia que el mismo resultado económico o jurídico se pueda obtener con otro u otros actos jurídicos que derivarían en una mayor carga tributaria; o que el acto jurídico escogido, o conjunto de ellos, no genere efecto tributario alguno, o bien los genere de manera reducida o diferida en el tiempo o en menor cuantía, siempre que estos efectos sean consecuencia de la ley tributaria. En caso de abuso se exigirá la obligación tributaria que emana de los hechos imponibles establecidos en la ley.

¹³³ [http://www.uai.cl/images/sitio/facultades_carreras/fac_derecho/docs/Breve%20panorama%20sobre%20la%20Norma%20General%20Anti-elusiva%20\(NGA\)%20en%20Chile.pdf](http://www.uai.cl/images/sitio/facultades_carreras/fac_derecho/docs/Breve%20panorama%20sobre%20la%20Norma%20General%20Anti-elusiva%20(NGA)%20en%20Chile.pdf) (11-11-17).

La segunda forma de persecución tipificada en el artículo 4 quáter ¹³⁴ hace referencia a la simulación de un acto. Esta existe cuando el contribuyente disimule: (a) la configuración del hecho gravado (b) la naturaleza de los elementos constitutivos de la obligación tributaria. (c) o el verdadero monto. La idea es que el contribuyente que simule deba pagar el total de la obligación tributaria que se debería haber configurado. En este caso, es similar a planificaciones de Rule Shopping en razón que se escenifica una actividad que se encuentra privilegiada o menos gravada con la intención de esconder el verdadero hecho gravado. Por lo tanto, nuevamente estamos frente a una medida efectiva de la legislación local en contra de la elusión tributaria internacional, la que podría ser utilizada de forma eficiente por el SII para perseguir de forma efectiva la elusión tributaria internacional, específicamente, el Rule Shopping.

Se señala como sanción al incumplimiento de las normas antes señaladas, que se aplicara a las personas naturales o jurídicas que participen en el diseño o planificación de los actos, contratos o negocios constitutivos de abuso o simulación, será sancionada con una multa de hasta el 100% de los impuestos que deberían haberse enterado en arcas fiscales. En caso que la infracción haya sido cometida por una persona jurídica, la sanción será aplicada a sus directores o representantes legales, si éstos hubiesen infringido sus deberes de dirección y supervisión. Además el contribuyente deberá pagar el impuesto eludido más reajustes e intereses.

Es importante constatar una diferencia entre las sanciones que establecen los Convenios con la normativa nacional. En primer lugar los Convenios establecen una sanción más ligera, que consiste en la imposibilidad de utilizar los beneficios del Convenio y por tanto verse afecto a la doble tributación. En cambio la normativa nacional va más allá estableciendo multa.

Luego de la última reforma, hemos observado que la normativa interna se ha visto fortalecida en materia de elusión y evasión fiscal, lo que ha llevado a que Chile ha fortalecido su regulación tributaria, cercano a alcanzar los niveles mínimos solicitados por BEPS y la OCDE.

¹³⁴ Artículo 4 quater. - Habrá también elusión en los actos o negocios en los que exista simulación. En estos casos, los impuestos se aplicarán a los hechos efectivamente realizados por las partes, con independencia de los actos o negocios simulados. Se entenderá que existe simulación, para efectos tributarios, cuando los actos y negocios jurídicos de que se trate disimulen la configuración del hecho gravado del impuesto o la naturaleza de los elementos constitutivos de la obligación tributaria, o su verdadero monto o data de nacimiento

CONCLUSIONES: ESTADO ACTUAL DE LA NORMATIVA CHILENA RESPECTO AL ABUSO EN LOS CONVENIOS EN EL ÁMBITO LOCAL E INTERNACIONAL.

Al inicio del trabajo planteamos la problemática de cómo los países refuerzan su normativa interna y externa para prevenir la elusión y evasión fiscal internacional. Asimismo, hicimos un análisis pormenorizado de las herramientas disponibles que tiene un país al momento de negociar un Convenio Para Evitar la Doble Tributación, señalando las distintas cláusulas antiabuso establecidas en los Comentarios al artículo primero en los Modelos OCDE y ONU, el Proyecto BEPS y otras reglas consideradas como posibles soluciones a las conductas abusivas de Treaty y Rule Shopping.

La pregunta con que partimos la memoria hacía referencia al marco jurídico que tenía un país para enfrentar y detener situaciones de planificación abusiva, fue clasificada de dos maneras. En primer lugar, la normativa externa o internacional del país, es decir, la regulación de los CDI y sus cláusulas anti abuso. En segundo lugar, la normativa interna nacional, la que en Chile se expresa en la norma general antiabuso del artículo 4 bis y siguientes del CT, que fueron insertadas en la Reforma Tributaria.

