



**“TRATAMIENTO TRIBUTARIO DE LAS GANANCIAS DE CAPITAL OBTENIDAS  
EN LA ENAJENACIÓN INDIRECTA DE ACCIONES DE SOCIEDADES ANÓNIMAS  
Y LOS CONVENIOS PARA EVITAR LA DOBLE IMPOSICIÓN CELEBRADOS POR  
CHILE CON MÉXICO Y PERÚ, Y ENTRE ESTOS DOS ÚLTIMOS ESTADOS”**

**TESIS PARA OPTAR AL GRADO DE  
MAGÍSTER EN TRIBUTACIÓN**

**Alumna: Jessica Isabel Espinola Arteaga**

**Profesor Guía: Eduardo Torretti Schimdt**

**Santiago, mayo de 2017**

## **AGRADECIMIENTOS**

Agradezco profundamente a todo chileno, peruano y mexicano que no dudaron en colaborar con la presente tesis.

Jessica

## TABLA DE CONTENIDOS

<b><u>CAPÍTULO</u></b>	<b><u>PÁGINA</u></b>
RESUMEN EJECUTIVO .....	vii
1. INTRODUCCIÓN.....	1
2. GANANCIAS DE CAPITAL OBTENIDAS EN LA ENAJENACIÓN DE ACCIONES DE SOCIEDADES ANÓNIMAS POR PERSONAS NO RESIDENTES .....	5
2.1. Consideraciones generales .....	5
2.2. Antecedentes históricos .....	8
2.3. Ganancias de capital en la enajenación directa o indirecta de acciones de sociedades anónimas constituidas en Chile, obtenidas por una persona no residente en Chile.....	27
2.4. Ganancias de capital en la enajenación directa o indirecta de acciones de sociedades anónimas constituidas en Perú, obtenidas por un sujeto no domiciliado en Perú .....	43
2.5. Ganancias de capital en la enajenación directa o indirecta de acciones de sociedades anónimas constituidas en los Estados Unidos Mexicanos, obtenidas por una persona no residente en los Estados Unidos Mexicanos .....	65
3. CONVENIOS PARA EVITAR LA DOBLE IMPOSICIÓN .....	92
3.1. Consideraciones generales .....	92
3.2. Definición .....	94
3.3. Objetivos.....	95
3.4. Antecedentes históricos .....	97
3.5. Primacía del Derecho Internacional por sobre el Derecho interno.....	101
3.6. Interpretación.....	107
3.6.1. Regla general de interpretación.....	110
3.6.2. Medios de interpretación complementarios .....	115
3.6.3. Modelo de Convenio Fiscal sobre la Renta y sobre el Patrimonio y sus comentarios.....	117
4. CONVENIOS PARA EVITAR LA DOBLE IMPOSICIÓN RESPECTO DE LA GANANCIA DE CAPITAL EN LA ENAJENACIÓN DIRECTA E INDIRECTA DE ACCIONES DE SOCIEDADES ANÓNIMAS .....	122
4.1. Consideraciones generales .....	122
4.2. Antecedentes históricos .....	124

## TABLA DE CONTENIDOS (continuación)

4.3.	Análisis del quinto párrafo del artículo 13 del Modelo de Convenio elaborado por la OCDE respecto de la enajenación de acciones de una sociedad (distintas de las de una sociedad, contemplada en el párrafo 4) .....	129
4.4.	Análisis del cuarto párrafo del artículo 13 “Ganancias de Capital” del Convenio entre la República de Chile y los Estados Unidos Mexicanos para evitar la doble imposición e impedir la evasión fiscal en materia de Impuesto sobre la Renta y al Patrimonio .....	139
4.5.	Análisis del cuarto y quinto párrafo del artículo 13 “Ganancias de Capital” del Convenio entre la República del Perú y la República de Chile para evitar la doble tributación y para prevenir la evasión fiscal en relación al Impuesto a la Renta y al Patrimonio .....	152
4.5.1.	Interpretación basada en la remisión normativa prevista en el artículo 3.2 del Convenio .....	169
4.5.2.	Interpretación basada en la literalidad del término “situados” del numeral 4 del artículo 13 “Ganancias de Capital” del Convenio .....	172
4.5.3.	Interpretación basada en la literalidad del término “otros bienes” del numeral 5 del artículo 13 “Ganancias de Capital” del Convenio .....	174
4.5.4.	Interpretación del SII del numeral 4 del artículo 13 “Ganancias de Capital” del Convenio .....	177
4.5.5.	Medios de interpretación complementarios .....	182
4.6.	Análisis del tercer, cuarto y sexto párrafos del artículo 13 “Ganancias de Capital” del Convenio entre la República del Perú y los Estados Unidos Mexicanos para evitar la doble tributación y para prevenir la evasión fiscal en relación al Impuesto a la Renta y al Patrimonio .....	187
5.	CONCLUSIONES .....	200
6.	BIBLIOGRAFÍA .....	210
	ANEXO A.....	240
	ANEXO B.....	242
	VITA.....	244

## ÍNDICE DE TABLAS

Tabla I : Convenios firmados por Chile hasta marzo de 2001.....	<b>184</b>
Tabla II: Convenio celebrado entre Perú y Chile, junio 2001 .....	<b>186</b>

## ÍNDICE DE FIGURAS

Figura 1: Enajenación indirecta de acciones y participaciones representativas del capital de sociedades constituidas en Perú. ....	62
--	----

## RESUMEN EJECUTIVO

Esta tesis para optar al grado de magister en Tributación de la Escuela de Post Grado de la Facultad de Economía y Negocios de la Universidad de Chile trata acerca del tratamiento tributario de las ganancias de capital obtenidas en la enajenación indirecta de acciones de sociedades anónimas y la aplicación sobre el particular de los convenios para evitar la doble imposición celebrados por la República de Chile con los Estados Unidos Mexicanos y la República del Perú, así como también el suscrito por este último Estado con los Estados Unidos Mexicanos.

En razón de que la enajenación indirecta de acciones de sociedades anónimas constituidas en Chile, México y Perú ha sido incorporada en su legislación interna como una cláusula antielusiva específica en la modalidad de hecho imponible complementario, mucho se ha discutido si las disposiciones normativas internas que incorporan la misma pueden ser aplicadas cuando el Estado de la fuente, habiendo suscrito un convenio para evitar la doble imposición con el Estado de la residencia del enajenante, no ha incluido manifiestamente en el texto normativo del mismo la regla de distribución de la potestad tributaria de la citada cláusula, más aún cuando la aplicación de la misma podría suponer que el Estado de la fuente niegue el beneficio que está obligado a otorgar en cumplimiento del referido convenio.

En este sentido, el objetivo de la presente tesis es analizar si la citada cláusula es compatible con los preceptos normativos contenidos en los convenios para evitar la doble imposición antes mencionados, específicamente, las reglas de distribución de la potestad tributaria contempladas en el artículo 13 "Ganancias de Capital" de estos convenios. Vale decir, si esta cláusula antielusiva específica puede estar, actuar o coexistir sin entrar en conflicto con los textos normativos de los aludidos convenios.

## **RESUMEN EJECUTIVO (continuación)**

La metodología de estudio aplicada es de carácter cualitativa, en cuanto realiza una investigación a partir de preguntas de investigación que apunta a validar o rechazar una hipótesis, fundamentalmente mediante el análisis documental basado en las disposiciones normativas de la legislación interna, los textos normativos contenidos en los convenios para evitar la doble imposición, jurisprudencia e informes de los órganos nacionales e internacionales así como múltiple bibliografía relacionada con la materia de la presente tesis respecto de los tres Estados.

Este estudio me ha permitido obtener como resultado que la imposición contenida en la cláusula antielusiva específica materia de la presente tesis puede ser ejercida sin ninguna limitación por el otro Estado contratante o Estado de la fuente o situación en aplicación de las reglas de distribución de la potestad tributaria acordadas en el artículo 13 “Ganancias de Capital” de los convenios antes mencionados. A su vez, se ha comprobado que el obligado a otorgar el beneficio tributario para evitar la doble imposición respecto de este tipo de rentas, prescrito en los convenios, es el Estado de residencia del enajenante y, por tanto, en la medida que las cláusulas antielusivas específicas son instauradas por el otro Estado contratante o Estado de la fuente o situación, en ejercicio de su potestad tributaria, éstas no afectan las medidas para evitar la doble imposición internacional consensuadas en los aludidos convenios.

La conclusión de la presente tesis es que la hipótesis de que el hecho imponible vinculado con la enajenación indirecta de acciones de sociedades anónimas constituidas en Chile, México y Perú, aun cuando el mismo tiene naturaleza de cláusula antielusiva específica, es compatible con los preceptos normativos contenidos en los convenios para evitar la doble imposición celebrados por la República de Chile con los Estados Unidos Mexicanos y la República del Perú, así como también el suscrito por este último Estado con los Estados Unidos Mexicanos, es VÁLIDA.



## 1. INTRODUCCIÓN

Es reconocido que no necesariamente el Estado en el cual se declaran las rentas es el Estado en el que efectivamente se llevan a cabo las actividades económicas o se efectúan las inversiones como resultado de las planificaciones fiscales de los grupos económicos multinacionales. Esta circunstancia, asimismo, genera que el Estado de la fuente adopte medidas unilaterales para proteger su base impositiva, entre las cuales, destacan las cláusulas antielusivas específicas.

Tanto Chile, México y Perú no han sido ajenos a esta problemática. Pues bien, aunque existen múltiples modalidades de cláusulas antielusivas específicas, cuando se trata de la enajenación de títulos o derechos representativos del capital de una sociedad constituida en estos Estados, los mismos han optado por instaurar los conocidos hechos imponibles complementarios en sus ordenamientos jurídicos internos, de tal modo, se complemente o perfeccione los hechos imponibles inicialmente tipificados en sus ordenamientos. Lógicamente, frente a las prácticas elusivas adoptadas por personas residentes en el extranjero cuando éstos interponen una sociedad intermedia situada en otro Estado para llevar a cabo la enajenación de acciones o derechos representativos de capital de sociedades constituidas en uno u otro Estado, los tres Estados han redefinido sus presupuestos de hecho para incorporar un supuesto imponible que les permita imponer gravamen sobre la enajenación de acciones u otros derechos representativos de capital de sociedades con la que el administrado pueda conseguir resultados económicos equivalentes a si se hubiese producido el hecho imponible inicialmente definido.

Sin embargo, en tanto estos hechos imponibles complementarios ostentan la naturaleza de cláusulas antielusivas específicas, mucho se ha discutido si las disposiciones normativas internas que incorporan las mismas pueden ser aplicadas cuando el Estado de la fuente habiendo suscrito un convenio para evitar la doble imposición con el Estado de la residencia del enajenante, no ha incluido manifiestamente en el texto normativo del mismo la regla de distribución de la potestad tributaria de las citadas cláusulas, más aún cuando la aplicación de las mismas podrían suponer que el Estado de la fuente niegue el beneficio que está obligado a otorgar en cumplimiento del referido convenio. De hecho, en los estudios que tratan sobre este asunto no preponderan la regla general de interpretación de los tratados

consagrada en la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de 1969 y ratificada por México, Chile y Perú en los años de 1975, 1981 y 2000, respectivamente, predominando, en consecuencia, la literalidad de las palabras para elucidar el sentido de los textos normativos prescritos en los convenios para evitar la doble imposición celebrados por la República de Chile con los Estados Unidos Mexicanos y la República del Perú, así como también el suscrito por este último Estado con los Estados Unidos Mexicanos.

Estos antecedentes me permiten plantear las siguientes preguntas de investigación: **i)** ¿Es correcto sostener que la naturaleza de cláusula antielusiva específica del supuesto imponible materia de estudio conlleva la incompatibilidad de la misma con las disposiciones normativas de los citados convenios? y, **ii)** ¿Es posible eludir en la labor de interpretación del texto de los referidos convenios, la regla general de interpretación de los tratados consagrada en la Convención de Viena?

En este sentido, el objetivo general de la presente tesis es analizar si las citadas cláusulas son compatibles con los preceptos normativos contenidos en los convenios para evitar la doble imposición celebrados por Chile con México y Perú, y entre estos dos últimos Estados, específicamente, las reglas de distribución de la potestad tributaria contempladas en el artículo 13 “Ganancias de Capital” de estos convenios. Vale decir, si estas cláusulas antielusivas específicas pueden estar, actuar o coexistir sin entrar en conflicto con los textos normativos de los aludidos convenios. Y, en cuanto con los objetivos específicos, son: **i)** determinar si los Estados contratantes pueden sustraerse de la aplicación de la regla general de interpretación de los tratados consagrada en la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados cuando interpretan los convenios para evitar la doble imposición, y, **ii)** establecer, en caso resultan aplicables las cláusulas antielusivas específicas materia de la presente tesis, si éstas afectan las medidas para evitar la doble imposición internacional consensuadas en los aludidos convenios.

De esta manera, la hipótesis que pretende validar o rechazar la presente tesis es: “El hecho imponible vinculado con la enajenación indirecta de acciones de sociedades anónimas constituidas en uno u otro Estado contratante, aun cuando el mismo tiene naturaleza de cláusula antielusiva específica, es compatible con los preceptos normativos contenidos en los convenios para evitar la doble imposición celebrados por la República de Chile con los Estados Unidos Mexicanos y la República del Perú, así como también el suscrito por este último Estado con los Estados Unidos Mexicanos”.

La metodología de estudio aplicada es de carácter cualitativa, en cuanto realiza una investigación a partir de preguntas de investigación que apunta a validar o rechazar una hipótesis, fundamentalmente mediante el análisis documental basado en las disposiciones normativas de la legislación interna, los textos normativos contenidos en los convenios para evitar la doble imposición, jurisprudencia e informes de los órganos nacionales e internacionales, así como múltiple bibliografía relacionada con la materia de la presente tesis respecto de los tres Estados.

El marco teórico se inicia con una exposición resumida de la evolución del tratamiento tributario de las ganancias de capital en Chile, México y Perú para, luego, centrar la misma en el desarrollo de la fiscalidad de las ganancias de capital obtenidas por personas no residentes en los citados Estados como resultado de la enajenación directa o indirecta de las acciones de sociedades anónimas constituidas en uno u otro Estado. Después, en el tercer capítulo serán comentados los aspectos teóricos de los convenios para evitar la doble imposición, sus antecedentes históricos, su jerarquía en el ordenamiento jurídico interno de Chile, México y Perú así como la interpretación de los mismos como del Modelo de Convenio Fiscal sobre la Renta y sobre el Patrimonio elaborado por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico, toda vez que los citados Estados han celebrado sus convenios aplicando en términos generales los lineamientos de dicho modelo, pero efectuando ciertas desviaciones conforme su ordenamiento jurídico interno y a políticas tributarias previamente definidas a la negociación de los mismos.

En el cuarto capítulo aportaré una exposición, comentarios, análisis e interpretación de las reglas de distribución de la potestad tributaria respecto de las ganancias de capital obtenidas en la enajenación directa e indirecta de acciones de sociedades anónimas conforme las recomendaciones de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico como aquellas consensuadas en los convenios para evitar la doble imposición celebrados por Chile con México y Perú así como también el suscrito por este último Estado con México. Adicionalmente, presentaré las posiciones contrarias de diversos autores durante los últimos años, siendo sus argumentos rebatidos por mi persona, según sea el caso.

Por último, en el quinto capítulo ofreceré una síntesis de los resultados obtenidos en los capítulos precedentes, los cuales me han permitido validar o rechazar la hipótesis anteriormente descrita. Es decir, presentaré las conclusiones que se ponen de manifiesto en

la presente tesis. Asimismo, expondré las aportaciones que son posibles constatar con el desarrollo de la misma, e igualmente las recomendaciones que puedan contribuir en el análisis fiscal de una enajenación indirecta de acciones llevada a cabo por un residente en Chile que involucre sociedades residentes, domiciliadas o constituidas en México o Perú.

## **2. GANANCIAS DE CAPITAL OBTENIDAS EN LA ENAJENACIÓN DE ACCIONES DE SOCIEDADES ANÓNIMAS POR PERSONAS NO RESIDENTES**

### **2.1. Consideraciones generales**

La legislación fiscal de México no contiene una definición del concepto de ganancias de capital aun cuando las mismas son sujetas a imposición del Impuesto sobre la Renta desde 1925. De la misma forma, a pesar de haber sido instaurado un Impuesto sobre las Ganancias de Capital a mediados de la década de los sesenta, con carácter de impuesto único en sustitución del régimen general del Impuesto sobre la Renta, la legislación fiscal de Chile no comprende una definición del concepto de ganancias de capital. En contraste, si bien fue establecido un Impuesto a las Ganancias en las enajenaciones de inmuebles rústicos o urbanos a título oneroso en 1947, la legislación fiscal de Perú recién introduce una definición del concepto de ganancias de capital a partir del 1 de enero de 2004.

Es coherente la ausencia de una definición del concepto de ganancias de capital en las legislaciones fiscales de Chile y México con el prolongado tiempo en que el mismo ha sido materia de estudio en América Latina desde la década de los sesenta. En cambio, cuando el legislador peruano decide regular el tratamiento tributario de la ganancia de capital en forma específica como un tipo de ingreso distinto a la renta ordinaria, se puede apreciar que tanto en la legislación comparada como en reconocida doctrina, existía consenso en relación con la definición del concepto de ganancias de capital. Ciertamente, para el 2003, año en que fue redactada su propuesta legislativa, era de aceptación general que, para fines fiscales, las ganancias de capital son ingresos que se obtienen en la enajenación de los bienes de capital que forman parte del patrimonio de un sujeto. Asimismo, con la finalidad de cerrar una polémica sobre la naturaleza de los bienes de capital, existía anuencia que éstos son distintos a los bienes de cambio o inventarios, que por su naturaleza se transan en el ámbito del negocio o empresa.

Frente a la problemática planteada sobre la definición del concepto de ganancias de capital, lógicamente, también la imposición de las mismas fue materia de intensos debates en la década de los sesenta. Como sabemos, tal imposición origina consecuencias en

materia económica relativas al ahorro, la acumulación de capital y el potencial crecimiento de la economía, factores que son tomados en cuenta por los Estados para establecer su política fiscal; y, consecuentemente, entre otros elementos, los tributos que han de conformar su sistema tributario. Así, por ejemplo, una vez instaurada la imposición de las ganancias de capital por concepto del Impuesto sobre la Renta, con el objetivo de no afectar el desarrollo del mercado de la Bolsa de Valores de México, respecto de las operaciones con acciones de sociedades que captan ahorros públicos en dicho mercado, en México fueron exentas aquellas ganancias de capital obtenidas por las personas físicas cuando la enajenación de valores mobiliarios se realice en el país a través de la bolsa de valores autorizada, a partir del 1 de enero de 1972. Asimismo, considerando que dicha imposición puede afectar la libre movilidad de capitales, en la década de los noventa, con la finalidad de fomentar o fortalecer el mercado de capitales e intermediación financiera, los Gobiernos de Chile y Perú introducen exoneraciones a las ganancias de capital obtenidas por la enajenación de valores mobiliarios en dichos mercados.