En relación al abuso en los CDI, en la tesis se puede encontrar una serie de metodologías o planificaciones abusivas en distintos ámbitos de atribución o rentas del Convenio. Pudiendo encontrar tanto planificaciones que afectan el ámbito subjetivo de aplicación del Convenio (residencia o establecimiento permanente), como el ámbito objetivo de éste, relativo al tipo de rentas (dividendos, artistas y deportistas, intereses, regalías, ganancias de capital, etc.), pudiendo inclusive combinar ambas aristas, de modo que se realizan planificaciones complejas. Por lo demás, hemos sido testigos durante los últimos años de casos de connotación nacional e internacional en los que se crearon maquinarias de planificación abusivas, con el único propósito de no pagar los tributos correspondientes a las actividades gravadas.

El estado chileno ha optado por marco externo ampliamente desarrollado de CDI vigentes. Los que es imposible evaluar de forma homogénea, esto ya que los Convenios fueron suscritos desde el año 1998 y en la actualidad tenemos 32 Convenios suscritos. Es de fácil entendimiento que las normativas locales, las regulaciones de la ONU y de la OCDE han tenido cambios radicales durante los últimos 20 años. Partiendo desde el desconocimiento total del problema de la elusión tributaria internacional a

planificaciones complejas de multinacionales en más de 10 países con miras a eliminar la tributación de sus ganancias o disminuirlas de forma radical.

El proceso mencionado no es solamente atribuible a la normativa de los Convenios chilenos, sino que es un proceso de modernización y de preocupación por la elusión internacional que abarca al mundo entero. En el presente trabajo hemos verificado cambios radicales en los Modelos, los que en un inicio solamente consideraban la cláusula de beneficiario efectivo como única forma de detener la elusión internacional. Actualmente, estos Modelos comprenden una normativa muy compleja impulsada por distintos organismos internacionales. Destaca el Proyecto BEPS que introdujo un importante foco en formas diversas de lucha en contra de la elusión y evasión fiscal internacional. Hoy podemos observar que los Modelos, Comentarios e informes de las acciones BEPS establecen una variada gama de cláusulas antiabuso, las que pueden ser utilizadas para cumplir distintos objetivos en los ámbitos objetivos y subjetivos del Convenio.

Es conveniente señalar que la red de CDI del Estado de Chile es una herramienta relevante para incentivar la economía, las importaciones de capital, la disminución del desempleo, entre otros importantes efectos económicos. Cabe recalcar que en el mundo globalizado los Convenios son una herramienta de seguridad jurídica y económica para las inversiones de capital realizadas en el país.

Los Convenios tienen como segundo objetivo primordial prevenir la elusión y evasión internacional. Hemos visto una amplia gama de posibilidades entregadas por la OCDE, ONU, Proyecto BEPS, doctrina y jurisprudencia para prevenir las planificaciones abusivas. La amplia gama de reglas o cláusulas antiabuso establecidas en el "Capítulo II" de la memoria no son un imperativo para los países, sino más bien representan una serie de opciones o alternativas posibles que éstos deben tener en cuenta al momento de negociar un Convenio. Algunas de ellas benefician a los países desarrollados, otras a aquellos países en vías de desarrollo, otras a países exportadores de recursos naturales, otras a países industrializados. Es por esta razón, que el Servicio de Impuestos Internos y el Ministerio de Hacienda deben realizar un trabajo diligente y detallado al momento de analizar los estándares macroeconómicos y microeconómicos del país con el que se va a suscribir el Convenio. Lo anterior permítenos dota de una herramienta para poder elegir de forma correcta e idónea las reglas antiabuso y de atribución que van a regular las relaciones empresariales de ambos países.

Con respecto a este último punto, resulta vital recordar que ambos Modelos tienen enfoques distintos. En efecto, el Modelo OCDE se enfoca principalmente en la retención de los tributos en los países inversores de capital, es decir, propone que la tributación se mantenga en los países de

residencia del inversor. En cambio, el Modelo ONU otorga una mayor flexibilidad a los países fuentes de la inversión para gravar las ganancias de la actividad desarrollada en su territorio. Es sumamente importante que la autoridad tributaria chilena al momento de negociar realice un análisis económico del país con el que se encuentra negociando ya que se logra comprender el flujo de la inversión. Una vez obtenida dicha información, se puede decidir qué modelo seguir y a su vez, se pueden incrementar las ganancias económicas del Convenio.

Luego de realizar el análisis de todos los CDI chilenos y sus principales cláusulas antiabuso, debemos responder una de las primeras preguntas con que se inició la memoria: ¿Cuál es el estado actual de las cláusulas antiabuso en los CDI suscritos por Chile?

Los CDI chilenos se pueden sub-dividir en dos grandes grupos: según el avance y según el estado de sus cláusulas antiabuso. Es importante señalar que dicha clasificación tiene dos importantes factores, en primer lugar, el tiempo de suscripción de los Convenios y, en segundo lugar, el estándar del país con quien se suscribe el Convenio (desarrollado, vías desarrollo o subdesarrollo).

El primer factor ha sido explicado y puesto en evidencia en esta memoria, en efecto, hemos mostrado cómo se ha avanzado de forma exponencial en la cantidad de medidas adoptadas para prevenir la elusión y evasión internacional, a través de los distintos organismos internacionales y a través de la comunidad local. Por tanto, es evidente que existen diferencias importantes en los convenios a medida que pasan los años.

El segundo factor determinante es el país suscriptor del CDI con Chile. Hay países como Estados Unidos, Inglaterra, España, Nueva Zelandia, China, Rusia, entre otros, que tienen una conciencia de los problemas y externalidades negativas de la elusión internacional. Esto ha llevado a que se establezcan políticas relevantes para la negociación y redacción de los CDI con la intención de evitar las planificaciones abusivas. Existe una preocupación inminente de estos Estados de insertar cláusulas antiabuso en los CDI, de establecer políticas de fiscalización y de judicializar los casos de elusión y evasión fiscal internacional. En la mayoría de los casos, cuando Chile negocia un Convenio con países que cumplen con los estándares antes descritos, imponen sus medidas antiabuso al otro país como condición de cumplimiento de los estándares mínimos para firmar el Convenio en cuestión. Por tanto, algunos CDI con estos países desarrollados establecen cláusulas antiabuso modernas y actualizadas a los estándares OCDE.

Por otro lado, existen países que no poseen tanta conciencia de la elusión internacional, que no tienen políticas gubernamentales para evitarla y que redactan Convenios de forma más sencilla, sin un análisis pormenorizado de las cláusulas o de los efectos tributarios de los Convenios en cuestión. Dichos países, al suscribir Convenios, normalmente se ajustan a las políticas y recomendaciones del otro país negociador.

En base a los dos factores antes descritos, se deben establecer las sub-clasificaciones de los CDI chilenos, es la siguiente¹³⁵:

Grupo A: Conjunto de Convenios suscritos por Chile en la década del 90' y principios del 2000, se caracterizan principalmente por tener poca conciencia de la planificación abusiva por parte de los contribuyentes y por tener cláusulas sumamente básicas. Son sus principales características son:

- (a) Son CDI que no contienen cláusulas de limitación de beneficios ni de propósito principal de la operación. Esto lleva consigo una escasa limitación subjetiva, lo que conlleva a una ductilidad del concepto de residente que permite que planificadores abusivos puedan obtener la categoría de residente y, por tanto, se vean beneficiados de las desgravaciones o exclusiones tributarias.
- (b) En materia de Establecimiento Permanente encontramos límites temporales al concepto, pero que se derivan principalmente por un efecto de limitar los beneficios tributarios obtenidos por el país fuente, más que por una cláusula antiabuso específica. Por otro lado, en las exclusiones estos modelos siguen de forma integral las cláusulas establecidas en el Modelo OCDE, no encontramos estándares del Proyecto BEPS ni cláusulas anti fragmentación.
- (c) Respecto a rentas encontramos solamente normativa antiabuso en dividendos, intereses y regalías. Siguiendo el Modelo de la OCDE de 1987 que establecía la cláusula de beneficiario efectivo. No es uniforme en todos los Convenios, pero una gran mayoría de los que se encuentran en este grupo regulan de forma única la cláusula de beneficiario efectivo. Cabe además recalcar que no es uniforme la aplicación de la cláusula en las tres rentas.
- (d) En materia de ganancias de capital obtenidas de ventas de acciones o de capital social, encontramos que los Convenios siguen íntegramente la normativa de la OCDE, no estableciendo un límite de propiedad sobre el bien en cuestión, cosa que si es planteada en el Modelo ONU y en otros CDI chilenos.

¹³⁵ No obstante, esta clasificación no corresponde a una categorización taxativa ni absoluta, pudiendo estas compartir algunos elementos de otras categorías.