Otro aspecto de discusión fue la oportunidad en que las ganancias de capital debían ser sujetas a imposición, en caso el Estado hubiese decidido su inclusión como supuestos imposables del Impuesto a la Renta, dado que éstas pueden ser gravadas a medida que se van produciendo; o, en el momento en el cual éstas efectivamente se materializan. Es claro que las ganancias de capital son una manifestación de capacidad contributiva; sin embargo, fue comprendido por muchos estudiosos de la materia que la primera alternativa implicaría que el contribuyente abone el impuesto con sus propios recursos; y, por tanto, la segunda alternativa ha sido de aceptación general por los legisladores fiscales de los países de América Latina. Es de llamar la atención que, en relación con el concepto de renta, la doctrina reporta que las ganancias de capital realizadas califican como rentas conforme con el criterio del flujo de riqueza. En efecto, si bien son ingresos que fluyen de terceros hacia el contribuyente, la fuente productora de los mismos se agota al realizar la operación, no pudiendo ser comprendidos en el criterio de renta-producto del Impuesto a la Renta.

Establecidas las ganancias de capital como hechos imposables del Impuesto sobre la Renta, el estudio de cada Estado se centra en cómo gravarlas, si éstas deben ser tratadas como rentas del ejercicio gravadas conjuntamente con la renta neta global de las personas naturales o la renta neta imponible de las sociedades o empresas, o si es apropiado gravarlas en forma independiente con una tasa reducida del Impuesto a la Renta. Es de

mencionar que tratándose del primer supuesto, las ganancias de capital pueden ser incluidas en su integridad como rentas ordinarias, parcialmente en base a cierto porcentaje de la ganancia de capital obtenida; o, aplicando un sistema de promediación para la fijación de la alícuota. Asimismo, hoy en día algunos países utilizan un sistema de impuesto dual sobre la renta, el cual supone gravar con una tasa moderada y uniforme las rentas de capital (incluida las ganancias de capital), distinguiéndose de las rentas del trabajo, las mismas que son gravadas en función de un impuesto progresivo.

A modo de ilustración se puede mencionar que tanto para personas naturales como personas jurídicas, Chile introdujo el Impuesto de Primera Categoría en el carácter de impuesto único a la renta aplicable a la enajenación de ciertos bienes de capital, salvo que operen las normas sobre habitualidad o relación, el cual estuvo vigente por el periodo comprendido entre el 14 de febrero de 1964 hasta el 31 de diciembre de 2016. Es decir, el legislador chileno considero conveniente gravarlas en forma independiente con una tasa reducida del Impuesto a la Renta. Por su parte, Perú adopta el denominado sistema de impuesto dual sobre la renta a partir de 1 de enero de 2010. En línea con dicho sistema, las ganancias de capital obtenidas por personas naturales, sucesiones indivisas y sociedades conyugales que optaron por tributar como tal, domiciliadas en Perú, forman parte de las rentas de capital sujetas a una tasa efectiva reducida de 5% por concepto del Impuesto a la Renta, la misma que será retenida con carácter de definitivo; y, tratándose de las personas jurídicas domiciliadas en el país, las ganancias de capital continúan formando parte de sus rentas de tercera categoría como si se trataran de rentas ordinarias.

De la misma forma, en México las ganancias de capital obtenidas por personas morales residentes en ese país son tratadas fiscalmente como si se trataran de rentas ordinarias. En cambio, a partir del 1 de enero de 2014, como regla general, para calcular el impuesto anual de las ganancias de capital por enajenación de bienes efectuada por personas físicas residentes en dicho país, dicha ganancia se dividirá entre el número de años transcurridos entre la fecha de adquisición y la de enajenación, sin exceder de 20 años; el resultado que se obtenga conforme a la fracción anterior, será la parte de la ganancia que se sumará a los demás ingresos acumulables del año calendario de que se trate y se calculará, el impuesto correspondiente a tales ingresos. La parte de la ganancia no acumulable estará sujeta a una tasa reducida del Impuesto sobre la Renta. Destaca también el tratamiento tributario alternativo previsto para personas físicas residentes en México,

mediante el cual se calcula una tasa promedio del Impuesto sobre la Renta en función de los últimos cinco ejercicios, incluido aquél en el que se realizó la enajenación. Se aprecia que si bien el citado Estado ha optado por gravar las ganancias de capital conjuntamente con la renta neta global de las personas físicas, ésta se incorpora parcialmente en base a cierto porcentaje de la ganancia de capital obtenida; o, aplicando un sistema de promediación para la fijación de la alícuota.

En suma, todos los comentarios anteriores demuestran las características propias y diferenciadas del tratamiento tributario de las ganancias de capital aplicable en los países de México, Chile y Perú desde la década de los sesenta hasta nuestros días. Naturalmente, aún continúa siendo materia de revisión la influencia de la imposición de las ganancias de capital en los resultados económicos o sociales de los Estados. Por ello, no resulta extraño que, en Estados como México o Perú, cuando un Gobierno asume el poder se reforme el tratamiento tributario de las rentas de capital sea para incluir un supuesto imponible que permita incrementar la recaudación de los ingresos públicos o establecer una exención fiscal para atraer alguna modalidad financiera o inversora.

De la evolución de tales características es que trataré en las siguientes secciones, en primer lugar, los antecedentes históricos de cómo las ganancias de capital fueron incorporadas como supuestos imponibles por concepto del Impuesto sobre la Renta en México, Chile y Perú; y, en segundo lugar, específicamente, el desarrollo de la fiscalidad de las ganancias de capital procedentes de la enajenación directa o indirecta de acciones de sociedades anónimas llevada a cabo por personas no residentes en los referidos Estados.

## **2.2. Antecedentes históricos**

Las ganancias de capital no fueron comprendidas, inicialmente, como rentas sujetas a Impuesto a la Renta por todos los primeros Estados que establecieron dicho gravamen.

Es conocido que, el Impuesto a la Renta fue introducido con carácter temporal en los denominados países exportadores de capital; sin embargo, dada la migración de personas y capitales que se produce entre los años 1875 y 1914, los referidos Estados logran vencer las resistencias políticas, económicas, sociales y jurídicas que precedieron la instauración del



Impuesto a la Renta, siendo éste finalmente decretado como imposición directa sobre la renta con carácter definitivo. Entiendo que, posiblemente, con la finalidad de no disminuir la aceptación lograda de tal imposición, la definición del concepto de renta estuvo centrado en aquellos ingresos periódicos obtenidos por personas físicas o sociedades; y, en tanto las ganancias de capital, como sabemos, no ostentan dicha naturaleza, las mismas no habrían sido incluidas en los primeros años de existencia del Impuesto a la Renta.

La Primera Guerra Mundial (1914-1919) alteró significativamente las relaciones económicas internacionales, siendo su principal beneficiado, los Estados Unidos de América. Los principales países exportadores industriales de Europa, Gran Bretaña y Francia, involucrados en la citada guerra, perdieron su supremacía comercial, afectando sus recursos públicos; y, una vez concluida esa guerra, frente a la recesión económica que sufrían los países de Europa, éstos optaron por una política comercial proteccionista, lo cual acentuó la reducción de su comercio que venían sufriendo, continuando la disminución de sus ingresos públicos. Ello evidenció la necesidad de aumentar los ingresos del presupuesto nacional provenientes de impuestos no vinculados con el comercio internacional, entre otros, el Impuesto a la Renta. Entretanto, siendo esa supremacía comercial asumida por los Estados Unidos de América y Japón, la economía del primero experimentó un fuerte crecimiento económico en los años siguientes de finalizada la guerra. Asimismo, como consecuencia del inmenso endeudamiento externo de los países comprometidos en dicha guerra, los Estados Unidos de América, en su calidad de acreedor, contrae un rol financiero predominante en el orden económico internacional. Adicionalmente, su mercado de valores, New York Stock and Exchange Board, desplazó al mercado de capitales de Londres, London Stock Exchange, adquiriendo superioridad en las inversiones realizadas en las Bolsas de Valores en el mundo para 1918. Estados Unidos de América no sólo logró mantener su hegemonía en la inversión extranjera directa (IDE), también la adquirió en las inversiones de cartera. Por todo ello, no nos sorprende la información que nos comparte Trillo (2015) respecto de que “el primer país en gravar las ganancias de capital fue los Estados Unidos de América, toda vez que a partir de la Décima Sexta Enmienda a su Constitución y del “Revenue Act” de 1921, la Suprema Corte de Justicia de dicho país interpretó que el término “ingreso” incluye a las ganancias de capital”.

Lo anterior supuso una ironía de la historia para México a causa de la tensa relación que sostenía con los Estados Unidos de América desde los inicios de la Revolución

Mexicana en 1910. Frente a la profunda crisis económica que vivía México como consecuencia de las dos primeras fases de la Revolución Mexicana, su Poder Ejecutivo a cargo del político, militar e empresario Venustiano Carranza Garza, estableció como prioridades de su gobierno, no sólo restaurar el orden constitucional sino, además, reordenar la economía y las finanzas públicas, así como lograr la estabilización monetaria y bancaria de su país.

Así, proclamada la Constitución, el 5 de febrero de 1917, con el objeto de poner en orden las finanzas públicas del Gobierno Constitucional, se forma la Comisión de Reorganización Administrativa y Financiera conformada por Rafael Nieto, Luis Cabrera, Alberto José Pani, M. Rodríguez Gutiérrez y Henry Bruere. Siendo primordial la recuperación de la capacidad del Estado para controlar la recaudación de los ingresos públicos, esta comisión contrata los servicios del profesor norteamericano Henry Alfred Chandler como asesor externo en asuntos fiscales; y, dada la polémica sobre la creación del banco único de emisión, contrata como asesor externo en asuntos monetarios al profesor norteamericano Edwin Walter Kemmerer. Se cree que, con la finalidad de obtener el reconocimiento de su gobierno por parte de Washington, el Gobierno de Venustiano Carranza Garza contrata a Kemmerer, como resalta Lomelí (2002), en la medida que “En 1917 gozaba ya de prestigio ante el Departamento del Estado norteamericano y el gobierno mexicano había recurrido a él como una forma de enviar a la comunidad financiera internacional el mensaje de que estaba decidido a llevar a cabo una reforma profunda de la economía mexicana”. En efecto, para lograr la estabilización monetaria y bancaria de México, entre otros requisitos, era necesario reestablecer las relaciones con la banca internacional y comenzar las negociaciones sobre la deuda pública precisamente con los Estados Unidos de América, tomando en cuenta que el pago de los servicios de la referida deuda había sido suspendido desde inicios de 1914.

En materia fiscal, conforme con su informe de fecha 1 de noviembre de 1917, la principal recomendación de Chandler fue incrementar los impuestos a la exportación aprovechando la creciente demanda externa de materias primas mexicanas como consecuencia de la Primera Guerra Mundial. Complementariamente, en relación con el Impuesto sobre Utilidades, propone que el impuesto no sea calculado en base de los productos o entradas brutas sino que el mismo debería ser aplicado solamente sobre las utilidades netas; y, respecto del Impuesto sobre la Renta, reconociendo que dicho impuesto permite corregir las irregularidades detectadas en la distribución de la carga fiscal en

perjuicio de la clase trabajadora, sugiere su instauración como un impuesto general sobre todas las rentas de una persona en su conjunto. No obstante ello, Chandler admite que la recaudación de este último impuesto sería difícil a causa del sistema administrativo reinante para ese entonces en México.

El resultado de la labor de la Comisión de Reorganización Administrativa y Financiera no fue implementado a la conclusión de la misma, como parte de las reformas económicas propuestas por el Gobierno de Venustiano Carranza, toda vez que la inestabilidad política que subsistía en México les impidió poner en marcha tales reformas. Ello no implicó el abandono de los lineamientos económicos planteados por la citada comisión, los cuales finalmente fueron ejecutados a partir de los años veinte durante el periodo de reconstrucción económica postrevolucionario.

Lograr el equilibrio de la hacienda pública federal fue una constante preocupación del proceso de reconstrucción económica de México impulsado por el Gobierno de Álvaro Obregón Salido por el periodo comprendido entre el 1 de diciembre de 1920 al 30 de noviembre de 1924. Basado en el principio moral hacendario que niega a todo Gobierno el derecho de aumentar los sacrificios del pueblo contribuyente, subiendo los impuestos o creando otros nuevos, el sistema federal tributario –aun cuando se reconocía que el mismo era ineficiente- fue conservado hasta la Ley de Ingresos de 1923, centrándose, entonces, en la reducción de los egresos públicos o el incremento de ingresos públicos mediante la enajenación de los bienes nacionales no aprovechados en la prestación de servicios públicos. No siendo suficientes esas medidas, la complicada situación hacendaria se acrecentó, por lo cual, al formar la Ley de Ingresos de 1924, el Secretario de Hacienda y Crédito Público, Alberto José Pani, recurrió inevitablemente a la instauración del impuesto sobre sueldos, salarios y emolumentos e impuesto sobre las utilidades de las sociedades y empresas<sup>1</sup> siguiendo las medidas fiscales propuestas por Chandler, asesor externo de la Comisión de Reorganización Administrativa y Financiera del Gobierno de Venustiano Carranza. Lo cual era predecible en tanto que, como he mencionado, Pani fue miembro de la reconocida comisión. Sin duda, esta decisión resultó importante para el inicio de una reforma tributaria de México que tuviese como propósito la redistribución de la riqueza de los administrados, pues el sistema federal tributario mexicano no sólo estaría constituido por

---

<sup>1</sup> Es importante precisar que, tal como sostiene Collado (2002) “Se introdujo de manera experimental el Impuesto sobre la Renta en 1921, bajo el nombre de Impuesto del Centenario, pero no se estableció definitivamente debido a que los ingresos crecientes generados por los gravámenes al petróleo permitieron posponerla”.

impuestos indirectos sino también por impuestos directos sobre la renta individual o colectiva.

El 21 de febrero de 1924 fue introducida la Ley para la Recaudación del Impuesto sobre sueldos, salarios y emolumentos e Impuesto sobre las utilidades de las sociedades y empresas. En otras palabras, únicamente fueron dos los conceptos que originarían ingresos sujetos a imposición, los provenientes de la actividad personal sea en relación de dependencia o ejercicio individual de una profesión; y la actividad empresarial relacionada con la industria, la agricultura y el comercio. En el específico caso de las ganancias de capital, como advierte el Director General del Impuesto sobre la Renta, Licenciado Hugo B. Margáin (1957), “En forma especial, en el artículo 11, fracción IV, se excluyeron del gravamen las ganancias de capital, es decir, el aumento del valor de las propiedades por el desarrollo económico general o por la pérdida del valor adquisitivo de la moneda; salvo el caso de que se tratara de aumentos al valor de los activos, derivados de reinversión de las ganancias producidas por el negocio. Cuando la revaloración de los activos de las empresas se hacía figurar en los balances, la Ley los consideraba como ganancias gravables”.

Este texto normativo fue derogado por el decreto promulgado el 18 de marzo de 1925 con la denominación “Decreto determinando las personas que están obligadas al pago del impuesto sobre la renta y fijando las disposiciones a que se sujetará su recaudación”, siendo vigente a partir del 1 de abril de 1925. Tal como sostiene el Secretario de Hacienda y Crédito Público, Pani, ante la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión en la sesión de apertura del periodo ordinario del congreso general, llevada a cabo el 1 de setiembre de 1925, “Con los propósitos de capacitarlo mejor para que llene la finalidad social que con él se persigue y de hacerlo más productivo, se dio mayor extensión al impuesto sobre la renta y fueron aumentadas sus tarifas. Las dos cédulas, en efecto, de que constaba el impuesto de 1924, quedaron subdivididas en estas siete (...)”. Como uno podrá percatarse, el Poder Ejecutivo del Gobierno de Francisco Plutarco Elías Campuzano preservó el sistema cédular del Impuesto sobre la Renta adoptado por su predecesor, estableciendo tantos gravámenes como fuentes gravables fuesen identificadas, siendo los resultados de cada cédula independientes entre sí. Uno de los más discutidos preceptos fue establecer que los causantes de la Cédula I “Comercio” que ejecuten accidentalmente actos de comercio pagará un cuatro (4) por ciento sobre la ganancia gravable que obtenga en cada operación. Atendiendo a tal disposición y como consecuencia de la problemática referente a la

calificación de las transacciones como actos accidentales de comercio, reiterada jurisprudencia de la época sostiene que toda operación lucrativa que realice una sociedad constituida con sujeción a la Ley de Sociedades Mercantiles, en la medida que ostenta carácter de comerciante conforme las disposiciones normativas del Código de Comercio, califica como un acto habitual de comercio. En línea con esa interpretación, considerando que dicho código disponía expresamente como actos de comercio, las compras y ventas de porciones, acciones u obligaciones de las sociedades mercantiles, la ganancia de capital obtenida en la enajenación de acciones de sociedades anónimas por personas morales era afecta al Impuesto sobre la Renta bajo las reglas de la Cédula I “Comercio”.

Entretanto, también la supremacía económica de los Estados Unidos incidió en el desarrollo económico de Chile. Tal como refiere Drake (1984), “para su crecimiento, Chile no sólo dependía de las importaciones de Estados Unidos, sino también de las exportaciones de las compañías salitreras y cupríferas norteamericanas”. Por tal razón, en 1925, cuando sufre de una severa depreciación monetaria y una creciente inflación de precios, las autoridades chilenas no dudan en recurrir al asesoramiento de Kemmerer, quien sostenía que la principal fuente de recursos públicos no debía estar soportada en los impuestos de exportación e importación, entre otras razones, porque las mismos declinan en periodos de recesión económica, sugiriendo el mejoramiento de los impuestos internos, tales como, los impuestos a los ingresos. Las recomendaciones de la Misión Kemmerer pone de manifiesto la influencia del sistema fiscal de los Estados Unidos.

De la misma forma, cuando a inicios de los años treinta, Perú enfrentaba una crisis económica motivada por la caída de los precios internacionales, las restricciones del crédito internacional y una devaluación acelerada de su moneda, en 1931 contrata también la asesoría del citado profesor norteamericano, quien advierte, en el caso peruano, la excesiva dependencia en los impuestos indirectos y especialmente en los derechos aduaneros, recomendando la simplificación de los impuestos directos, preponderando el impuesto sobre la renta. Así, para que no nos quede duda respecto de la influencia norteamericana, en la exposición de motivos sobre el proyecto de ley sobre el impuesto a la renta del 18 de marzo de 1931, Kemmerer sustenta su posición sobre las ventajas de dicho impuesto, señalando que “lo acontecido en los Estados Unidos demuestra que el impuesto sobre la renta es susceptible de convertirse en la fuente principal de los ingresos fiscales, haciendo, como

resultado, innecesaria la diversidad de los otros impuestos, y entrañando como consecuencia una simplificación en el sistema fiscal”.