- (e) La mayoría de los CDI de esta categoría regulan con la cláusula “Look Through Approach” las rentas obtenidas por artistas y deportistas, siguiendo de forma íntegra la redacción de los Modelos de la ONU y de la OCDE.

Es importante recalcar que se realiza una generalización de los Convenios con la intención de clasificarlos, por lo tanto, se mencionarán aquellos CDI chilenos que siguen de forma preponderante las características recién indicadas. Los Convenios que cumplen con estas características son los suscritos con México (1998), Canadá (2000), Noruega (2004), Ecuador (2004), Perú (2004), Reino Unido (2005), España (2004), Corea (2004), Irlanda (2005), Dinamarca (2005), Croacia (2005), entre otros. Estas características son preponderantes en los CDI suscritos por Chile hasta el año 2006 y siguen principalmente el mismo formato y una red básica de cláusulas antiabuso para prevenir la elusión y evasión internacional.

Grupo B: Conjunto de Convenios suscritos por Chile desde el año 2010 en adelante, son CDI que cumplen con algunas exigencias del Proyecto BEPS o con los últimos Comentarios del Modelo OCDE utilizado en esta memoria. Son sus principales características son:

- a) Materia de limitación subjetiva establecen cláusulas de limitación de beneficios o el propósito principal de la operación. La redacción ayuda a establecer quienes deben ser los beneficiados del CDI y excluye la principal vía de abuso de los planificadores abusivos que son las “Conduities Companies”.
- b) En materia de Establecimiento Permanente encontramos límites temporales al concepto y exclusiones específicas, siguiendo de forma integral las cláusulas establecidas en el Modelo OCDE, no encontramos estándares del Proyecto BEPS ni cláusulas anti fragmentación sugerida en la acción siete.
- c) En dividendos, intereses y regalías se sigue el Modelo de la OCDE de 1987 que establecía la cláusula de beneficiario efectivo. Esta última es sumamente eficiente para poder limitar aprovechamientos indebidos. También algunos de los CDI establecen una cláusula de propósito principal con la intención de limitar de forma radical las planificaciones abusivas.
- d) En materia de ganancias de capital obtenidas de ventas de acciones o de capital social, encontramos que los Convenios siguen íntegramente la normativa de la ONU, estableciendo una limitación del 50% de la propiedad sobre el bien y también regulan las ventas de capital con un 20%.

- e) La mayoría de los CDI de esta categoría regulan con la cláusula “Look Through Approach” las rentas obtenidas por artistas y deportistas, siguiendo de forma íntegra la redacción de los Modelos de la ONU y de la OCDE.

Nuevamente, hay que recordar que se realiza una generalización de los Convenios con la intención de clasificarlos, por lo tanto, se mencionaran aquellos CDI chilenos que siguen de forma preponderante las características antes mencionadas. Los Convenios que cumplen con estas características son los suscritos con Estados Unidos (no vigente), Uruguay (no vigente), China (2017), Colombia (2010), Italia (2017), Rusia (2013), Australia (2014), entre otros. Estas características son preponderantes en los CDI suscritos por Chile desde el año 2010 en adelante, además han insertado de forma paulatina las recomendaciones de la OCDE y la ONU.

Luego de comprender el estado actual de la red de CDI chilenos, es conveniente señalar algunas sugerencias generales para la autoridad tributaria chilena respecto al tratamiento tributario de los Convenios suscritos por Chile y de los futuros Convenios a suscribir por nuestro país:

- (a) Es recomendable tener una conciencia plena en las disposiciones del Proyecto BEPS y en los lineamientos de la OCDE en materia de Convenios. Esto permite que los CDI chilenos inserten cláusulas antiabuso generales y específicas que limiten de forma efectiva la elusión y evasión fiscal internacional. Un ejemplo de la correcta aplicación de esta recomendación es la reforma tributaria del año 2014, la que como señalamos, fue inspirada por el BEPS.
- (b) Es importante tratar de uniformar las reglas contenidas en los CDI chilenos, el esfuerzo económico y político de renegociar los Convenios debe ser evaluados por el SII, de forma particular por cada CDI chileno., Sería de gran ayuda para prevenir las planificaciones abusivas futuras que Chile tenga una normativa uniforme en todos los Convenios suscritos y vigentes a la actualidad. Este esfuerzo serviría para tener un estándar mínimo de cláusulas antiabuso.
- (c) En materia de fiscalización, se requiere un esfuerzo por parte del SII para alcanzar los estándares de la OCDE y el Proyecto BEPS. Con la intención de poder evitar los abusos en los CDI vigentes y suscritos por Chile. Esto se debe reflejar en políticas fiscalizadoras que se preocupen de buscar de planificaciones complejas como Rule y Treaty Shopping.
- (d) El SII debe sancionar las planificaciones abusivas y en casos de oposición judicializar ante los Tribunales Tributarios y Aduaneros, es importante que en este proceso exista un criterio de

persecución a los contribuyentes. Esto puede ser vía el artículo cuarto bis y siguientes del CT y vía las sanciones del artículo 100, o mediante la aplicación de las normativas del Convenio respectivo.

Luego de establecer de forma clara y específica los distintos medios jurídicos que podría utilizar nuestra autoridad tributaria para detener las planificaciones abusivas, tanto a través de la normativa interna como externa, cabe resaltar el hecho que nos encontramos ante un próspero camino de modernización de los CDI chilenos. Tenemos a nuestro alcance cláusulas modernas que permiten perseguir eficazmente el abuso. Sin embargo, todavía nos encontramos en la mitad de un largo y cambiante proceso para terminar con la elusión y evasión internacional.

BIBLIOGRAFÍA

I. Normativa nacional e internacional.

- Modelo de Convenio para Evitar la Doble Tributación y la Elusión Internacional de la OCDE, 2008, 2010, 2015.
- Modelo de Convenio para Evitar la Doble Tributación y la Elusión Internacional de la ONU, 2007, 2011, 2014.
- Código Tributario chileno.
- Ley de la Renta chilena.
- Circular SII 57/2009, N°57/2015, y N°64/2016
- *BEPS Consultation document on the treaty entitlement of non-civ funds*
- Proyecto BEPS, en sus distintas publicaciones (acciones, recomendaciones y Comentarios)
- Convenios para Evitar la Doble Tributación y para prevenir la elusión y la evasión fiscal en relación a los impuestos a la renta y al patrimonio suscrito entre la República de Chile con la Republica de Argentina. Vigente con fecha 27 de diciembre de 2016.
- Convenios para Evitar la Doble Tributación y para prevenir la elusión y la evasión fiscal en relación a los impuestos a la renta y al patrimonio suscrito entre la República de Chile con la República de Australia. Vigente con fecha 23 de junio del 2013.
- Convenios para Evitar la Doble Tributación y para prevenir la elusión y la evasión fiscal en relación a los impuestos a la renta y al patrimonio suscrito entre la República de Chile con la República de Austria. Vigente con fecha 6 de diciembre del 2013.
- Convenios para Evitar la Doble Tributación y para prevenir la elusión y la evasión fiscal en relación a los impuestos a la renta y al patrimonio suscrito entre la República de Chile con el Reino de Bélgica. Vigente con fecha 17 de julio del 2010.
- Convenios para Evitar la Doble Tributación y para prevenir la elusión y la evasión fiscal en relación a los impuestos a la renta y al patrimonio suscrito entre la República de Chile con la República Federativa del Brasil. Vigente con fecha 1 de enero del 2004.
- Convenios para Evitar la Doble Tributación y para prevenir la elusión y la evasión fiscal en relación a los impuestos a la renta y al patrimonio suscrito entre la República de Chile con la República de Colombia. Vigente con fecha 1 de enero del 2010.

- Convenios para Evitar la Doble Tributación y para prevenir la elusión y la evasión fiscal en relación a los impuestos a la renta y al patrimonio suscrito entre la República de Chile con la República de Corea. Vigente con fecha 1 de enero del 2014.
- Convenios para Evitar la Doble Tributación y para prevenir la elusión y la evasión fiscal en relación a los impuestos a la renta y al patrimonio suscrito entre la República de Chile con el Gobierno popular de la República de China. Vigente con fecha 9 de enero del 2017.
- Convenios para Evitar la Doble Tributación y para prevenir la elusión y la evasión fiscal en relación a los impuestos a la renta y al patrimonio suscrito entre la República de Chile con la República de Croacia. Vigente con fecha 1 de enero del 2005.
- Convenios para Evitar la Doble Tributación y para prevenir la elusión y la evasión fiscal en relación a los impuestos a la renta y al patrimonio suscrito entre la República de Chile con el Gobierno del Reino de Dinamarca. Vigente con fecha 1 de enero del 2005.
- Convenios para Evitar la Doble Tributación y para prevenir la elusión y la evasión fiscal en relación a los impuestos a la renta y al patrimonio suscrito entre la República de Chile con la República de Ecuador. Vigente con fecha 1 de enero del 2004.
- Convenios para Evitar la Doble Tributación y para prevenir la elusión y la evasión fiscal en relación a los impuestos a la renta y al patrimonio suscrito entre la República de Chile con el Reino de España. Vigente con fecha 1 de enero del 2004.
- Convenios para Evitar la Doble Tributación y para prevenir la elusión y la evasión fiscal en relación a los impuestos a la renta y al patrimonio suscrito entre la República de Chile con la República Francesa. Vigente con fecha 1 de enero del 2007.
- Convenios para Evitar la Doble Tributación y para prevenir la elusión y la evasión fiscal en relación a los impuestos a la renta y al patrimonio suscrito entre la República de Chile con la República de Irlanda. Vigente con fecha 1 de enero del 2009.
- Convenios para Evitar la Doble Tributación y para prevenir la elusión y la evasión fiscal en relación a los impuestos a la renta y al patrimonio suscrito entre la República de Chile con el Gobierno de la República Italiana. Vigente con fecha 12 de abril del 2017.
- Convenios para Evitar la Doble Tributación y para prevenir la elusión y la evasión fiscal en relación a los impuestos a la renta y al patrimonio suscrito entre la República de Chile con la República de Colombia. Vigente con fecha 1 de enero del 2010.