No obstante, tratándose de las ganancias de capital, en la referida exposición de motivos, Kemmerer manifestaba que las ganancias y pérdidas ocasionales que afectan el capital son de difícil solución, sea por la apreciación de las mismas como por el comportamiento del contribuyente en declarar sus pérdidas omitiendo sus ganancias. Por tanto, él proponía que “las ganancias o pérdidas que afectan el capital no tuviesen efecto tributario, a no ser que tales operaciones de compra y venta formaran parte esencial y corriente del negocio principal del contribuyente”.

En Chile, dado el respaldo de las fuerzas armadas conducidas por Carlos Ibáñez del Campo a las medidas recomendadas por la Misión Kemmerer, tanto el Presidente Arturo Alessandri Palma como el Presidente Emiliano Figueroa Larraín, quien fue electo el 24 de octubre de 1925 por acuerdo entre los partidos políticos tras la renuncia del primero, pusieron en ejecución las citadas recomendaciones. En virtud de las mismas, en relación con la reforma tributaria, “visto el proyecto de Ley de Impuesto sobre la Renta presentado por la Misión de Consejeros Financieros, presidida por el señor Edwin Walter Kemmerer, y los estudios practicados por el Ministerio de Hacienda y las oficinas técnicas de su dependencia”, el 16 de diciembre de 1925 se promulga la Ley del Impuesto sobre la Renta mediante Decreto Ley N° 755. En línea con la propuesta referente a las ganancias de capital antes reseñada, notamos que, como parte de los beneficios de la industria y del comercio, denominada categoría tercera, el artículo 17 del citado decreto establece que “se considerará como aumento de capital y no como renta el mayor valor que obtenga el vendedor sobre el precio de compra de su propiedad; pero los beneficios obtenidos de la compra y venta de bienes muebles o inmuebles serán considerados como rentas y serán gravados dentro de esta categoría, cuando las operaciones de compra venta sean efectuadas por personas o firmas que hagan de la compraventa de bienes su profesión habitual”. Asimismo, se precisa en el inciso a) del artículo 19 de la referida disposición normativa que la expresión renta bruta no comprende el aumento de capital, sin perjuicio de lo señalado en el artículo 17, calificando éste como una entrada que estará exenta del Impuesto a la Renta.

En Perú, aun cuando muchos eran conscientes que las reformas fiscales y tributarias eran complementos fundamentales de la reforma monetaria y bancaria propuestas por la

Misión Kemmerer, las mismas fueron abandonadas a causa de las decisiones de su clase política. En efecto, en tanto fueron sumamente disputadas las elecciones presidenciales de 1931, las consecuencias del recrudecimiento de la crisis internacional –tales como la nula disponibilidad de recursos provenientes de préstamos externos o suspensión de los contraídos- fueron asumidas como oportunidades políticas por la enérgica oposición al gobierno de Luis Sánchez Cerro. En ese escenario, era clara una difícil aprobación del recomendado aumento de los impuestos directos que hubiese facilitado el pago de la deuda externa. El 29 de mayo de 1931 se decreta la moratoria total en el pago de las obligaciones externas mediante el Decreto Ley N° 7193 “Suspendiendo hasta el 31 de diciembre de 1931 el pago de los servicios de todas las deudas de la República”, a fin de disponer de recursos para atender las necesidades primordiales del Estado Peruano. En tanto no fue introducida la Ley de Impuesto sobre la Renta sugerida por la Misión Kemmerer, Perú continuó con un sistema de impuestos directos que no comprendía un sólo texto normativo consolidado referente al Impuesto sobre la Renta, aun cuando la legislación peruana sí había concebido impuestos múltiples vinculados con dicho impuesto. Ninguno de estos impuestos incluía como supuesto de gravamen algún concepto de las ganancias de capital.

Todo lo anterior nos permite comprobar la influencia del sistema fiscal de los Estados Unidos de América en la instauración del Impuesto sobre la Renta en México como en Chile como consecuencia del asesoramiento en materia fiscal de los profesores norteamericanos Henry Alfred Chandler y Edwin Walter Kemmerer, respectivamente. Sin embargo, específicamente sobre el tratamiento tributario de las ganancias de capital, en la medida que ambos sostenían posiciones contrarias, en México, las mismas calificaban como ingresos sujetos a imposición cuando eran obtenidas por personas morales en forma habitual o accidental; y, por su lado, en Chile, las ganancias de capital no tenían efecto tributario, salvo que las operaciones de compra y venta formaran parte esencial y corriente del negocio principal del contribuyente. En contraste, en tanto Perú prescinde de las recomendaciones de la Misión Kemmerer, no fortalece la imposición directa sobre la renta, no siendo sujetos a imposición, entre otros conceptos, las ganancias de capital.

En Perú, el 26 de julio de 1934 fue promulgada la Ley N° 7904 “Ley de Impuesto sobre la Renta” por el Gobierno de Oscar Raimundo Benavides Larrea, militar y político peruano quién asume el mandato presidencial a la muerte de Luis Sánchez Cerro, quien fuera asesinado por un militante del partido de oposición el 30 de abril de 1933. El artículo

primero de la indica ley, vigente a partir del 1 de enero de 1935, dispone que “Se comprende bajo la denominación de impuestos sobre la renta, los siguientes: el Impuesto sobre la Renta del Capital Movable, el Impuesto a las Utilidades, el Impuesto a los Predios Rústicos y Urbanos, el Impuesto a los Sueldos y el Impuesto Progresivo sobre la Renta”. Parte de estos impuestos formaban parte del denominado sistema de impuestos directos antes mencionado, la integración de los mismos en un solo dispositivo normativo no implicó una variación en el sistema cedular del Impuesto sobre la Renta adoptado por Perú. Cabe recordar que, en tanto este sistema no fue acogido en puridad, se sobreponía un Impuesto Progresivo sobre la Renta que se aplicaba sobre todas las rentas líquidas obtenidas por las personas naturales. Es de resaltar, como sostiene reiterada jurisprudencia peruana de la época, que las ganancias de capital no fueron comprendidas como supuestos imposables con el Impuesto a las Utilidades en la categoría de Impuestos sobre las Utilidades Industriales y Comerciales ni con el Impuesto Progresivo sobre la Renta.

En Chile, es de suponer que, a causa del concepto amplio de bienes muebles y su influencia en los supuestos imposables de las rentas de tercera categoría, el legislador chileno cree conveniente pormenorizar los bienes muebles que califican como tales para la aplicación del antes mencionado artículo 17. Así, la Ley N° 6.457 “Fija el texto de la Ley sobre el Impuesto a la Renta”, publicado el 10 de enero de 1940, dispone lo siguiente “Se considerará como aumento de capital y no como renta el mayor valor que obtenga el vendedor sobre el precio de compra<sup>2</sup> de su propiedad inmueble o de acciones, bonos y otros valores mobiliarios semejantes; pero los beneficios obtenidos de la compra y venta de esta clase de bienes, serán considerados como renta y serán gravados dentro de esta categoría, cuando las operaciones de compraventa sean efectuadas por personas o firmas que hagan de la compraventa de dichos bienes su profesión habitual”.

En México, la segunda etapa legislativa del Impuesto sobre la Renta se inicia el 1 de enero de 1942 con la dación de un nuevo ordenamiento legal de dicho impuesto. En esta etapa, en relación con el tratamiento tributario de las ganancias de capital, se dispone que las personas morales que ocasionalmente obtengan ingresos procedentes de cualquier

---

<sup>2</sup> Tal como se aprecia en el primer párrafo del artículo 14 del Decreto N° 2.106, publicado el 15 de marzo de 1954, decreto que fija el texto definitivo de la Ley N° 8.419 “Fija el texto refundido del texto de la Ley sobre el Impuesto a la Renta”, publicado el 10 de abril de 1946, este texto normativo, en sus términos generales, se mantiene a dicha fecha, habiendo sido únicamente modificado el término “precio de compra” por “precio de adquisición”.



operación de compra-venta de bienes muebles o inmuebles estarían sujetos a las reglas aplicables a los ingresos conseguidos por las personas morales que ocasionalmente ejecuten actos de comercio a partir del 1 de enero de 1952. En virtud de tal disposición, el Impuesto sobre la Renta se aplicaría sobre la ganancia de capital obtenida en cada operación sin incluirla, por tanto, en la renta neta imponible del ejercicio de la sociedad o empresa para el cálculo de dicho impuesto.

La denominada tercera etapa legislativa del Impuesto sobre la Renta en México se concreta con la promulgación del decreto que aprueba un nuevo texto de la Ley del Impuesto sobre la Renta, publicado el 31 de diciembre de 1953, siendo vigente a partir del 1 de enero de 1954. El inicio de la misma se produce el 24 de diciembre de 1953 cuando la Secretaria de Hacienda y Crédito Público del Gobierno de Adolfo Tomás Ruiz Cortines resalta la necesidad de sustituir el sistema cédular por un sistema global del Impuesto sobre la Renta aplicable a las personas físicas, en tanto el sistema de impuesto cédular no permitía sujetar a imposición la capacidad contributiva en forma íntegra de los administrados, pero, a su vez, atendiendo la situación económica de los sectores empresariales, aun cuando éstos no serían afectados por la mencionada sustitución, aceptaba la postergación de tan importante reforma; y, priorizar el ordenamiento legal del Impuesto a la Renta requerido por dichos sectores para, tal como se justifica en la iniciativa legal de la referida fecha, “conocer con precisión y sin dificultad cuáles son sus derechos y sus obligaciones para con el Fisco, cuando perciban ingresos de los comprendidos en las distintas cédulas”. En efecto, para ese entonces, la interpretación del concepto de renta sujeta a imposición efectuada por el Tribunal Fiscal de la Federación difería –en algunas sentencias- con aquella elaborada por el Poder Judicial Federal. Así entendido, el artículo 1 de la Ley del Impuesto sobre la Renta reafirma el criterio de la fuente o renta-producto y el criterio del flujo de riqueza adoptado por el legislador mexicano para definir el concepto tributario de renta, de la siguiente forma “El impuesto sobre la renta grava los ingresos provenientes del capital, del trabajo o de la combinación de ambos, en los términos de este ordenamiento”. Este artículo se complementa con el artículo 2 del citado texto normativo, a saber “se considera ingreso, toda clase de rendimiento, utilidad, ganancia, renta, interés, producto, provecho, participación, sueldo, honorario y en general cualquier percepción en efectivo, en valores, en especie o en crédito, que modifique el patrimonio del contribuyente. En cada cédula se determina el ingreso gravable”. Siendo ello así, reconociendo que existen actos accidentales de carácter mercantil, ratifica que la Ley del Impuesto sobre la Renta concede un régimen reservado a

tales operaciones, mediante el cual las personas morales que accidentalmente ejecuten actos de comercio, pagarán únicamente el 20% sobre la ganancia que obtenga en cada operación. La reforma de este supuesto imponible acarrió para los administrados un retroceso en la interpretación del concepto de actos accidentales de comercio dado que, desde un punto de vista mercantil, los mismos podrían ser conceptualizados como un acto habitual de comercio por realizarlo un comerciante, sin embargo, desde un punto de vista fiscal, podrían ser reputados como accidentales al no coincidir con su actividad ordinaria. Frente a ello, lo único claro era que las ganancias de capital obtenidas por las personas morales en la enajenación de bienes muebles e inmuebles eran materia de imposición, la controversia se centraba en si resultaba aplicable el tratamiento tributario preferencial del Impuesto sobre la Renta.

Posteriormente, como consecuencia de esta polémica, el legislador mexicano advierte que, en ocasiones las empresas, aun cuando se encontraban en la necesidad de disponer en venta de alguna parte de terrenos y edificios de su propiedad registrados en su activo fijo, detenían tales transacciones por la carga fiscal comprometida en tanto debían incluirla como parte de sus ingresos normales del negocio, y para resolver esta problemática, dispone calificar tales enajenaciones como actos accidentales del comerciante desde un punto de vista fiscal. De este modo, mediante el decreto “Reformas a la Ley del Impuesto a la Renta”, publicado el 31 de diciembre de 1955, para los causantes de la Cédula I “Comercio”, Cédula II “Industria” y Cédula III “Agricultura, ganadería y pesca”, la ganancia de capital obtenida en la enajenación de terrenos y edificios cuando éstos hubiesen formado parte de su activo fijo por un periodo mayor de cinco años, podría ser calificada como resultado de una operación accidental sujeta a una tasa especial del 20% por concepto del Impuesto a la Renta; o, ser incluida en su integridad como rentas ordinarias en la renta neta imponible de las sociedades o empresas comprendidas en las indicadas cédulas, en el ejercicio de que se trate.

Podemos apreciar que la ganancia de capital sólo constituía renta de categoría de tercera del Impuesto a la Renta chileno cuando éstas se obtenían de la venta de bienes inmuebles o de acciones, bonos y otros valores mobiliarios semejantes siempre que dicha operación forme parte de la actividad habitual del vendedor; sin embargo, tenemos que mencionar que, dado que no existía una definición fiscal del concepto de renta, usualmente se discutía si las ganancias de capital formarían parte de dicho concepto, estando, por tanto,

sujetas al Impuesto sobre la Renta. Entretanto, en la medida que la ganancia de capital no constituía renta imponible del Impuesto a las Utilidades en la categoría de Impuestos sobre las Utilidades Industriales y Comerciales ni con el Impuesto Progresivo sobre la Renta peruano, la polémica se centraba en la calificación del resultado de una operación, sea ganancia o pérdida, como ganancia de capital para no ser incluida en la renta imponible del Impuesto a las Utilidades. Por su parte, en México, consolidado el criterio de renta producto así como el criterio de flujo de riqueza adoptado por su legislación fiscal para definir el concepto de renta sujeta a imposición, la ganancia de capital obtenida en la enajenación de bienes efectuada por personas morales calificaba como renta afecta al Impuesto sobre la Renta, estableciéndose un tratamiento tributario preferencial a la ganancia de capital obtenida en la enajenación de terrenos y edificios por empresas o sociedades comprendidas en la Cédula I “Comercio”, Cédula II “Industria” y Cédula III “Agricultura, ganadería y pesca”, cuando tales bienes hubiesen formado parte de su activo fijo por un periodo mayor de cinco años, siendo posible que dicha utilidad esté sujeta a una tasa especial por concepto del Impuesto a la Renta.

En México, a lo largo de los años 1955 a 1959 fue postergada una reforma del sistema cédular del Impuesto sobre la Renta tanto por el Gobierno de Adolfo Ruiz Cortines como por su sucesor Adolfo López Mateo en espera de una mejora sustancial de las inversiones privadas, conforme con el compromiso asumido por los sectores empresariales, que permitiesen acelerar el crecimiento económico de su país. En contraste, a pesar de la instauración de exenciones, franquicias y/o beneficios fiscales para las sociedades o empresas que reinviertan sus utilidades, las iniciativas privadas exhibían un lento desarrollo. No siendo posible para el Estado intervenir en la actividad económica en general, el Secretario de Hacienda y Crédito Público, Antonio Ortiz Mena, cree conveniente contratar la asesoría en materia fiscal del profesor británico Nicholas Kaldor para efectuar un estudio sobre la posibilidad y conveniencia de modificar la estructura y organización del sistema tributario mexicano.

En relación con las ganancias de capital, de acuerdo con su reporte del 28 de setiembre de 1960, Kaldor conceptúa el sistema tributario mexicano de injusto porque favorece la no imposición de los beneficios derivados de la propiedad del capital de la clase económicamente alta, entre sus argumentos, se puede compartir el siguiente: “The exemption of capital gains from taxation is the single most glaring feature of “one law for the

rich and another law for the poor”, an inequity which is not less objectionable for its being so widespread among the western democratic nations”. En ese sentido, Kaldor recomienda instaurar la imposición de las ganancias de capital obtenidas por las personas físicas, precisando que, para tal efecto, es necesario la abolición de la distinción entre los actos de carácter comercial o civil que se venía aplicando para las operaciones de compra y venta de bienes inmuebles; y, decretar la prohibición del anonimato en la tenencia de títulos valores, el cual imposibilitaba el control de las enajenaciones de valores mobiliarios. Otro aspecto que resalta Kaldor vinculado con el tratamiento tributario de las ganancias de capital es su imposición en los mismos términos aplicables a las utilidades ordinarias cuando eran obtenidas por personas morales, razón por la cual sugiere que las ganancias de capital, aun cuando sean obtenidas por personas morales, sean sujetas a la imposición dispuesta para aquellas conseguidas por las personas físicas.

Las recomendaciones de Kaldor fueron sometidas inmediatamente a análisis por parte de una comisión de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público a cargo del Licenciado Manuel Sánchez Cuén; empero no alcanzando un consenso entre los economistas y abogados de la Secretaría, el trabajo de la comisión se extendió hasta octubre de 1961.

Mientras tanto, México, Chile y Perú suscribieron la Carta de Punta del Este en la Declaración de los Pueblos de América en agosto de 1961, mediante la cual, entre otros compromisos, se acuerda reformar las leyes tributarias para exigir más a quienes más tienen, castigar severamente la evasión de los impuestos, redistribuir la renta nacional en favor de los sectores más necesitados, y al mismo tiempo alentar la inversión y reinversión de capitales y el ahorro. Nótese al respecto que esta carta fue firmada en el marco del programa de desarrollo económico y social para la América Latina, “Alianza para el Progreso”, iniciado el 13 de marzo de 1961 por el Presidente de los Estados Unidos de América, John F. Kennedy, por un periodo de diez años.

En México, su presidente Adolfo López Mateos, como nos reseña García (1961), afirmaba que “México no necesita dictar nuevas disposiciones para alcanzar las metas fijadas en la Alianza para el Progreso, pero esto no significa que, independientemente de dichas metas, el Gobierno no tenga la obligación de ir mejorando la legislación cada vez que así lo requiera el progreso de México y el bienestar de sus habitantes”.