- Convenios para Evitar la Doble Tributación y para prevenir la elusión y la evasión fiscal en relación a los impuestos a la renta y al patrimonio suscrito entre la República de Chile con la República de Japón. Vigente con fecha 1 de enero del 2016.
- Convenios para Evitar la Doble Tributación y para prevenir la elusión y la evasión fiscal en relación a los impuestos a la renta y al patrimonio suscrito entre la República de Chile con el Gobierno de Malasia. Vigente con fecha 1 de enero del 2009.
- Convenios para Evitar la Doble Tributación y para prevenir la elusión y la evasión fiscal en relación a los impuestos a la renta y al patrimonio suscrito entre la República de Chile con los Estados Unidos Mexicanos. Vigente con fecha 8 de febrero del 2000.
- Convenios para Evitar la Doble Tributación y para prevenir la elusión y la evasión fiscal en relación a los impuestos a la renta y al patrimonio suscrito entre la República de Chile con el Reino de Noruega. Vigente con fecha 1 de enero del 2004.
- Convenios para Evitar la Doble Tributación y para prevenir la elusión y la evasión fiscal en relación a los impuestos a la renta y al patrimonio suscrito entre la República de Chile con el Gobierno de Nueva Zelanda. Vigente con fecha 1 de enero del 2007.
- Convenios para Evitar la Doble Tributación y para prevenir la elusión y la evasión fiscal en relación a los impuestos a la renta y al patrimonio suscrito entre la República de Chile con la República de Paraguay. Vigente con fecha 1 de enero del 2009.
- Convenios para Evitar la Doble Tributación y para prevenir la elusión y la evasión fiscal en relación a los impuestos a la renta y al patrimonio suscrito entre la República de Chile con la República de Perú. Vigente con fecha 5 de enero del 2004.
- Convenios para Evitar la Doble Tributación y para prevenir la elusión y la evasión fiscal en relación a los impuestos a la renta y al patrimonio suscrito entre la República de Chile con la República de Polonia. Vigente con fecha 1 de enero del 2004.
- Convenios para Evitar la Doble Tributación y para prevenir la elusión y la evasión fiscal en relación a los impuestos a la renta y al patrimonio suscrito entre la República de Chile con la República Portuguesa. Vigente con fecha 28 de octubre del 2008.
- Convenios para Evitar la Doble Tributación y para prevenir la elusión y la evasión fiscal en relación a los impuestos a la renta y al patrimonio suscrito entre la República de Chile con el Gobierno de Reino Unido de Gran Bretaña. Vigente con fecha 1 de enero del 2005.