Bajo esa perspectiva, la Secretaría de Hacienda y Crédito Público continuó con su política hacendaria que, entre otras finalidades, aspiraba reformar el sistema tributario del Impuesto sobre la Renta aplicable a las personas físicas. Así, basado en las propuestas de la antes mencionada comisión, el 19 de diciembre de 1961 el Poder Ejecutivo del Gobierno de Adolfo López Mateo somete a consideración de la Cámara de Diputados del Congreso una moción legal para modificar la Ley del Impuesto sobre la Renta, principalmente, con la finalidad de continuar con la dación de medidas de estímulo fiscal para las actividades económicas mercantiles, industriales, agrícolas, forestales, ganaderas y de pesca; e, incorporar una tasa complementaria sobre los ingresos acumulados de las personas físicas de alto nivel económico. Asimismo, se propone eliminar las exenciones del Impuesto sobre la Renta, sobre los valores mobiliarios, cuando el rendimiento real de éstos exceda del 7% o del 7.5% anuales; y, tratándose del régimen tributario de las ganancias de capital, tal como sustenta la exposición de motivos de la citada moción, “se propone el establecimiento de una regla general, tanto para empresas como para personas físicas, sociedades civiles y asociaciones, a efecto de gravar las ganancias obtenidas por la enajenación de bienes, estableciéndose cuotas más reducidas en función del mayor tiempo que el bien haya estado en poder del causante y del monto de la ganancia, no debiendo exceder el gravamen en ningún caso, del 20% consignado en los preceptos ahora vigentes”. De esta manera, el decreto que reforma y adiciona diversos artículos de la Ley del Impuesto sobre la Renta, publicado el 30 de diciembre de 1961, en relación con la enajenación de terrenos y edificios por los causantes de la Cédula I “Comercio”, Cédula II “Industria” y Cédula III “Agricultura, ganadería y pesca”, modifica el segundo párrafo de su artículo 58 a fin de indicar que ellos podrán optar por considerar la ganancia resultante de dicha enajenación como gravada en la Cédula VI “Imposición de capitales” o, ser incluida en su integridad como rentas ordinarias en la renta neta imponible de las sociedades o empresas comprendidas en las indicadas cédulas, en el ejercicio de que se trate<sup>3</sup>. En congruencia con el mencionado dispositivo, se reforma el artículo 125 de la indicada Cédula VI “Imposición de capitales”, disponiendo en su fracción IX que, tienen obligación de contribuir en esa cédula, quienes perciban habitual o accidentalmente ingresos procedentes de la enajenación de inmuebles urbanos y valores

---

<sup>3</sup> Posteriormente, a partir del 1 de enero de 1963 el artículo 58 fue modificado para incluir la ganancia por enajenación de maquinaria y equipo que hayan formado parte del activo fijo de un causante; y, además, se elimina la posibilidad de ser dicha ganancia gravada como ingreso ordinario de las Cédulas I, II y III, debiendo ser gravadas en Cédula VI “Imposición de los capitales”.

mobiliarios, cuando el ingreso sea obtenido por personas físicas, sociedades civiles o asociaciones.

En Chile, es de destacar que, si bien el Presidente de Chile, Jorge Alessandri Rodríguez, inicialmente expresó su recelo sobre el polémico programa de la Alianza para el Progreso, frente a la insuficiencia de recursos públicos para afrontar la reconstrucción del país como consecuencia del terremoto de 1960, con el propósito de recibir ayuda económica de parte de los Estados Unidos de América, en setiembre de 1961 suscribe la “Declaración de Viña del Mar” conjuntamente con el Presidente de la Nación Argentina, Arturo Frondizi Ércoli, manifestando claramente su determinación de acelerar el proceso de desarrollo de sus países mediante el cumplimiento de los compromisos asumidos en la Carta de Punta del Este del 17 de agosto de 1961 en el marco del citado programa de desarrollo económico y social para la América Latina. En función de los acontecimientos políticos así como la agitación social que vivía Chile, fue prioritario iniciar el estudio de la reforma agraria, por lo cual, entiendo, no se efectuó alguna alteración sustancial del sistema tributario chileno tanto en 1961 como en 1962.

En Perú, el Gobierno de Manuel Prado Ugarteche se adhirió con entusiasmo a la Alianza para el Progreso. En efecto, siendo éste invitado por el Gobierno de los Estados Unidos de América a una visita oficial en setiembre de 1961, suscribe una declaración de adhesión a los principios de la Alianza para el Progreso con especial énfasis en el desarrollo económico y social de América del Sur. Sin embargo, siendo el último año de su gobierno, aunado a su criticado pasivo comportamiento frente a los problemas de orden socio-económico del país, no fue iniciada acción alguna para honrar los compromisos asumidos. Nótese, además, que los Estados Unidos de América no ejercieron presión sobre esta inercia en tanto su preocupación se centró en las elecciones presidenciales del 10 de junio de 1962, sin predecir que el Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas se pronunciaría oficialmente sobre las elecciones generales, afirmando que hubo fraude. No siendo anuladas las elecciones por el Jurado Nacional de Elecciones, a diez días del término del mandato constitucional de Manuel Prado Ugarteche, se produce el golpe de estado de las Fuerzas Armadas del Perú el 18 de julio de 1962.

En ese escenario, en la conferencia celebrada en Santiago de Chile, en diciembre de 1962, y organizada por el Programa Conjunto de Tributación de la Organización de los Estados Americanos (OEA), el Banco Interamericano de Desarrollo (BID) y la Comisión

Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), respecto de los problemas de política fiscal de América Latina, específicamente, sobre la ampliación de la base imponible del Impuesto a la Renta, se incorporó como sugerencia, la inclusión de las ganancias de capital como rentas gravables del Impuesto a la Renta en tanto que, para ese entonces, éstas calificaban como rentas sujetas a un trato preferencial o exentas de dicho impuesto en los países de América Latina y el Caribe. La justificación de la misma se centró en el principio de equidad toda vez que los impuestos personales retenidos en la fuente afectaban sólo a la clase trabajadora, no siendo sujeta a imposición los beneficios derivados de la propiedad del capital de la clase económicamente alta, debiendo, entonces, lograr que ambos soporten la carga fiscal que permita a sus Estados cumplir con la satisfacción de las necesidades públicas.

En Chile, en la última etapa del Gobierno de Jorge Alessandri Rodríguez, considerando el permanente estrechamiento de los recursos fiscales para financiar los gastos públicos del país, fue concretada la reforma del sistema tributario chileno. Así, específicamente, sobre la Ley del Impuesto sobre la renta, su esperada reforma fue promulgada mediante la Ley N° 15.564 “Modifica la Ley N° 5.427, sobre Impuestos a las herencias, asignaciones y donaciones y sustituye la Ley N° 8.419, sobre Impuesto a la Renta”, publicada el 14 de febrero de 1964. Es sabido que, antes de la citada ley, no existía una definición legal del concepto de renta; por lo cual, se discutía si las ganancias de capital calificaban como rentas sujetas a gravamen del Impuesto a la Renta, estableciéndose que “se entenderá por renta a aquellos ingresos que constituyen utilidades o beneficios que rindan periódicamente una cosa o actividad y todos los beneficios, utilidades o incrementos de patrimonio que sea perciban o devenguen, cualquiera que sea su origen, naturaleza o denominación”. Es claro que, ante el sentido amplio del concepto de renta, la totalidad de las ganancias de capital estarían sujetas al Impuesto a la Renta; por tal razón, entiendo, el legislador chileno incorporó ciertas exclusiones en el artículo 17 del indicado texto normativo. Asimismo, se incorpora un impuesto sobre las ganancias de capital con carácter de impuesto único en sustitución del régimen general del Impuesto a la Renta, salvo que tales ganancias sean producidas habitualmente por el contribuyente, caso en el cual estarían sujetas al impuesto de primera categoría e impuesto global complementario o impuesto adicional, según sea el caso.

En México, el 17 de diciembre de 1964 el Poder Ejecutivo del Gobierno de Gustavo Díaz Ordaz Bolaños presentó una iniciativa legal ante la Cámara de Diputados del Congreso para establecer una nueva Ley del Impuesto sobre la Renta, mediante la cual se permuta el sistema cedular del citado impuesto por uno global tanto para las empresas como para las personas físicas. El decreto de la Ley del Impuesto sobre la Renta fue publicada el 31 de diciembre de 1964. Bajo dicho decreto, con la finalidad de equipar el tratamiento tributario de las ganancias de capital procedentes de la enajenación de bienes inmuebles o títulos de valores, tanto para las personas físicas como para las personas morales, se establece que los ingresos derivados de actos accidentales de comercio consistentes en la enajenación de bienes inmuebles o títulos de valores, causarán el impuesto como si se tratara de un ingreso objeto del Impuesto sobre Productos o Rendimientos del Capital del Impuesto al Ingreso de las Personas Físicas<sup>4</sup>. Asimismo, se introduce exenciones en función del tiempo transcurrido entre la fecha de enajenación y la fecha de adquisición de los bienes materia de la transacción; y, si dentro del año siguiente a la enajenación, el causante invertía la cantidad obtenida en la adquisición de activos fijos destinados a fines industriales, agrícolas, ganaderos o de pesca, o, de otro inmueble cuando se trate de operaciones llevadas a cabo por personas físicas, la ganancia de capital no estaría sujeta a imposición por concepto del Impuesto sobre la Renta.

En Perú, la reforma tributaria ha sido una constante en la agenda de sus Juntas de Gobierno Militares como parte de sus medidas reformistas con la misma intensidad que la reforma agraria. Por ello, no llama la atención que, aún transcurrido un par de años de la firma de la Carta de Punta de Este en agosto de 1961, la Junta de Gobierno Militar, liderada por Nicolas Lindley Lopez, ordenara la creación de una Comisión Revisora de la Legislación Tributaria en el Ministerio de Hacienda y Comercio, mediante Decreto Ley N° 14530 de fecha 20 de junio de 1963. El gobierno de Fernando Belaunde Terry, quien asume la Presidencia del Perú concluido el proceso electoral llevado a cabo por la Junta de Gobierno Militar, ratifica la creación de dicha comisión a través de la Ley N° 14858 de fecha 6 de febrero de 1964. Esta comisión tomó en consideración tanto las recomendaciones efectuadas por la OEA como del BID. El resultado de su trabajo fue la sustitución del sistema cedular del

---

<sup>4</sup> Es de resaltar que mediante la Ley de Ingresos de la Federación para el ejercicio 1965 se dispone que no se causaría el indicado impuesto sobre las utilidades derivadas de la enajenación de valores mobiliarios efectuada por personas físicas.



Impuesto a la Renta e Impuesto Progresivo sobre la Renta por un sistema global del Impuesto a la Renta, agrupando las distintas rentas en cinco categorías.

Esta reforma tributaria fue promulgada en 1968 mediante los Decretos Supremos N° 203-68-HC y N° 287-68-HC de fechas 24 de junio de 1968 y 9 de agosto de 1968, respectivamente. En virtud de la mencionada reforma, el ámbito de aplicación del Impuesto sobre la Renta no sólo reportaría el criterio de la fuente o renta-producto, criterio adoptado por la Ley N° 7904 derogada por dichos decretos, conforme se evidencia en el artículo 1 del Decreto Supremo N° 287-68-HC, a saber, “El impuesto sobre las rentas que provengan del capital, del trabajo y de la aplicación conjunta de ambos factores, y sobre las ganancias y beneficios considerados expresamente por este título como rentas gravadas, se aplicará con sujeción a las disposiciones de este título”. Es claro que el legislador peruano no adoptó en su integridad los criterios del flujo de riqueza o el criterio de consumo más incremento patrimonial sino que sólo calificarían como ganancias o beneficios sujetos al Impuesto sobre la Renta, aquellas específicamente establecidas por el artículo 2 del referido decreto. En ese sentido, tratándose de las ganancias de capital, éstas constituyen rentas gravadas cuando sean obtenidas por las empresas o sociedades con motivo de la enajenación de bienes de cualquier naturaleza que formen parte de su activo. En contraste, si la enajenación de bienes fue llevada a cabo por una persona natural domiciliada en Perú, los resultados provenientes de dicha transferencia no serán gravables cuando éstos no sean producto de una actividad habitual o comercio a que se refiere el citado artículo 2. Es de resaltar que la dación de este dispositivo normativo cerró la polémica antes mencionada, sobre si un resultado de una operación, sea ganancia o pérdida, calificaba como ganancia de capital para no ser incluida como renta imponible del Impuesto a las Utilidades.

Lo anteriormente expuesto nos permite apreciar que, para 1962, México no sólo había incluido las ganancias de capital obtenidas por las personas morales, sean que éstas procedan o no de una operación habitual del enajenante, sino también aquellas ganancias de capital procedentes de la enajenación de bienes inmuebles o títulos de valores efectuada por personas físicas, sociedades civiles y asociaciones. Ciertamente, una posición similar es adoptada por el legislador chileno en la reforma de su sistema tributario en 1964, siendo incluidas las ganancias de capital como rentas gravadas con el Impuesto sobre la Renta, disponiendo que en caso éstas no sean producidas habitualmente, las mismas quedarían sometidas con un impuesto sobre las ganancias de capital con carácter de impuesto único

en sustitución del régimen general del Impuesto sobre la Renta. Es claro que, dado la generalidad de su gravamen, fue necesario introducir las exenciones fiscales en forma expresa. Por su parte, con la reforma tributaria promulgada en 1968, Perú incorporó expresamente como rentas sujetas al Impuesto sobre la Renta, las ganancias de capital obtenidas por las empresas o sociedades con motivo de la enajenación de bienes de cualquier naturaleza que formen parte de su activo. En sentido opuesto a lo dispuesto por Chile y México, si la enajenación de bienes fuera llevada a cabo por una persona física domiciliada en Perú, los resultados provenientes de dicha operación no serían gravables cuando éstos no sean producto de una actividad habitual del enajenante.

Puede decirse que la incorporación de las ganancias de capital como renta imponible del Impuesto sobre la Renta de las personas residentes o domiciliadas en México, Chile y Perú fue resultado de un proceso sumamente prolongado no sólo a causa de los vastos estudios, las persistentes iniciativas e intensos debates de todas las partes involucradas, sino también de la voluntad política de las Juntas Militares de Gobierno o Gobiernos Constitucionales que asumieron el poder en dichos Estados durante el periodo comprendido entre 1917 a 1968. Es también importante resaltar que el tratamiento tributario de las ganancias de capital no es similar en los tres Estados, en tanto, como es comprensible, el mismo es determinado en función de los objetivos perseguidos por los Gobiernos de cada Estado en el marco de su política económica.

Naturalmente, una vez integrada la ganancia de capital como supuesto imponible para las personas residentes en México, Chile y Perú, tratamiento similar se fija para los sujetos no residentes en dichos Estados. En los inicios de la década de los sesenta, México al igual que Chile y Perú, disponía en forma expresa en su legislación fiscal que son sujetos del Impuesto a la Renta, las personas residentes en el extranjero sobre sus rentas procedentes de fuentes de riqueza ubicadas en sus territorios. A este respecto, en las legislaciones fiscales de Chile y Perú fueron enumerados cuáles ingresos obtenidos por las personas no residentes en estos países calificarían como rentas de fuente chilena o peruana, respectivamente. Así, en el caso de Chile, se dispone que se considera como rentas de fuente chilena, entre otras, las rentas procedentes de bienes situados en el país; y, tratándose de Perú, se establece que calificarían como rentas de fuente peruana, entre otras, las producidas por predios situados en su territorio o las producidas por capitales, bienes o derechos situados o colocados económicamente en el país. Situación contraria

aconteció en la legislación fiscal mexicana en la medida que su legislador no intentó pormenorizar los ingresos gravables conseguidos por los sujetos no residentes en México que calificarían como rentas de fuente mexicana, siendo imprescindible recurrir a los supuestos impositivos establecidos para las personas residentes en dicho país.

De ahí que las ganancias de capital originadas en la enajenación de bienes muebles e inmuebles, según sea el caso, son sujetas a imposición en Chile, Perú y México, por concepto del Impuesto sobre la Renta, aun cuando éstas sean obtenidas por personas no residentes en dichos Estados. En atención a la materia de la presente tesis, en los siguientes apartados se puntualizará sobre la evolución histórica de la imposición de las ganancias de capital obtenidas en la enajenación de títulos o derechos representativos del capital de sociedades constituidas en uno u otro Estado, específicamente, acciones de sociedades anónimas constituidas en los referidos Estados, cuando dicha enajenación es efectuada por una persona no residente en los mismos.

### **2.3. Ganancias de capital en la enajenación directa o indirecta de acciones de sociedades anónimas constituidas en Chile, obtenidas por una persona no residente en Chile**

Si bien las ganancias de capital fueron incorporadas como rentas sujetas a imposición de un impuesto único por concepto del Impuesto a la Renta mediante Ley N° 15.564, publicada el 14 de febrero de 1964, tratándose de la enajenación de valores mobiliarios, sólo fue introducido como supuesto gravado aquel mayor valor percibido en la enajenación de derechos, cuotas o acciones en una sociedad de personas, a una persona distinta de la sociedad. Por tanto, la ganancia de capital constituida por el mayor valor percibido en la enajenación de acciones de sociedades anónimas no calificaba como renta afecta al impuesto de ganancias de capital. A ello se debe agregar que, conforme con el numeral 9 del artículo 17 de la mencionada ley, no constituía renta el mayor valor que se obtenga al ceder o enajenar acciones de sociedades anónimas y bonos, sin perjuicio de que si estas operaciones representan el resultado de negociaciones o actividades realizadas habitualmente por el contribuyente, las utilidades respectivas serán gravadas con el

impuesto a la primera categoría y el global complementario o adicional que proceda. Ello supone que las ganancias de capital provenientes de la enajenación de acciones de una sociedad anónima, no se encontraban sujetas al impuesto a la renta, sea por el impuesto a las ganancias de capital o el régimen general, salvo que en este último caso resulte aplicable la presunción de habitualidad.

Como es conocido, en el caso de contribuyentes no domiciliados en Chile, el Impuesto sobre la Renta recae sobre las rentas gravadas de fuente chilena. Sobre el particular, el mismo texto normativo, en el primer párrafo de su artículo 11, estableció que se considerarán rentas de fuente chilena, las que provengan de bienes situados en el país o de actividades desarrolladas en el cualquiera que sea el domicilio o residencia del contribuyente. Para tal efecto, complementa en su artículo 12, se entenderá que están situadas en Chile las acciones de una sociedad anónima constituida en el país, siendo igual regla aplicable en relación a los derechos en sociedades de personas.

Lo anterior implica que una persona no residente en Chile estará afecto al Impuesto a la Renta chileno, bajo las reglas del régimen general del Impuesto de Primera Categoría e Impuesto Adicional, por concepto de la ganancia de capital originada en la enajenación habitual de acciones de sociedades anónimas.

El citado dispositivo normativo fue derogado mediante Decreto Ley N° 824, Ley sobre el Impuesto a la Renta (LIR), publicado el 31 de diciembre de 1974. Es de destacar que dicho decreto modifica la definición legal del concepto de renta, eliminándose la característica de periodicidad en la obtención de utilidades o beneficios que rinde una cosa o actividad, lo cual consolidó el sentido amplio del concepto de renta perseguido por el legislador chileno. También, habiéndose suprimido el impuesto a las ganancias de capital, éstas quedaron sujetas a la imposición del impuesto a la renta conforme las normas de su régimen general; e, igualmente, continuó siendo renta exenta aquel mayor valor, incluido el reajuste del saldo del precio, obtenido en la enajenación o cesión de acciones de sociedades anónimas, siempre que las mismas no califiquen como operaciones habituales. Este decreto no modificó los supuestos de rentas de fuente chilena, por lo cual se mantiene como operación sujeta al Impuesto a la Renta chileno, bajo las reglas del régimen general del Impuesto de Primera Categoría e Impuesto Adicional, la ganancia de capital originada en la enajenación o cesión habitual de acciones de sociedades anónimas.

En 1984 se modifica la Ley sobre el Impuesto a la Renta mediante Ley N° 18.293, publicada el 31 de enero de 1984, entre otras modificaciones, se restringe la exención de la renta vinculada con el mayor valor, incluido el reajuste del saldo del precio, obtenido en la enajenación o cesión de acciones de sociedades anónimas a aquella que se produzca por lo menos a un año de la adquisición de tales acciones; y, adicionalmente, se precisa que no constituirá renta sólo aquella parte del mayor valor que se obtenga hasta la concurrencia de la cantidad que resulte de aplicar al valor de adquisición del bien respectivo el porcentaje de variación experimentada por el índice de precios al consumidor en el período comprendido entre el segundo mes anterior al de la adquisición y el segundo mes anterior al de la enajenación. En línea con esos cambios, el legislador chileno califica el mayor valor que excede dicho costo actualizado como una renta sujeta al Impuesto de Primera Categoría en el carácter de impuesto único a la renta, salvo que operen las normas sobre habitualidad.

Asimismo, se incorpora una exención con la finalidad de evitar que los pequeños inversionistas abandonen este tipo de inversiones como consecuencia de la limitación antes señalada, en el inciso final del numeral 8 del artículo 17 de la LIR, a saber: “Estarán exentas de este impuesto las cantidades obtenidas por personas que no estén obligadas a declarar su renta efectiva en la primera categoría y siempre que su monto no exceda de diez unidades tributarias mensuales en el conjunto de estas rentas que deban declararse en cada mes, de acuerdo con las normas del N° 3 del artículo 69”.

Ahora bien, la única modificación introducida por la Ley N° 18.293 relacionada con el tratamiento fiscal de rentas de fuente chilena está basado en la oportunidad de nacimiento de la obligación tributaria para aplicar, cobrar y pagar el impuesto adicional a las personas naturales extranjeras que no tengan residencia ni domicilio en Chile y las sociedades o personas jurídicas constituidas fuera del país, incluso las que se constituyan con arreglo a la ley chilena y fijen su domicilio en Chile, que tengan en Chile cualquiera clase de establecimientos permanentes tales como sucursales, oficinas, agentes o representantes, éste se produciría cuando se remesen al exterior o sean retiradas, reemplazando el criterio de devengado o percibido anteriormente adoptado por el legislador chileno, con excepción de ciertos intereses previstos en la ley.

Entonces, con la entrada en vigencia de la referida ley, la ganancia de capital que obtenga un no residente en Chile por concepto de la enajenación de acciones de sociedades anónimas calificará como rentas de fuente chilena aun cuando la misma no cumpla los

criterios de habitualidad. Para tal efecto, si se trata de acciones enajenadas en un plazo superior a un año de su adquisición, sólo para fines de la determinación de su renta neta imponible, se tomará en cuenta lo establecido por el penúltimo inciso del mencionado numeral 8 del artículo 17, a saber “no constituirá renta sólo aquella parte del mayor valor que se obtenga hasta la concurrencia de la cantidad que resulte de aplicar al valor de adquisición del bien respectivo el porcentaje de variación experimentada por el índice de precios al consumidor en el período comprendido entre el segundo mes anterior al de la adquisición y el segundo mes anterior al de la enajenación, todo ello sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 18. Por fecha de enajenación se entenderá la del respectivo contrato, instrumento u operación”.

Posteriormente, en 1986, como consecuencia de las prácticas elusivas de los contribuyentes respecto de la enajenación o cesión de acciones de sociedades anónimas a favor de esas sociedades o en las que tengan intereses, para obtener la exención prevista en la LIR así como tributar conforme con el impuesto a la renta en el carácter de impuesto único, mediante Ley N° 18.489, publicada el 4 de enero de dicho año, en los párrafos finales del numeral 8 del artículo 17 de la citada LIR, se dispuso que, “tratándose del mayor valor obtenido en las enajenaciones materia de comentario que hagan los accionistas de sociedades anónimas cerradas, o accionistas de sociedades anónimas abiertas dueños del 10% o más de las acciones, con la empresa o sociedad respectiva o en las que tengan intereses, el mayor valor que exceda del valor de adquisición reajustado será gravado con los impuestos de primera categoría, global complementario o adicional, según corresponda”. Asimismo, se otorga la facultad al Servicio de Impuestos Internos de determinar el valor de enajenación conforme con lo dispuesto por las normas del Código Tributario.

En enero de 1999 se publica la Ley N° 19.601 “Permite la Oferta Pública de Valores Extranjeros en el País”. De acuerdo con el Mensaje Presidencial N° 298-334 referido al proyecto del ley, con fecha 24 de marzo de 1997, “el proyecto está dirigido fundamentalmente a permitir la oferta pública de valores extranjeros en Chile sea mediante la colocación directa de valores extranjeros, de cualquier clase que sean o a través de la emisión de títulos representativos de los mismos, que se denominarán Certificados de Depósito de Valores(CDV), así como la ampliación y flexibilización de las posibilidades de inversión de los inversionistas en general y de los institucionales en particular”. En razón de la incorporación de los indicados valores al Mercado de Valores en Chile, el Ministerio de

Hacienda consideró conveniente aclarar el tratamiento tributario de los mismos, agregando un inciso final al artículo 11 de la LIR, precisando que dichos valores no se encuentran situados en Chile; y, por tanto, las rentas obtenidas por la enajenación de éstos no constituyen rentas de fuente chilena.

De las normas citadas apreciamos que la legislación chilena regula el régimen tributario de la ganancia de capital obtenida en la enajenación de acciones de sociedades anónimas constituidas en Chile llevada a cabo por un sujeto no residente en Chile. Nótese al respecto que, dado el constante perfeccionamiento de las normas que regulan el mercado de capitales en Chile, el tratamiento tributario de la indicada enajenación también debe tomar en consideración si las acciones de sociedades anónimas se encuentran sujetas a un régimen especial, si la misma enajenación no califica como renta exenta; o, si ésta resulta estar comprendida en los supuestos de presunción de habitualidad introducidos en el mencionado numeral 8 del artículo 17 o artículo 18 de la LIR, respectivamente. Por ejemplo, mediante la Ley N° 19.705 “Regula las ofertas públicas de adquisición de acciones (OPAS) y establece el régimen de gobiernos corporativos”, publicada el 20 de diciembre de 2000, se incorpora como presunción de derecho que existe habitualidad cuando las sociedades anónimas enajenen las acciones de su propia emisión, las cuales hubiesen sido adquiridas conforme las condiciones previstas por el inciso a) del artículo 27 de la Ley N° 18.046 “Ley sobre sociedades anónimas”. Este inciso regula la adquisición y posesión de acciones de su propia emisión por sociedades anónimas cuyas acciones tengan transacción bursátil.

Para el año 2000, es sabido que el legislador chileno frente a situaciones de elusión tributaria actuaba en forma reactiva, toda vez que iba corrigiendo probables errores legislativos, los cuales eran aprovechados por los contribuyentes para evitar que un hecho imponible previsto se produjera, conforme iba tomando conocimiento de dichas prácticas elusivas. Asimismo, en comparación con otros países, el Código Tributario Chileno no contenía una cláusula general antielusiva que facultase a la Administración Tributaria Chilena a calificar los hechos llevados a cabo por los contribuyentes conforme su resultado económico por sobre las formas jurídicas. Esto último justificado en un estricto cumplimiento de los principios de libertad, propiedad y seguridad jurídica que posibilita el desarrollo de una actividad económica por parte de los administrados.

En ese contexto, es evidente que únicamente modificando los textos normativos se podía corregir los denominados errores legislativos, eliminando o limitando el uso elusivo de

los mismos. Sabida fue la intención del Poder Ejecutivo del Gobierno del Presidente Ricardo Lagos Escobar (2000-2006) de financiar los requerimientos de gastos en programas sociales y de desarrollo a través de una reducción de la elusión y la evasión tributaria, razón por la cual, mediante una iniciativa legal, presentada el 24 de agosto del 2000, el Poder Ejecutivo propone la modificación de diversos dispositivos normativos con la finalidad de cerrar fuentes de evasión y elusión tributaria. Es mérito de esta iniciativa haber logrado un vasto debate entre el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo sobre ambos conceptos, así como las medidas para combatirlos.

Una vez concluido su trámite legislativo y habiendo sido efectuados los cambios propuestos por el Poder Legislativo, el 15 de junio de 2001 se promulga la Ley N° 19.738 “Normas para combatir la evasión tributaria”. Si bien esta ley enmendó diversas lagunas o imperfecciones en los textos normativos que favorecían algunas prácticas elusivas, éstas estaban relacionadas con operaciones llevadas a cabo en el ordenamiento tributario interno. El Poder Ejecutivo aún no sufría las consecuencias de una elusión fiscal internacional mediante la cual el contribuyente sitúa el hecho imponible en aquel ordenamiento tributario cuya aplicación le resulta más favorable.

En diciembre de 2001 se hace conocimiento público la posible transferencia de la mina chilena “Disputada de Las Condes”, propiedad de Exxon Minerals Chile Inc, empresa constituida en Panamá y subsidiaria de la compañía estadounidense Exxon Mobil Corporation, a favor de una sociedad chilena constituida por la transnacional sudafricana Anglo American PLC. La noticia no fue auspiciosa para el Gobierno de Chile dado que la eventual ganancia de capital originada por tan significativa transacción no generaría ingreso fiscal alguno a favor de los recursos públicos del Estado chileno, toda vez que esta transferencia no se efectuaría en forma directa, esto es, mediante la venta de las acciones de la mina chilena “Disputada de Las Condes” de parte de su accionista al nuevo propietario. Efectivamente, la operación fue planteada para que la cesión de esta mina fuese efectuada mediante una enajenación indirecta de acciones, siendo las acciones materia de transacción de propiedad de una sociedad constituida en un paraíso fiscal perteneciente a ExxonMobil Corporation, lo cual permitiría a Anglo American PLC obtener una participación accionaria en la mina chilena semejante a si se hubiese producido una enajenación directa de sus acciones. Este esquema, obviamente, no constituía supuesto imponible para fines del Impuesto a la Renta.



Dado los antecedentes del comportamiento fiscal de ExxonMobil Corporation en Chile, la opinión pública no dudó en encuadrar la transacción como un caso manifiesto de elusión fiscal internacional; y, como mencione anteriormente, sólo mediante iniciativa legal se podía impedir que la referida transacción se llevase a cabo sin abonar impuesto alguno a la autoridad tributaria chilena. Así, sea por influencia de la opinión pública o por una auténtica defensa de los intereses del Estado chileno, el Poder Ejecutivo planteó una propuesta legal para incorporar la discutida transacción como presupuesto de hecho respecto de las rentas de fuente chilena previstas en la Ley sobre el Impuesto a la Renta.

Justamente, mediante Mensaje Presidencial N° 137-347, con fecha 18 de julio de 2002, el Poder Ejecutivo da origen a la iniciativa legal para modificar ciertas disposiciones de carácter tributario, entre otras, introducir como supuesto de renta de fuente chilena la ganancia de capital lograda en la enajenación de derechos o acciones del capital de una persona jurídica constituida en el extranjero, a una persona domiciliada, residente o constituida en Chile, que permita a esta última tener participación, directa o indirecta, en otra sociedad constituida en Chile. En efecto, antes de la citada moción legal, sólo calificaba como renta de fuente chilena, la ganancia de capital obtenida por un no residente en Chile como resultado de la enajenación de sus derechos o acciones del capital de una persona jurídica constituida en Chile, sujeta a la tasa del Impuesto de Primera Categoría en carácter de único o del Impuesto Adicional, según corresponda.

De acuerdo con el referido mensaje, el propósito que se perseguía era “evitar que se postergue prácticamente en forma indefinida el impuesto sobre la utilidad que se habría generado en Chile, de haberse vendido directamente los derechos sociales en el país”. Es indudable que el supuesto formulado por el Ministerio de Hacienda tenía como finalidad interrumpir la elusión del pago del Impuesto a la Renta por concepto de la ganancia de capital originada por la enajenación de derechos o acciones del capital de sociedades constituidas en Chile, cuando ésta se llevaba a cabo a través de una persona jurídica constituida en el exterior cuyo activo, entre otros, estaba conformado por los indicados derechos o acciones, permitiendo, de ese modo, al comprador residente en Chile adquirir una participación directa o indirecta en la sociedad constituida en Chile, lo que, a su entender del legislador, es finalmente el objetivo pretendido por el adquirente.

Después de ser sometido a un intenso debate en el Congreso de la República por los antecedentes antes mencionados, mediante Ley N° 19.840 que “Establece normas tributarias

para que empresas con capital del exterior puedan efectuar inversiones desde Chile en el extranjero”, publicada el 23 de noviembre de 2002, se incorpora el inciso segundo del artículo 10 con el siguiente texto “Asimismo, son rentas de fuente chilena las que se originen en la enajenación de acciones o derechos sociales o representativos del capital de una persona jurídica constituida en el extranjero, efectuada a una persona domiciliada, residente o constituida en el país, cuya adquisición le permita, directa o indirectamente, tener participación en la propiedad o en las utilidades de otra sociedad constituida en Chile. En todo caso, no constituirá renta la suma que se obtenga de la enajenación de las acciones o derechos sociales referidos, cuando la participación, que se adquiere directa o indirectamente de la sociedad constituida en Chile, represente un 10% o menos del capital o de las utilidades o se encuentre el adquirente bajo un socio o accionista común con ella que, directa o indirectamente, posea o participe en un 10% o menos del capital o de las utilidades”. En otras palabras, el supuesto imponible resultaría de aplicación para aquellas operaciones que comprendieran un cambio de control de la empresa. Asimismo, complementariamente, el legislador chileno agrega el numeral 2 del artículo 58 de la LIR, disponiendo, entre otras reglas, que la referida renta de fuente chilena se gravará con el Impuesto Adicional, con carácter de único a la renta, a una tasa del 35%, debiendo ser retenido por el adquirente en Chile conforme las normas previstas en el numeral 4 del artículo 74 de la indicada ley.

En aplicación de las disposiciones mencionadas, tratándose de una ganancia de capital obtenida por un sujeto no residente en Chile con motivo de la enajenación de acciones representativas del capital de una persona jurídica constituida en el extranjero, efectuada a una persona domiciliada, residente o constituida en Chile, cuya adquisición le permita, directa o indirectamente, tener participación en la propiedad o en las utilidades de otra sociedad constituida en Chile, siempre que dicha participación represente más del 10% del capital o de las utilidades; o, de encontrarse bajo un socio o accionista común con ella que, directa o indirectamente, posea o participe en más del 10% del capital o de las utilidades, estará sujeta a una tasa del 35% por concepto del Impuesto Adicional con carácter de único a la renta. Nótese al respecto que, conforme el último inciso del artículo 58 de la LIR, “el contribuyente o el agente retenedor en su nombre, podrán, en sustitución del impuesto anterior, optar por someterse al régimen de tributación que hubiera correspondido aplicar de haberse enajenado en el país las acciones o derechos sociales de la entidad establecida en Chile; y cuya posesión determina la afectación al referido tributo”.

Uno podrá percatarse que el legislador chileno incorporó un presupuesto de hecho que permitiera al Estado chileno imponer gravamen sobre la enajenación de acciones o derechos sociales con la que el administrado pueda conseguir resultados económicos equivalentes a si se hubiese producido el hecho imponible inicialmente tipificado en su legislación interna. Resulta claro que estamos ante el denominado hecho imponible complementario. En términos generales, con la finalidad de cerrar una probable vía de elusión, un hecho imponible complementario es aquel que complementa o perfecciona el hecho imponible principal, ampliando sus efectos jurídicos a otros actos que con distinta forma exhiben el mismo perfil económico. Vale precisar que un hecho imponible complementario es un presupuesto de hecho distinto del tipificado como hecho imponible principal empero que su configuración se encuentra estrechamente relacionado con este último. Sabido es que un hecho imponible complementario es una forma de configurar una cláusula antielusiva específica que emana del ordenamiento jurídico interno. En efecto, como señala Rajmilovich (2014), “las normas antiabuso específicas (SAARs, por su sigla en inglés: specific anti-avoidance rules) son reglas domésticas que pueden tener por objeto calificar ciertos hechos o su atribución, o fijar reglas de derecho para determinar el encuadre de determinadas transacciones o estructuras, con el propósito de proteger la equidad, consistencia o coherencia internas del sistema tributario”.

De esta manera, a partir del 23 de noviembre de 2002, la legislación chilena regula el régimen tributario de la ganancia de capital obtenida en la enajenación de acciones de sociedades anónimas constituidas en Chile llevada a cabo por un sujeto no residente en Chile así como aquella lograda por un sujeto no residente en Chile con motivo de la enajenación de acciones representativas del capital de una persona jurídica constituida en el extranjero, efectuada a una persona domiciliada, residente o constituida en Chile, cuya adquisición le permita, directa o indirectamente, tener participación en la propiedad o en las utilidades de otra sociedad constituida en Chile.

Mediante Mensaje Presidencial N° 182-360 de fecha 2 de agosto de 2012, el Poder Ejecutivo del Gobierno de Sebastián Piñera (2010-2014) propone como parte de los aspectos de un proyecto de ley, el perfeccionamiento al sistema tributario con el objeto de limitar espacios para el arbitraje por parte de los contribuyentes, entre otros, la unificación del tratamiento tributario entre los derechos sociales y las acciones de sociedades anónimas; y, el mejoramiento de las reglas de fuente de la renta. La referida integración del tratamiento

tributario entre los derechos sociales y las acciones de sociedades anónimas comprendía la homologación en la determinación del costo de los derechos sociales y acciones de sociedades anónimas así como la igualdad en el tratamiento tributario del mayor valor obtenido en la enajenación de los derechos sociales con el de las referidas acciones; y, en relación con el mejoramiento de las reglas de fuente de la renta, habiendo sido detectadas ciertas falencias en las mismas, se proponía reformar el supuesto imponible vinculado con la enajenación de valores mobiliarios u otros títulos representativos del capital de una persona jurídica constituida o residente en el extranjero.