- Convenios para Evitar la Doble Tributación y para prevenir la elusión y la evasión fiscal en relación a los impuestos a la renta y al patrimonio suscrito entre la República de Chile con la República Checa. Vigente con fecha 29 de abril del 2017.
- Convenios para Evitar la Doble Tributación y para prevenir la elusión y la evasión fiscal en relación a los impuestos a la renta y al patrimonio suscrito entre la República de Chile con el Gobierno de la Federación Rusa. Vigente con fecha 22 de marzo del 2012.
- Convenios para Evitar la Doble Tributación y para prevenir la elusión y la evasión fiscal en relación a los impuestos a la renta y al patrimonio suscrito entre la República de Chile con la República de Sudáfrica. Vigente con fecha 27 de diciembre del 2016.
- Convenios para Evitar la Doble Tributación y para prevenir la elusión y la evasión fiscal en relación a los impuestos a la renta y al patrimonio suscrito entre la República de Chile con el Reino de Suecia. Vigente con fecha 8 de junio del 2004.
- Convenios para Evitar la Doble Tributación y para prevenir la elusión y la evasión fiscal en relación a los impuestos a la renta y al patrimonio suscrito entre la República de Chile con la Confederación Suiza. Vigente con fecha 1 de enero del 2011.
- Convenios para Evitar la Doble Tributación y para prevenir la elusión y la evasión fiscal en relación a los impuestos a la renta y al patrimonio suscrito entre la República de Chile con el Gobierno del Reino de Tailandia. Vigente con fecha 1 de enero del 2011.
- Convenios para Evitar la Doble Tributación y para prevenir la elusión y la evasión fiscal en relación a los impuestos a la renta y al patrimonio suscrito entre la República de Chile con la República Oriental de Uruguay. Suscrito con fecha 1 de abril del 2016.
- Convenios para Evitar la Doble Tributación y para prevenir la elusión y la evasión fiscal en relación a los impuestos a la renta y al patrimonio suscrito entre la República de Chile con el gobierno de los Estados Unidos de América. Vigente con fecha 21 de febrero del 2012.

II. Textos Académicos

- OCDE. *"Definición marco de inversión extranjera directa"*. Cuarta Edición, 2011.
- JOSÉ RODRÍGUEZ ONDARAZA *"La importancia de la fiscalidad internacional en un escenario económico globalizado"*. Instituto de Estudios Económicos. Editorial P&A Consultores, España 2003.
- MARCELO VILLENA y ANTONIO ANSOLEAGA, *"Medición del impacto de la inversión extranjera directa en la economía chilena: Enfoque Macroeconómico"*. Comité de inversión extranjera, Gobierno de Chile, año 2012

- CEPAL, *"Repositorio de inversión extranjera en América Latina y el Caribe"*, año 2016
- Comité de asuntos fiscales OCDE, *"Modelo de Convenio tributario sobre la renta y el patrimonio"*, 2010.
- Convenio Modelo de Naciones Unidas: entre países desarrollados y no desarrollados" 2011,
- la directiva 90/435/CEE del 23 de julio de 1990, España
- CARVAJO VASCO DOMINGO, "Temática actual de la fiscalidad internacional" Capítulo V
- BRYNE. D, Peter. "Tributación Internacional y Doble Imposición". IFA Grupo Peruano. Ediciones Fiscales ISEF S.A. junio 2001.
- FOLCO, CARLOS MARÍA. "El fenómeno de la evasión fiscal". Culzoni editores, Buenos Aires, 2004.
- NORBERTO RIVAS CORONADO Y CARLOS PAILLACAR. "Caracterización de la elusión fiscal en el impuesto a la renta de Chile". CAPIV REVIEW Vol. 5 2007.
- CRAIG ELLIFFE, "The Thickness of a Prison Wall - When Does Tax Avoidance Become a Criminal Offence?". New Zealand Business Law Quarterly, Vol. 17, No. 4, , December 2011
- SHULTZ FIGUERO, ROBERT AGUSTO 1997." Elusión tributaria desde el punto de vista de la legislación extranjera". Memoria para optar al título de magister en derecho tributario. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho
- FERNANDO SERRANO, *"El informe sobre erosión de las bases imponibles y traslación de los beneficios de la OCDE: origen e implementación de un marco internacional y globalizado"*. 2014 Revista de Derecho PUCP N°27
- STEF VAN WEEGHEL. "The Improper Use of Tax Treaties". Kungler, 1998.
- CHIRI GUTIÉRREZ, Isabel. *"La doble imposición y los convenios tributarios. Una especial referencia a los convenios de Panamá"*. Dirección de estudios tributarios, 2012
- NATALIA ACOSTA, GUILLERMO NIEVES Y LEONARDO BUREZZONE. "El abuso en los convenios: Modalidades y formas de evitarlo desde la perspectiva uruguaya."
- Proyecto OCDE/G20 sobre la erosión de la base imponible y traslado de beneficios, Informe final 2015.
- VEGA BORREGO, FÉLIX ALBERTO. "Medidas antiabuso y convenios de doble imposición". Instituto Estudios Económicos, Capítulo 13.
- PISTONE, Pasquale. *El Abuso de los Convenios Internacionales en Materia Fiscal*. En: Curso de Derecho Tributario Internacional, Temis, Bogotá, 2003,

- Comité de asuntos fiscales OCDE, *"Modelo de Convenio tributario sobre la renta y el patrimonio"*, 2010
- GÁRATE CRISTIÁN, "Reflexiones sobre el modelo chileno de política fiscal internacional". *Crónica Tributaria* NUM 147/2013
- Informe sobre la "Prevenir la concesión de los beneficios del Convenio en circunstancias inapropiadas", OCDE, 14 marzo 2014 – 9 de abril 2014.
- Mensaje de S.E. el Presidente de la República. Fecha 01 de abril, 2014. Cuenta en Sesión 07. Legislatura 362.
- VOGEL, KLAUS. *"Klaus Vogel on Double Taxation Conventions"*. 3ra. Edición, Kluwer Law International, 1997. Págs. 117 y 118 junio 2014
- SANZ GADEA, EDUARDO. "Medidas anti elusión fiscal". Instituto de Estudios Fiscales Españoles, 2001. DOC N 22/01.
- MORALES ARIAS, LUIS GUILLERMO. "El treaty shopping y las cláusulas antiabuso". Instituto Colombiano de Derecho Tributario. Revista 62, 2011.
- VEGA BORREGO, FÉLIX. *"Las cláusulas de Limitación de Beneficios en los Convenios Para Evitar la Doble Imposición"*. Universidad Autónoma de Madrid, Investigaciones Técnicas, N (circulo) 103, Instituto de Estudios Fiscales de España, 2003.
- CUEVAS OZIMICA, ALBERTO. "Cláusula de Limitación de Beneficios en Convenios de DTI". Centros de Estudios Tributarios, Universidad de Chile.
- DÍAZ, SONIA Y DE CUBAS TATIANA. *"La acción seis del plan BEPS y la Recomendación de la comisión sobre abusos de convenios fiscales"*. Nota Técnica EY abogados. Febrero 2016.
- Circular SII 57/2009.
- VEGA BORREGO FELIX ALBERTO. *"El concepto de beneficiario efectivo en los convenios para evitar la doble imposición."* Universidad Autónoma de Madrid e Instituto de Estudios Fiscales, DOC. Número 8/05.
- VEGA BORREGO FELIX ALBERTO. *"El concepto de beneficiario efectivo en los convenios para evitar la doble imposición."* Universidad Autónoma de Madrid e Instituto de Estudios Fiscales, DOC. Número 8/05.
- J. KILIUS (1989), págs. 341 y 342. K. VOGEL. (1997), pág. 526. VAN WEEGHEL (1998), Pág. 76
- VAQUER FERRER, FRANCISCO ANTONIO. "Las sociedades de personas en el ámbito de los convenios para evitar la doble imposición". Thomson Reuters, 2016.
- Convenios suscritos por Chile se deben citar todos

- GARCÍA- OLÍAS JIMÉNEZ, CARLOS. "El concepto tributario de establecimiento permanente", 2011
- RODOLFO SALASSA BOIX. *"El tratamiento de los beneficios empresariales según el modelo de ConvenioOCDE 2010 y su repercusión para la red chilena de convenios de doble imposición"*. Revista de Derecho Universidad Católica del Norte. Año 21. N1. 2014
- SOLER ROCH, MARÍA TERESA. "La tributación de las ganancias de capital en los modelos de convenios de doble imposición.". Derecho y Sociedad.
- CAÑERO VERA, ANTONIO. *"Las rentas de artistas y deportistas en el marco de los Convenios de Doble Imposición. Jurisprudencia de los Tribunales españoles"*. Agencia Estatal de Administración tributaria. 2011.
- MADARIAGA JOSÉ, "Convenios para evitar la doble imposición entre Chile y Estados Unidos. Aspectos Generales." Centro de estudios Tributarios Universidad de Chile

III. Páginas Web

- http://www.uai.cl/images/sitio/folletos/seminario_reforma/NORMAS_ANTI_ELUSION_TRIBUTARIA_MERINO_UAI_DEFINITIVO.pdf
- <http://www.oecd.org/ctp/glossaryoftaxterms.htm>
- <http://www.oecd.org/ctp/treaties/BEPS-consultation-treaty-entitlement-non-CIV-funds.pdf>
- http://imef.org.mx/CDMexico/descargas/2015/mdi/septiembre/3er_Foro_Tributacion_Tendencias_NacionalesInternacionales.pdf
- <http://www.hacienda.cl/preguntas-frecuentes/impuestos/que-son-los-tratados-de-doble.html>
- <http://www.sii.cl/pagina/jurisprudencia/convenios.htm>
- <https://debitoor.es/glosario/definicion-producto-nacional-bruto>