Sobre esta última propuesta, recordemos que la primera modificación de dicho supuesto imponible fue motivada por un caso específico de elusión fiscal internacional, por lo cual era inevitable que dicho supuesto fuese reformado en los años siguientes con la finalidad de que el mismo sea ampliado. Originalmente, el inciso segundo del artículo 10 de la LIR disponía que eran rentas de fuente chilena, las obtenidas en la enajenación de acciones o derechos sociales o representativos del capital de una persona jurídica constituida en el extranjero, efectuada a una persona domiciliada, residente o constituida en Chile, cuya adquisición le permita, directa o indirectamente, tener participación en la propiedad o en las utilidades de otra sociedad constituida en dicho país. Por ende, no se configuraba el hecho imponible en caso el adquirente fuese una persona residente en el extranjero. Advertido el legislador chileno de esa situación, previene de la misma en la exposición de motivos de su iniciativa legal, en los siguientes términos: “aunque las reglas de fuente que contiene nuestra legislación se han ido actualizando y perfeccionando con el tiempo, se ha detectado que ellas presentan falencias y algunos vacíos, los que se relacionan con la imposibilidad de gravar en Chile el mayor valor obtenido en la enajenación de activos extranjeros que provengan en forma material de activos subyacentes situados en Chile”. Claramente, el objetivo perseguido por el legislador chileno para proponer la modificación del referido artículo 10 fue la ampliación del supuesto imponible descrito en el mismo.

Así, concluido el proceso legislativo, se reforma dicho artículo mediante Ley N° 20.630 “Perfecciona la legislación tributaria y financia la reforma educacional”, publicada el 27 de setiembre de 2012, según el siguiente texto:

"Se encontrarán afectas al impuesto establecido en el artículo 58 número 3), las rentas obtenidas por un enajenante no residente ni domiciliado en el país, que provengan de

la enajenación de derechos sociales, acciones, cuotas, bonos u otros títulos convertibles en acciones o derechos sociales, o de la enajenación de otros derechos representativos del capital de una persona jurídica constituida o residente en el extranjero, o de títulos o derechos de propiedad respecto de cualquier tipo de entidad o patrimonio, constituido, formado o residente en el extranjero, en los siguientes casos:

- a) Cuando al menos un 20% del valor de mercado del total de las acciones, cuotas, títulos o derechos extranjeros que dicho enajenante posee, directa o indirectamente, en la sociedad o entidad extranjera, ya sea a la fecha de la enajenación o en cualquiera de los doce meses anteriores a esta, provenga de uno o más de los activos subyacentes indicados en los literales (i), (ii) y (iii) siguientes y en la proporción que corresponda a la participación indirecta que en ellos posee el enajenante extranjero. Para estos efectos, se atenderá al valor corriente en plaza de los referidos activos subyacentes chilenos o los que normalmente se cobren en convenciones de similar naturaleza considerando las circunstancias en que se realiza la operación, pudiendo el Servicio ejercer su facultad de tasación conforme a lo dispuesto en el artículo 64 del Código Tributario:
  - i. Acciones, derechos, cuotas u otros títulos de participación en la propiedad, control o utilidades de una sociedad, fondo o entidad constituida en Chile;
  - ii. Una agencia u otro tipo de establecimiento permanente en Chile de un contribuyente sin domicilio ni residencia en el país, considerándose para efectos tributarios que dicho establecimiento permanente es una empresa independiente de su matriz u oficina principal, y
  - iii. Cualquier tipo de bien mueble o inmueble situado en Chile, o de títulos o derechos respecto de los mismos, cuyo titular o dueño sea una sociedad o entidad sin domicilio o residencia en Chile.

Además de cumplirse con el requisito establecido en esta letra, es necesario que la enajenación referida lo sea de, al menos, un 10% del total de las acciones, cuotas, títulos o derechos de la persona o entidad extranjera, considerando todas las enajenaciones, directas o indirectas, de dichas acciones, cuotas, títulos o derechos, efectuadas por el enajenante y otros miembros no residentes o domiciliados en Chile

de su grupo empresarial, en los términos del artículo 96 de la ley N° 18.045, sobre Mercado de Valores, en un período de doce meses anteriores a la última de ellas.

- b) Cuando a la fecha de la enajenación de las acciones, cuotas, títulos o derechos extranjeros o en cualquier momento durante los doce meses anteriores a ésta, el valor corriente en plaza de uno o más de los activos subyacentes descritos en los literales (i), (ii) y (iii) de la letra a) anterior, y en la proporción que corresponda a la participación indirecta que en ellos posea el enajenante extranjero, sea igual o superior a 210.000 unidades tributarias anuales determinadas según el valor de ésta a la fecha de la enajenación. Será también necesario en este caso que se transfiera al menos un 10% del total de las acciones, cuotas, títulos o derechos de la persona jurídica o entidad extranjera, considerando todas las enajenaciones efectuadas por el enajenante y otros miembros no residentes o domiciliados en Chile de su grupo empresarial, en los términos del artículo 96 de la ley N° 18.045, sobre Mercado de Valores, en un periodo de doce meses anteriores a la última de ellas.
  
- c) Cuando las acciones, cuotas, títulos o derechos extranjeros enajenados, hayan sido emitidos por una sociedad o entidad domiciliada o constituida en uno de los países o jurisdicciones que figuren en la lista a que se refiere el número 2, del artículo 41 D. En este caso, bastará que cualquier porcentaje del valor de mercado del total de las acciones, cuotas, títulos o derechos extranjeros que dicho enajenante posea, directa o indirectamente, en la sociedad o entidad extranjera domiciliada o constituida en el país o jurisdicción listado, provenga de uno o más de los activos subyacentes indicados en los literales (i), (ii) y (iii) de la letra a) anterior y en la proporción que corresponda a la participación indirecta que en ellos posea el enajenante extranjero, salvo que el enajenante, su representante en Chile o el adquirente, si fuere el caso, acredite en forma fehaciente ante el Servicio, que: (a) en la sociedad o entidad extranjera cuyas acciones, cuotas, títulos o derechos se enajenan, no existe un socio, accionista, titular o beneficiario con residencia o domicilio en Chile con un 5% o más de participación o beneficio en el capital o en las utilidades de dicha sociedad o entidad extranjera y, que, además, (b) sus socios, accionistas, titulares o beneficiarios que controlan, directa o indirectamente, un 50% o más de su capital o utilidades, son residentes o domiciliados en un país o jurisdicción que no forme parte de la lista señalada en el número 2, del artículo 41 D, en cuyo caso la renta obtenida por el

enajenante extranjero sólo se gravará en Chile si se cumple con lo dispuesto en las letras a) o b) precedentes.

En la aplicación de las letras anteriores, para determinar el valor de mercado de las acciones, cuotas, títulos o derechos de la persona o entidad extranjera, el Servicio podrá ejercer las facultades del artículo 41 E.

Los valores anteriores cuando estén expresados en moneda extranjera, se considerarán según su equivalente en moneda nacional a la fecha de enajenación, considerando para tales efectos lo dispuesto en el número 1, de la letra D.-, del artículo 41 A.

En la determinación del valor corriente en plaza de los activos subyacentes indirectamente adquiridos a que se refieren los literales (i) y (ii) de la letra a) anterior, se excluirán las inversiones que las empresas o entidades constituidas en Chile mantengan en el extranjero a la fecha de enajenación de los títulos, cuotas, derechos o acciones extranjeras, así como cualquier pasivo contraído para su adquisición y que se encuentre pendiente de pago a dicha fecha. Las inversiones referidas se considerarán igualmente según su valor corriente en plaza. El Servicio, mediante resolución, determinará las reglas aplicables para correlacionar pasivos e inversiones en la aplicación de la exclusión establecida en este inciso.

El impuesto que grave las rentas de los incisos anteriores, se determinará, declarará y pagará conforme a lo dispuesto en el artículo 58 número 3).

Con todo, lo dispuesto en el inciso tercero anterior no se aplicará cuando las enajenaciones ocurridas en el exterior se hayan efectuado en el contexto de una reorganización del grupo empresarial, según éste se define en el artículo 96, de la ley No 18.045, sobre Mercado de Valores, siempre que en dichas operaciones no se haya generado renta o un mayor valor para el enajenante, renta o mayor valor determinado conforme a lo dispuesto en el artículo 58 número 3).".

Como anotan Winter y Lecaros (2015) "en el año 2012 se reforma íntegramente la normativa vigente hasta la fecha, sustituyéndola por una norma que grava en general las enajenaciones indirectas de activos chilenos en la medida que éstos sean sustanciales o de relevancia para la transacción en cuestión, utilizando como criterios para ello, la participación o peso de los activos chilenos en el valor total de la entidad extranjera, el valor absoluto de

los activos chilenos, o la residencia o domicilio de la entidad que se enajena en el extranjero”.

En función de los significativos cambios introducidos por la referida Ley N° 20.630, de cumplirse con las condiciones previstas en el inciso b) del numeral 1 del artículo 1 de dicho texto normativo, la ganancia de capital obtenida por un enajenante no residente ni domiciliado en el país, originada por la enajenación de acciones del capital de una persona jurídica constituida o residente en el extranjero, la cual implique que ciertos activos chilenos subyacentes –en nuestro caso, acciones de sociedades anónimas constituidas en Chile– sean indirectamente adquiridos, estará sujeto a una tasa del 35% por concepto del Impuesto Adicional, en carácter de único, debiendo ser declarado y pagado por el enajenante no domiciliado ni residente en Chile, sobre base devengada, conforme las reglas de la declaración y pago anual del Impuesto a la Renta. Es preciso indicar que, es posible que el adquirente en Chile efectúe la retención por concepto del Impuesto a la Renta según las disposiciones normativas previstas en el numeral 4 del artículo 74 de la LIR.

De la misma forma como se determinó en la enajenación de acciones representativas del capital de una persona jurídica constituida en el extranjero, efectuada a una persona domiciliada, residente o constituida en Chile, cuya adquisición le permita, directa o indirectamente, tener participación en la propiedad o en las utilidades de otra sociedad constituida en Chile, hecho imponible introducido en el 2002, el texto normativo que amplía dicho supuesto contempla la posibilidad de gravar la probable ganancia de capital aplicando el régimen tributario que hubiera correspondido aplicar en caso se hubiese enajenado directamente los activos subyacentes situados en Chile.

Después de las modificaciones señaladas, a partir del 1 de enero de 2013, por un lado apreciamos el régimen tributario de la enajenación de acciones de sociedades anónimas constituidas en Chile establece que, en caso que se obtenga una ganancia de capital por un sujeto no residente, ésta constituirá renta de fuente chilena sujeta a la tasa del Impuesto de Primera Categoría en carácter de único, de no aplicar las reglas de habitualidad; o, a la tasa prevista en el régimen general del Impuesto de Primera Categoría e Impuesto Adicional; y, por otro lado, el régimen tributario de la enajenación de derechos representativos del capital de una persona jurídica constituida o residente en el extranjero, o de títulos o derechos de propiedad respecto de cualquier tipo de entidad o patrimonio, constituido, formado o residente en el extranjero, dispone que, en determinados casos



previstos en el artículo 10 de la LIR, si ésta implica que ciertos activos chilenos subyacentes sean indirectamente adquiridos, estará sujeto a una tasa del 35% por concepto del Impuesto Adicional, en carácter de único.

Es conocida la discutida reforma tributaria impulsada por el Poder Ejecutivo del Segundo Gobierno de Michelle Bachelet (2014-2018). Esta reforma fue efectuada mediante Ley N° 20.780 “Reforma tributaria que modifica el sistema de tributación de la renta e introduce diversos ajustes en el sistema tributario”, publicada el 29 de setiembre de 2014, modificada por el artículo 8 de la Ley N° 20.899 “Simplifica el sistema de tributación a la renta y perfecciona otras disposiciones legales tributarias”, publicada el 8 de febrero de 2016, las cuales, entre otros cambios, establece ajustes a la tributación sobre las ganancias de capital.

En líneas generales, para nuestro caso específico, a partir del 1 de enero de 2017, se elimina el impuesto único de Primera Categoría aplicable a la ganancia de capital obtenida en la enajenación no habitual de acciones de sociedades anónimas constituidas en Chile por parte de un sujeto no residente en ese país, quedando afecta a la tasa del Impuesto Adicional, sobre la base de la renta percibida o devengada, a elección del contribuyente. Es de indicar que, con la reforma tributaria inicial, se dispuso que la determinación del tratamiento tributario aplicable no se efectuara en función de las reglas de habitualidad sino considerando el plazo en que se mantiene la propiedad de los valores mobiliarios, con excepción de las enajenaciones a favor de empresas relacionadas o del mismo grupo empresarial. Así, si entre la fecha de la adquisición y enajenación ha transcurrido un plazo inferior a un año, la ganancia de capital se afectaría con el Impuesto de Primera Categoría e Impuesto Global Complementario o Adicional, según corresponda; sin embargo, dado que con el nuevo régimen tributario del Impuesto de Primera Categoría se establece dos tasas por dicho concepto, una de un 25% y otra de un 27%, dependiendo del sistema que se elija, es posible entender que, a fin de simplificar el cálculo del Impuesto a la Renta, se optó por eliminar la obligación de pago del Impuesto de Primera Categoría. No podemos dejar de mencionar que, en caso de efectuar la enajenación a favor de un sujeto no relacionado – según los criterios recogidos por el Servicio de Impuestos Internos (SII) en la Circular N° 44-2016 del 12 de julio de 2016- y si la ganancia de capital obtenida no excede del equivalente a diez unidades tributarias anuales (UTA), según su valor al cierre del ejercicio en que haya tenido lugar la enajenación, dicha ganancia calificará como un ingreso no constitutivo de renta.

No hay que perder de vista que, mediante la indicada reforma tributaria, a partir del 1 de octubre de 2014, se ha incluido como responsable solidario en la enajenación materia de mi tesis a “la entidad, empresa o sociedad emisora de los activos subyacentes a que se refiere el literal (i) del inciso tercero del artículo 10 (..)”. Lo anterior supone que, si bien el impuesto debe ser declarado y pagado por el enajenante no domiciliado ni residente en Chile, sobre base devengada, en caso tal obligación no sea cumplida, el SII podrá liquidar y girar el tributo adeudado no sólo al adquirente sino, además, a la entidad, empresa o sociedad emisora de los citados activos subyacentes.

Los ajustes a la tributación sobre las ganancias de capital también comprenden, cambios en las reglas aplicables a la determinación del valor de enajenación, el cálculo del costo tributario, el ajuste del mayor valor tratándose de la enajenación de acciones o derechos sociales de empresas sujetas al régimen de renta atribuida, entre otros, los mismos que no desarrollaremos en la medida que no forma parte del análisis de la presente tesis.

En virtud de lo anterior, a partir del 1 de enero de 2017, no se ha alterado el régimen tributario de la enajenación de derechos representativos del capital de una persona jurídica constituida o residente en el extranjero, o de títulos o derechos de propiedad respecto de cualquier tipo de entidad o patrimonio, constituido, formado o residente en el extranjero, el cual dispone que, en determinados casos previstos en el artículo 10 de la LIR, si ésta implica que ciertos activos chilenos subyacentes sean indirectamente adquiridos, estará sujeto a una tasa del 35% por concepto del Impuesto Adicional. Situación contraria se aprecia en el régimen tributario de la enajenación de acciones de sociedades anónimas constituidas en Chile por parte de una persona no residente en dicho país. Si bien se mantiene que, en caso los mismos obtengan una ganancia de capital en la indicada transacción, ésta constituirá renta de fuente chilena, se ha dispuesto que, si en la misma no resulta aplicable las reglas de habitualidad, dicha ganancia estará afectada a la tasa del Impuesto Adicional, en sustitución del Impuesto de Primera Categoría en carácter de único, de la misma forma como acontece cuando se trata de enajenaciones que califican como habituales para la persona no residente en Chile.

## **2.4. Ganancias de capital en la enajenación directa o indirecta de acciones de sociedades anónimas constituidas en Perú, obtenidas por un sujeto no domiciliado en Perú**

La reforma tributaria de 1968 introduce como supuesto imponible del Impuesto sobre la Renta a las ganancias de capital cuando éstas sean obtenidas por las empresas o sociedades con motivo de la enajenación de bienes de cualquier naturaleza que formen parte de su activo, siendo afectas al Impuesto sobre la Renta de Tercera Categoría. En contraste, si la enajenación de bienes –entre otros, acciones de sociedades anónimas constituidas en Perú- fue llevada a cabo por una persona natural domiciliada en Perú, los resultados provenientes de dicha transferencia no serán gravables cuando éstos no sean producto de una actividad habitual. En este último caso, tratándose de la enajenación de bienes muebles, no fueron establecidos los criterios para que una actividad llevada a cabo por una persona natural, sea calificada como habitual, habiendo sólo reglamentado el caso de enajenación de bienes inmuebles. De probarse la habitualidad, el referido resultado hubiese constituido renta sujeta al Impuesto sobre la Renta de Tercera Categoría.

En el caso de contribuyentes no domiciliados en Perú, el Impuesto sobre la Renta recae sobre las rentas gravadas de fuente peruana. Sobre el particular, conforme el inciso b) del artículo 10 del D.S. N° 287-68-HC, promulgada el 9 de agosto de 1968, establece que, en general y cualquiera sea la nacionalidad o domicilio de las partes que intervengan en las operaciones y el lugar de celebración o cumplimiento de los contratos, se consideran rentas de fuente peruana las producidas por capitales, bienes o derechos situados o colocados económicamente en el país; razón por la cual, aun cuando resultaba discutible, el Tribunal Fiscal adoptó la posición que, cuando se efectúa una enajenación de acciones o participaciones representativas del capital de una sociedad constituida en Perú por sujetos no domiciliados en ese país, sean personas naturales o personas jurídicas, el resultado de la misma estará afecta al Impuesto a la Renta en calidad de no domiciliados.

Lo anterior implica que una persona no domiciliada en Perú estará afecto al Impuesto a la Renta peruano, bajo las reglas del régimen general del Impuesto a la Renta aplicable a operaciones efectuadas por sujetos no domiciliados, por concepto de la ganancia de capital originada en la enajenación de acciones de sociedades anónimas.

El mencionado texto normativo fue derogado mediante Decreto Legislativo N° 200, Ley de Impuesto a la Renta, publicado el 15 de junio de 1981. Es de resaltar que dicho decreto reafirma el criterio de la fuente o renta-producto, agregando la característica de periodicidad en la generación de ingresos así como los mismos sean obtenidos de una fuente durable cuando se traten de rentas que provengan del capital, del trabajo y de la aplicación conjunta de ambos factores. Del mismo modo que en la disposición normativa derogada, se establece que el Impuesto a la Renta grava las ganancias y beneficios considerados expresamente en su texto normativo. Así, se establece en el inciso c) del artículo 3 del referido decreto que, constituyen rentas gravadas, los resultados de la venta, cambio o disposición habitual de bienes. Asimismo, fue introducido los supuestos de habitualidad en la enajenación de acciones y participaciones representativas del capital llevadas a cabo por personas naturales.

Adicionalmente, este decreto incorporó como supuesto de rentas de fuente peruana a las obtenidas por la enajenación de acciones o participaciones representativas del capital de empresas o sociedades constituidas en el Perú. Es posible que, con la finalidad del perfeccionamiento de los hechos imposables, el legislador peruano consideró conveniente atribuir al inciso b) del artículo 7 del Decreto Legislativo N° 200 como rentas de fuente peruana a aquellas rentas producidas por capitales, bienes o derechos situados físicamente o colocados o utilizados económicamente en Perú; e, introducir una regla de fuente específica para las rentas obtenidas por la enajenación de acciones o participaciones representativas del capital de empresas o sociedades constituidas en el Perú, sin alterar el criterio objetivo de la fuente previsto en el D.S. N° 287-68-HC antes citado.

De esa forma, tal como concluía el Tribunal Fiscal antes de la vigencia del citado decreto, la ganancia de capital obtenida en la enajenación de acciones de sociedades anónimas efectuada por un sujeto no domiciliado en Perú califica como renta de fuente peruana, afecta al Impuesto a la Renta, bajo las reglas del régimen general de dicho impuesto aplicable a operaciones efectuadas por sujetos no domiciliados.

Las disposiciones normativas introducidas y/o modificadas durante el Gobierno de Alan García Pérez (1985-1990), sean iniciativas legales del Poder Ejecutivo o del Poder Legislativo, no alteraron el tratamiento tributario aplicable a la ganancia de capital obtenida en la enajenación de acciones de sociedades anónimas efectuada por un sujeto no domiciliado en Perú descrito en el párrafo precedente. No podemos dejar de mencionar que

su política fiscal ha sido calificada como confusa, contradictoria e insostenible, dado que, tratándose de los ingresos tributarios, si bien se buscaba redistribuir la carga tributaria mediante la simplificación del sistema tributario peruano, este objetivo fue interrumpido por la creación de nuevos impuestos a partir de 1988. Asimismo, la base imponible de los tributos fue erosionada por el vasto esquema de exoneraciones tributarias adoptado para incentivar la inversión nacional. Así, conjuntamente con su política monetaria expansiva, Perú entró en un proceso de hiperinflación con una presión tributaria sumamente baja desde setiembre de 1988.

En 1990 Alberto Fujimori Fujimori asume la presidencia del Perú cuando el país sufría una severa crisis económica caracterizada por el proceso de hiperinflación y desequilibrios fiscales internos y externos. En ese contexto, como parte de las medidas económicas, se puso en marcha el Programa de Estabilización como el Programa de Reformas Estructurales a partir del 8 de agosto de 1990. Como consecuencia de ello, en noviembre de 1990 se reestructuró el sistema tributario peruano referente a los impuestos cuyo sujeto activo es el Gobierno Central, siendo derogados aquellos impuestos calificados de ineficientes y de baja recaudación; y, además, para aquellos impuestos que quedan vigentes, se introducen cambios a sus dispositivos normativos con la finalidad de incrementar la recaudación de los ingresos tributarios, entre otros, la supresión de ciertas exoneraciones o beneficios tributarios. Sin embargo, en sentido contrario a la citada finalidad, como parte de los cambios al texto normativo del Impuesto a la Renta, se restringe significativamente el supuesto imponible para fines de calificar como renta de fuente peruana la ganancia de capital obtenida por un sujeto no domiciliado en el Perú por la enajenación de acciones o participaciones representativas del capital de empresas o sociedades constituidas en el Perú.

Efectivamente, la Ley del Impuesto a la Renta, Decreto Legislativo N° 200, cuyo Texto Único Ordenado fue aprobado por el Decreto Supremo N° 185-87-EF de fecha 24 de setiembre de 1987, fue modificada mediante Decreto Legislativo N° 618 del 29 de noviembre de 1990, vigente a partir del 1 de enero de 1991, siendo alterado sustancialmente el inciso d) de su artículo 9, de la forma siguiente: “Las obtenidas por la enajenación de acciones o participaciones representativas del capital de empresas o sociedades constituidas en el Perú, en los casos previstos en el numeral 6 del inciso b) y en el inciso c) del artículo 3° de esta Ley así como en el artículo 4 de la misma”. Es probable que la intención del Poder

Ejecutivo hubiese sido otorgar el mismo tratamiento tributario para los sujetos domiciliados o no domiciliados en Perú para este tipo de operaciones, como parte de su interés de promover la IED en el país. No obstante ello, tratándose de personas jurídicas no domiciliadas, la modificación introducida creó una laguna o imperfección en el texto normativo, en la medida que no resultaría aplicable el numeral 6 del inciso b) del artículo 3 por estar destinado a personas jurídicas que operen en el Perú y que desarrollen actividades generadoras de rentas de tercera categoría; y, en relación con el inciso c) del citado artículo, sólo los resultados de la venta, cambio o disposición habitual de bienes, constituirían rentas gravadas; y, por tanto, como señala la exposición de motivos del Decreto Legislativo N° 945, publicado el 23 de diciembre de 2003, “Si el no domiciliado dispone por primera vez de las acciones de su portafolio, dicha operación se encontrará inafecta al Impuesto a la Renta”. Fue una modificatoria que causó polémica por un prolongado tiempo, más aún cuando era contraria a las prácticas de tributación internacional, siendo recién superada la discusión con la promulgación del citado Decreto Legislativo N° 945.

Se aprecia, entonces, que la ganancia de capital originada en la enajenación de acciones o participaciones representativas del capital de empresas o sociedades constituidas en el Perú, efectuada por una persona jurídica o persona natural no domiciliada, calificaría como renta de fuente peruana sólo si se verificaba los supuestos de habitualidad previstos en la Ley del Impuesto a la Renta.

En la segunda etapa del Programa de Estabilización como del Programa de Reformas Estructurales se buscó impulsar la actividad económica del país con base en la iniciativa privada. Al respecto, siendo prioritario posibilitar el acceso a fuentes de financiamiento, se reforma el marco institucional del mercado de capitales con la finalidad de otorgar condiciones para el desarrollo del mismo. En este sentido, considerando la influencia de los impuestos en el comportamiento de los agentes económicos, el Poder Ejecutivo dispone que la ganancia de capital derivada de la venta de acciones y valores que se realicen en Rueda de Bolsa de Valores calificaría como renta exonerada del Impuesto a la Renta a partir del 1 de enero de 1994.

De acuerdo con el Decreto Legislativo N° 774 “Texto de la Ley del Impuesto a la Renta”, publicado el 31 de diciembre de 1993, vigente a partir del 1 de enero de 1994, se introduce como renta exonerada del Impuesto a la Renta hasta el 31 de diciembre de 2000, la ganancia de capital derivada de la venta de acciones y valores que se realicen en Rueda

de Bolsa de Valores. Complementariamente, su norma reglamentaria, el Decreto Supremo N° 122-94-EF, aprobado el 19 de setiembre de 1994, establece en el inciso d) de su artículo 9 que dicha exoneración comprende “las ganancias obtenidas por las personas naturales o jurídicas, domiciliadas o no domiciliadas, provenientes de operaciones de venta habitual u ocasional de acciones y valores en Rueda de Bolsa de Valores, cualquiera que haya sido la modalidad o forma en que éstos hayan sido adquiridos”.

De la misma forma como sucedió en Chile, el constante perfeccionamiento del marco legal que regula el mercado de capitales incide en la modificación de los textos normativos de carácter tributario. Tanto el Decreto Legislativo N° 799, publicado el 31 de diciembre de 1995 como la Ley N° 26731, publicada el 31 de diciembre de 1996, amplían la exoneración antes descrita a la ganancia de capital derivada de la venta de valores efectuadas en la Bolsa de Productos autorizados por la Comisión Nacional Supervisora de Empresas y Valores (CONASEV) y la redención o rescate de valores mobiliarios, nominativos o a la orden, representativos de deudas, emitidos mediante oferta pública de conformidad con la Ley del Mercado de Valores, por personas jurídicas, Fondos de Inversión o Patrimonios Fideicometidos, constituidos o establecidos en el país; y, la redención o rescate de certificados de participación de Fondos Mutuos de Inversión en Valores y de valores representativos de participación de Patrimonios Fideicometidos de Sociedades Tituladoras emitidos mediante oferta pública de conformidad con la Ley del Mercado de Valores.

La tercera etapa del Programa de Estabilización como del Programa de Reformas Estructurales fue interrumpido como consecuencia de la caída de la actividad económica y la situación política del país, por lo cual el Gobierno de Alberto Fujimori introduce exoneraciones o incentivos tributarios a determinados sectores productivos y zonas geográficas. Por tanto, mediante Ley N° 27034, publicada el 30 de diciembre de 1998, se prórroga el plazo de las exoneraciones del Impuesto a la Renta, entre ellas, las ganancias de capital mencionadas en párrafos anteriores, hasta el 31 de diciembre de 2002.

Mediante Ley N° 27804, publicada el 02 de agosto de 2002, vigente a partir del 1 de enero de 2003, amplía el plazo de la exoneración antes señalado hasta el 31 de diciembre de 2006. Asimismo, dicha ley introduce precisiones terminológicas a los supuestos de exoneración, entre los cuales, es de resaltar la sustitución del concepto de venta por el de enajenación e incorporar la definición de valores en las bolsas de productos como títulos representativos de bienes o servicios e incluía a los contratos sobre bienes, servicios, de

futuros y opciones. Adicionalmente, las exoneraciones son adaptadas al tratamiento de transparencia fiscal para los Fondos Mutuos de Inversión en Valores, Fondos de Inversión y Fideicomisos Bancarios y de Titulización.

Se dice que las reformas tributarias son propuestas por los gobiernos cuando se tiene problemas de estabilización, de redistribución, o de asignación de recursos. No tengo duda que los Gobiernos de Perú han cumplido o pretendido cumplir con esa afirmación. En agosto de 2003 el Poder Ejecutivo del Gobierno de Alejandro Toledo Manrique (2001-2006) manifiesta la necesidad de iniciar una reforma tributaria equitativa y progresiva con la finalidad de incrementar la recaudación tributaria, la cual le permita satisfacer las demandas de la población. En otras palabras, una reforma tributaria frente a los problemas de asignación de recursos que atravesaba el Estado a causa de la constante disminución de los ingresos fiscales desde 1997.

Mediante Oficio N° 181-2003-PR del 31 de agosto de 2003 el Poder Ejecutivo del Gobierno de Alejandro Toledo Manrique solicita al Congreso de la República del Perú la facultad de legislar en materia tributaria, descentralización fiscal, evasión y procedimientos tributarios. Entre otras facultades, requiere se le autorice crear, modificar o sustituir los tributos que conforman el sistema tributario peruano mediante Decreto Legislativo, en la medida que éste requiere ser perfeccionado, entre otras razones, por estar erosionado por la proliferación de exoneraciones. Luego de la evaluación de la Comisión de Economía e Inteligencia Financiera del Congreso de la República, las amplias facultades pretendidas por el Poder Ejecutivo no fueron concedidas. Tal como se aprecia en la Ley N° 28079, publicada el 27 de setiembre de 2003, se delega la facultad de legislar en materia tributaria al Poder Ejecutivo, especificando cada uno de los elementos del sistema tributario nacional a ser legislados. De esta forma, tratándose del Impuesto a la Renta, entre otras licencias, se autoriza que se modifique su texto normativo a fin de ampliar su ámbito de aplicación y actualizar la normativa vigente con el objeto de cubrir vacíos legales y supuestos de evasión y elusión tributaria de dicho impuesto.

En ese contexto, en relación con el ámbito de aplicación del Impuesto a la Renta, mediante Decreto Legislativo N° 945, publicado el 23 de diciembre de 2003, vigente a partir del 1 de enero de 2004, se recompone sistemáticamente los tipos de ingresos gravados con el Impuesto a la Renta atendiendo a las teorías del concepto de renta, incorporando expresamente a las ganancias de capital como ingresos gravados. Asimismo, el legislador



peruano consideró conveniente introducir una definición del concepto de ganancias de capital, a saber, “Para efectos de esta Ley, constituye ganancia de capital cualquier ingreso que provenga de la enajenación de bienes de capital. Se entiende por bienes de capital a aquellos que no están destinados a ser comercializados en el ámbito de un giro de negocio o de empresa. Entre las operaciones que generan ganancias de capital, de acuerdo a esta Ley, se encuentran: a) La enajenación, redención o rescate, según sea el caso, de acciones y participaciones representativas del capital, acciones de inversión, certificados, títulos, bonos y papeles comerciales, valores representativos de cédulas hipotecarias, obligaciones al portador u otros valores al portador y otros valores mobiliarios (..)”. Si bien se reconoce que estas ganancias de capital son un tipo de ingreso distinto a la renta ordinaria, las mismas continuarían siendo consideradas como tales para fines de la determinación de la renta de tercera categoría de las personas jurídicas domiciliadas en Perú. En cambio, tratándose de personas naturales domiciliadas en Perú, las ganancias de capital gravadas con el Impuesto a la Renta calificarán como rentas de segunda categoría que, luego, formarán parte de la renta neta global sujeta a dicho impuesto.

En cuanto a las exoneraciones a las ganancias de capital señaladas precedentemente, las mismas fueron prorrogadas hasta el 31 de diciembre de 2006. Además, fueron ampliadas para introducir como exoneración a aquella ganancia de capital proveniente de la enajenación de valores mobiliarios fuera de mecanismos centralizados de negociación siempre que el enajenante sea una persona natural, una sucesión indivisa o una sociedad conyugal que optó por tributar como tal. Vale precisar que, para este tipo de contribuyentes se mantiene la enajenación de valores mobiliarios inscritos en el Registro Público del Mercado de Valores a través de mecanismos centralizados de negociación a los que se refiere la Ley del Mercado de Valores.

Ahora bien, en relación con las rentas de fuente peruana obtenidas por sujetos no domiciliados en Perú, se amplía el supuesto de renta de fuente peruana relacionado con las ganancias de capital por enajenación de acciones o participaciones representativas del capital de empresas o sociedades constituidas en el Perú con la finalidad de incluir otro tipo de valores mobiliarios que puedan ser objeto de transacciones por parte de personas jurídicas. Adicionalmente, con el objeto de cubrir el vacío legal o corregir la imperfección legal originada en el tratamiento tributario de las ganancias de capital obtenidas en la enajenación de los citados valores mobiliarios efectuada por sujetos no domiciliados, se

elimina el requisito de habitualidad en tales enajenaciones. Así, se consideran rentas de fuente peruana, en general y cualquiera sea la nacionalidad o domicilio de las partes que intervengan en las operaciones y el lugar de celebración o cumplimiento de los contratos, “Las obtenidas por la enajenación, redención o rescate de acciones y participaciones representativas del capital, acciones de inversión, certificados, títulos, bonos y papeles comerciales, valores representativos de cédulas hipotecarias, obligaciones al portador u otros valores al portador y otros valores mobiliarios cuando las empresas, sociedades, Fondos de Inversión, Fondos Mutuos de Inversión en Valores o Patrimonios Fideicometidos que los hayan emitido estén constituidos o establecidos en el Perú”. De ese modo, se logra equiparar el tratamiento tributario aplicable a dichas operaciones tanto para personas jurídicas domiciliadas como para personas jurídicas no domiciliadas.

En virtud de la modificación antes mencionada, las ganancias de capital obtenida por sujetos no domiciliados en Perú en una enajenación de acciones de sociedades anónimas constituidas en Perú calificarán como rentas de fuente peruana sujeta al Impuesto a la Renta en calidad de no domiciliados, no siendo aplicable los supuestos de habitualidad cuando la referida enajenación sea efectuada por una persona jurídica no domiciliada en el país, a partir del 1 de enero de 2004.

En setiembre de 2006, con la proximidad del término de las exoneraciones del Impuesto a la Renta sobre los rendimientos de capital, consideradas como tales los intereses y dividendos, y las ganancias de capital, el Poder Legislativo sostenía una posición contraria al Poder Ejecutivo del Segundo Gobierno de Alan García Pérez (2006-2011) respecto de la ampliación del plazo de dichas exoneraciones. El Poder Legislativo proponía la prórroga de dicho plazo por cuatro años; y, por su parte, el Poder Ejecutivo pretendía la eliminación parcial de estas exoneraciones, toda vez que, basado en su análisis técnico, no existía evidencia que las mismas hubieran impulsado el ahorro y la inversión. En ese escenario, mediante Oficio N° 179-2006-PR del 23 de noviembre de 2006 el Poder Ejecutivo solicita se le delegue facultades para legislar en materia tributaria que, entre otros elementos del sistema tributario peruano, comprendía modificar la Ley del Impuesto a la Renta a fin de perfeccionar su regulación, estructura y administración, especialmente en las rentas y ganancias de capital. Sometido a debate del Poder Legislativo, mediante Ley N° 28932, publicada el 16 de diciembre de 2006, se aprueba la citada delegación de facultades con la precisión que el establecimiento del régimen de imposición de los rendimientos y las

ganancias de capital sería a partir del 2009, con el fin de permitir la consolidación del mercado de capitales.

De esta forma, casi a menos de tres años de haber sido analizado el marco fiscal de las ganancias de capital, se discute si sus exoneraciones son realmente efectivas para desarrollar los mercados de intermediación financiera y de capitales. Asimismo, se considera que tales exoneraciones no favorecieron el ingreso de IED sino, más bien, de inversión de cartera, la cual a su beneficiario le genera rentas pasivas vía especulación financiera. Por otro lado, tal como señala la exposición de motivos del Decreto Legislativo N° 972, publicado el 10 de marzo de 2007, "(...) la simple eliminación de las exoneraciones no asegura que los efectos en el tiempo sean los mismos tanto en eficiencia como en equidad. En ese sentido, es necesario introducir adicionalmente mejoras estructurales en el diseño de la imposición directa de las personas naturales buscando acercarse a una base de consumo, adoptando algunos aspectos de la llamada imposición dual, para promover el ahorro de largo plazo; y, en un contexto de gran movilidad del capital y constantes innovaciones financieras". Por lo cual, si bien se eliminan las exoneraciones vinculadas con los rendimientos y ganancias de capital a partir del 1 de enero de 2009, en línea con el sistema de imposición dual, las ganancias de capital obtenidas por personas naturales, sucesiones indivisas y sociedades conyugales que optaron por tributar como tal, domiciliadas en Perú son agrupadas como parte de las rentas de capital sujetas a una tasa efectiva reducida de 5% por concepto del Impuesto a la Renta, la misma que será retenida con carácter de definitivo, salvo que se trate de la enajenación de los valores mobiliarios efectuadas en forma habitual, caso en el cual la ganancia de capital calificaría como rentas de tercera categoría de dicho impuesto. En cuanto a las personas jurídicas domiciliadas en el país, las ganancias de capital continuarán formando parte de sus rentas de tercera categoría como si se trataran de rentas ordinarias. Siendo evidente que esas eliminaciones también afectarían a las transacciones llevadas a cabo por sujetos no domiciliados en Perú, el legislador peruano reduce la tasa del Impuesto a la Renta de 30% a 5% cuando las ganancias de capital provengan de la enajenación de valores mobiliarios realizada dentro del país por personas naturales o jurídicas no domiciliadas; en contrario, si la enajenación de valores mobiliarios es realizada fuera del país la tasa del impuesto se mantiene en 30%.

Así, en términos generales, en vez de reducir la carga tributaria sobre los rendimientos de capital mediante exoneraciones, Perú decide efectuarlo mediante tasas

reducidas del Impuesto a la Renta para las personas naturales, sucesiones indivisas y sociedad conyugal que opto tributar como tal, domiciliadas en su país; y, también, a las personas naturales o jurídicas no domiciliadas, cuando las ganancias de capital provengan de la enajenación de valores mobiliarios realizadas dentro de Perú a partir del 1 de enero de 2009<sup>5</sup>.

Para el año 2008, la opinión pública era consciente de lo permisible que había sido el Gobierno peruano frente a situaciones de elusión tributaria que implicaban a empresas extranjeras desde la década de los noventa, en especial aquellas que se realizaban en el marco de una fusión o adquisición de sociedades que involucrara más de un ordenamiento tributario. A manera de ejemplo, ya en octubre de 2002, como consecuencia de la experiencia de la posible transferencia de la mina chilena “Disputada de Las Condes”, propiedad de Exxon Minerals Chile Inc, empresa constituida en Panamá y subsidiaria de la compañía estadounidense Exxon Mobil Corporation, a favor de una sociedad chilena constituida por la transnacional sudafricana Anglo American PLC, el asesor económico Humberto Campodónico cuestionaba si el vacío legal con el que se encontró el fisco chileno, existía también en el Perú. Para tal efecto, reseñaba: “Por ejemplo, las siguientes son compras, en el extranjero, de empresas que tienen subsidiarias en el Perú: ASARCO, propietaria de la Southern, fue comprada por el Grupo México en EEUU en 1999 por US\$ 1,180 millones; Duke Energy compró, en EEUU, los activos latino-americanos de Dominion Energy, propietaria de Egenor, en 1999; Sempra Energy y PSEG compraron Ontario Quinta (donde estaban Hydro Ontario y Chilquinta), propietaria de Luz del Sur; Petrobras ha comprado, en Argentina, a Pérez Companc, con contratos petroleros en Talara ¿Les correspondía pagar impuestos a la ganancia de capital? ¿Lo hicieron?”. Ningún cambio normativo fue propuesto sea por iniciativa legal del Poder Ejecutivo o Poder Legislativo del Gobierno de Alejandro Toledo Manrique. Es de señalar que, como fuera anticipado, en dicho gobierno se efectuó una reforma tributaria en el 2003 que, entre otras modificaciones al texto de la Ley del Impuesto a la Renta, se amplió el supuesto de renta de fuente peruana relacionado con las ganancias de capital por enajenación de acciones o participaciones representativas del capital de empresas o sociedades constituidas en el Perú con la finalidad

---

<sup>5</sup> Posteriormente, mediante Ley N° 29308, publicado el 31 de diciembre de 2008, se posterga la entrada en vigencia de las eliminaciones antes referidas hasta el 1 de enero de 2010. De la misma forma, se posterga la aplicación de las tasas reducidas aplicables a personas naturales y personas jurídicas no domiciliadas en Perú.

de incluir otro tipo de valores mobiliarios que puedan ser objeto de transacciones por parte de personas jurídicas.

Bajo este contexto, en agosto de 2008 se anuncia en los medios de comunicación internacional la posible compra de la empresa PetroTech Peruana S.A., principal activo de la sociedad Offshore International Group Inc., constituida en Estados Unidos, por parte de un consorcio chino. De concretarse la venta de dicha empresa, la probable ganancia de capital no estaría sujeta al Impuesto a la Renta peruano, dado que la transferencia de la empresa peruana se realizaría a través de la enajenación de las acciones de su empresa controladora domiciliada en Estados Unidos. La situación se agravó cuando la empresa PetroTech Peruana S.A. fue implicada en un gran escándalo de espionaje telefónico y de corrupción en la concesión de sus lotes petroleros en setiembre de 2008. Lo anterior pues, como fuera incluido en los proyectos de ley que expondremos más adelante, motivó ampliar el artículo que seis años atrás había cuestionado el asesor económico Humberto Campodónico en relación con el número de empresas o sociedades constituidas en Perú que hubiesen sido enajenados mediante una transacción llevada a cabo en el exterior; y, por tanto, sin efectuar pago alguno por concepto del Impuesto a la Renta peruano.

Efectivamente, para cuando se anuncia tal operación, sólo calificaba como renta de fuente peruana, la ganancia de capital obtenida por un sujeto no domiciliado en Perú como resultado de la enajenación de acciones o participaciones representativas del capital de una persona jurídica constituida en Perú, sujeta a la tasa del Impuesto a la Renta en calidad de no domiciliados.

El 2 de diciembre de 2008 se presente la primera iniciativa legal del Poder Legislativo con el objeto de incorporar como renta de fuente peruana “las que se originen en la enajenación de acciones o derechos sociales o representativos del capital de una empresa jurídica constituida en el extranjero, efectuada a una persona domiciliada, residente o constituida en el Perú, cuya adquisición le permita directa o indirectamente tener participación en la propiedad o en las utilidades de otra sociedad constituida en Perú”. De la exposición de motivos del Proyecto de Ley N° 2901-2008-CR, se puede deducir que, siendo la referencia de legislación comparada el caso de Exxon Mobil Corporation en Chile, el texto normativo propuesto es aquel vigente en la legislación chilena, a pesar de no ser congruente con la finalidad de gravar la ganancia de capital obtenida por la enajenación indirecta de acciones y participaciones representativas del capital de personas jurídicas domiciliadas en

Perú, llevada a cabo en el extranjero, independientemente del país de domicilio del adquirente de las mismas.

A diferencia del legislador chileno quien puede actuar frente a situaciones de elusión tributaria en forma reactiva, el legislador peruano no necesariamente actúa o tal vez no se preocupa en demasía o evalúa otros intereses nacionales del país cuando toma conocimiento de dichas prácticas elusivas. Sea la razón que fuese, el Poder Ejecutivo peruano no se involucró de la misma forma como lo hizo el Poder Ejecutivo chileno ante una clara práctica de elusión fiscal internacional en perjuicio del fisco. Como se ha mencionado antes, sea por la influencia de la opinión pública o por una auténtica defensa de los intereses del Estado chileno, se debe reconocer que el Poder Ejecutivo del Gobierno de Chile actuó con celeridad a fin de interrumpir la elusión del pago del Impuesto a la Renta. En contraste, debido a la actitud pasiva del Poder Ejecutivo del Gobierno de Perú, el 5 de febrero de 2009 se produce la enajenación de la sociedad Offshore International Group Inc., constituida en Estados Unidos, a favor de la Empresa Colombiana de Petróleo S.A. (Ecopetrol) y la Compañía Nacional de Petróleo de Corea (KNOC) por 900 millones de dólares. Como se ha señalado, el principal activo de la citada sociedad era la participación accionaria en PetroTech Peruana S.A., empresa dedicada a la exploración, desarrollo, producción y procesamiento de hidrocarburos en Perú, sin abonar impuesto alguno al fisco peruano.

Ante tal penosa circunstancia, el Poder Ejecutivo del Gobierno del Perú solicita al Poder Legislativo se cree una comisión investigadora de las razones de la venta de las acciones de PetroTech Peruana S.A. En una sesión extraordinaria del Pleno del Congreso de la República del Perú del 12 de febrero de 2009, se aprueba la moción para la conformación de la “Comisión Investigadora encargada de investigar las razones de la venta de las acciones de la Empresa PetroTech Peruana S.A. y sus contingencias tributarias, societarias y de otro tipo con relación a los contratos celebrados con el Estado Peruano”. Para la opinión pública, esta comisión no tenía sentido en la medida que el Presidente de la República no sólo tenía conocimiento de la transacción sino también se reunió con los representantes de ambas compañías entre el 23 y 26 de enero de 2009, razón por la cual los nuevos adquirentes manifestaban que contaban con el aval del Gobierno del Perú.

Aun concluida la transacción, en forma adicional al Proyecto de Ley N° 2901-2008-CR, el Grupo Parlamentario “Alianza Parlamentaria” a iniciativa del congresista Víctor Andrés García Belaunde, sugiere un supuesto alternativo, mediante Proyecto de Ley N° 3088-2008-

CR del 13 de marzo de 2009, “La ganancia de capital proveniente de la transferencia de valores mobiliarios, acciones y derechos que representen el capital societario de personas jurídicas domiciliadas en el Perú aun cuando la transferencia se efectúe en el exterior y por personas jurídicas no domiciliadas”. Si bien el supuesto alternativo no era técnicamente lo suficientemente idóneo, su análisis-costo-beneficio fue sumamente contundente en términos políticos, a saber “Cuando la suiza Xtrata compró la mina Tintaya a la australiana BHP Billiton por USD750 millones, la SUNAT señaló: “El resultado de julio (2006) incluye un pago extraordinario de S/400 millones por la venta de acciones de una empresa que generó una ganancia de capital gravada a una empresa no domiciliada. En este caso, los ingresos tributarios del Estado peruano se vieron incrementados en S/400 millones, que equivale aproximadamente el presupuesto del Programa Juntos en 2007 o al presupuesto inicial de apertura del Gobierno Regional de Ica en 2009. Esto quiere decir que con el pago de impuestos de una sola transacción se puede financiar íntegramente un programa social o un gobierno regional. Leído al revés: cada vez que una empresa que opera en el Perú, le “saca la vuelta” al Estado en materia tributaria, vendiendo derechos de propiedad en el exterior, el país deja de financiar, en promedio, un programa social o un gobierno regional”. De esta forma, el Poder Legislativo asume un rol importante para la aprobación de ambos proyectos.

Del mismo modo como aconteció en el 2006 cuando el Poder Legislativo sostenía una posición contraria al Poder Ejecutivo del Segundo Gobierno de Alan García Pérez respecto del tratamiento tributario de los rendimientos y las ganancias de capital anteriormente mencionado, el Poder Ejecutivo formula un supuesto imponible sujeto a determinadas condiciones, salvo en el caso de empresas no domiciliadas, residentes en países o territorios de baja o nula imposición, amplía la calificación de fuente para cualquier otro valor o derecho representativo del capital de una empresa e incorpora una presunción de enajenación indirecta de acciones o participaciones. Conforme con la exposición de motivos de su proyecto de ley, presentado mediante Oficio N° 078-2009-PR del 16 de marzo de 2009 al Poder Legislativo, siéndole asignado el N° 3092-2008-CR, la propuesta es “Incorporar como renta de fuente peruana, el ingreso obtenido por un sujeto no domiciliado por la enajenación indirecta de acciones y/o participaciones de una empresa domiciliada en el país, siempre que dicha renta se encuentre explicada principalmente en la inversión que de manera indirecta se tiene en Perú”. Luego, de la sustentación y exposición del Ministro de Economía y Finanzas Luis Carranza Ugarte llevado a cabo en el marco de la Novena Sesión Extraordinaria de la Comisión de Economía e Inteligencia Financiera del Congreso de la

República, realizada el 24 de marzo de 2009, dicha comisión emite su dictamen en mayoría recomendando la aprobación de los Proyectos de Ley N° 2901-2008-CR, 3088-2008-CR y 3092-2008-CR con el siguiente texto sustitutorio, con fecha 2 de abril de 2009:

“Las obtenidas por la enajenación indirecta de acciones y participaciones representativas del capital de personas jurídicas domiciliadas en el país. Se produce una enajenación indirecta cuando se enajenan acciones o participaciones representativas del capital de una empresa no domiciliada en el país que a su vez es propietaria —en forma directa o por intermedio de otra u otras empresas— de acciones o participaciones representativas del capital de personas jurídicas domiciliadas en el país, siempre que se produzca cualquiera de las siguientes condiciones:

1. En cualquiera de los doce (12) meses anteriores a la enajenación, el valor del mercado de las acciones o participaciones de las personas jurídicas domiciliadas en el país de las que la empresa no domiciliada sea propietaria en forma directa o por intermedio de otra u otras empresas, equivalga al cincuenta por ciento (50%) o más del valor de mercado de todas las acciones o participaciones representativas del capital de la empresa no domiciliada. Para determinar el porcentaje antes indicado, se tendrá en cuenta lo siguiente:
  - (i) Se determinará el porcentaje de participación que la empresa no domiciliada tiene en el capital de la persona jurídica domiciliada. En caso aquella sea propietaria de esta por intermedio de otra u otras empresas, su porcentaje de participación se determinará multiplicando o sumando los porcentajes de participación que cada empresa tiene en el capital de la otra, de acuerdo con lo que establezca el Reglamento.
  - (ii) El porcentaje de participación determinado conforme con lo señalado en el acápite (i) se multiplicará por el valor de mercado de todas las acciones o participaciones representativas de capital de la persona jurídica domiciliada en el país. En caso de que la empresa no domiciliada sea propietaria de dos (2) o más personas jurídicas domiciliadas en el país, se sumarán los resultados determinados por cada una de estas.



- (iii) El resultado anterior se dividirá entre el valor de mercado de todas las acciones o participaciones representativas del capital de la empresa no domiciliada.
  - (iv) El resultado anterior se multiplicará por cien (100).
2. La empresa no domiciliada en el país sea residente en un país o territorio de baja o nula imposición. No se aplicará lo dispuesto en el presente numeral cuando el contribuyente acredite de manera fehaciente que la empresa no domiciliada no se encuentra en el supuesto del numeral 1. Se presumirá que una empresa no domiciliada en el país enajena indirectamente las acciones o participaciones representativas del capital de personas jurídicas domiciliadas en el país de las que sea propietaria en forma directa o por intermedio de otra u otras empresas, cuando emite nuevas acciones o participaciones como consecuencia de un aumento de capital — producto de nuevos aportes, de capitalización de créditos o de una reorganización— y las coloca por un valor inferior al de mercado. En este caso, se entenderá que enajena las acciones o participaciones que emite como consecuencia del aumento de capital. Lo dispuesto en este párrafo se aplicará siempre que se cumpla con cualquiera de las siguientes condiciones:
- a) En cualquiera de los doce (12) meses anteriores a la emisión de las nuevas acciones o participaciones, el valor de mercado de las acciones o participaciones de las personas jurídicas domiciliadas en el país de las que la empresa no domiciliada sea propietaria en forma directa o por intermedio de otra u otras empresas, equivalga al cincuenta por ciento (50%) o más del valor de mercado de todas las acciones o participaciones representativas del capital de la empresa no domiciliada antes de la emisión.
- Para efectos de lo dispuesto en el primer párrafo, se aplicará lo previsto en el segundo párrafo del numeral 1.
- b) La empresa no domiciliada en el país sea residente en un país o territorio de baja o nula imposición. No se aplicará lo dispuesto en el presente literal cuando la empresa no domiciliada acredite de manera fehaciente que no se encuentra en el supuesto del literal a).

Se incluye dentro de la enajenación de acciones de empresas no domiciliadas en el país la enajenación de ADR's (American Depositary Receipts) o GDR's (Global Depositary Receipts) que tengan como subyacente a tales acciones.

Para efectos del presente inciso, la mención a acciones o participaciones se entenderá referida a lo que para tal efecto establece la legislación peruana, con independencia de la denominación otorgada en otras legislaciones.

Mediante decreto supremo se establecerá la forma como se determina el valor de mercado de las acciones o participaciones a que se refiere el presente inciso, para lo cual se podrá considerar, entre otros, el valor de participación patrimonial sobre la base de balances auditados, incluso anteriores a los doce (12) meses precedentes a la enajenación o a la emisión de acciones o participaciones”.

Una vez que el citado texto normativo fue de conocimiento público, los diferentes grupos de interés económicos, con sus respectivos asesores tributarios, aun cuando reconocían que, en efecto, dicho texto tenía por finalidad evitar una práctica fiscal elusiva internacional que ocurría cuando una sociedad o empresa domiciliada en el exterior, propietaria de acciones o participaciones u otros valores mobiliarios representativos del capital de empresas o sociedades constituidas en Perú, opta por enajenar estos valores mediante otra sociedad no domiciliada en el país, la cual, para tal efecto, tiene participación u control en la empresa o sociedad peruana, mantuvieron su continua línea argumentativa referida a la promoción de IED y la seguridad jurídica de las mismas. También, se sostenía que el proyecto de ley afectaría la competitividad del país en tanto no se había tenido en cuenta que los inversionistas extranjeros usualmente financian sus operaciones mediante colocación de sus acciones en el extranjero, sea ésta efectuada o no en una Bolsa de Valores. Adicionalmente, se cuestionó una posible doble imposición toda vez que, a su entender, los convenios para evitar la doble imposición únicamente regulan el tratamiento tributario de la ganancia de capital originada por la enajenación de sociedades constituidas en el país, no el supuesto pretendido por la propuesta legislativa.

Como quiera que se había conformado la mencionada “Comisión Investigadora encargada de investigar las razones de la venta de las acciones de la Empresa PetroTech Peruana S.A. y sus contingencias tributarias, societarias y de otro tipo con relación a los contratos celebrados con el Estado Peruano”, a solicitud del presidente de la citada

comisión, la Presidencia del Congreso acepta postergar el debate del dictamen de los Proyectos de Ley N° 2901-2008-CR, 3088-2008-CR y 3092-2008-CR hasta la emisión del informe final de dicha comisión. A pesar de haber sido aprobado dicho informe el 20 de mayo de 2009, después de una reconsideración de aprobación de la misma, recién el 29 de octubre de 2009 se acuerda la ampliación de agenda y prioridad del debate de los referidos proyectos en la Junta de Portavoces del Congreso de la República para la Primera Legislatura Ordinaria 2009-2010. No obstante, el dictamen en mayoría de los citados proyectos no fue debatido. Como consecuencia de la dilación del indicado debate, al 31 de diciembre de 2009 se mantenía como única hipótesis de incidencia tributaria respecto de las rentas de fuente peruana, la ganancia de capital obtenida por un sujeto no domiciliado con motivo de la enajenación, redención o rescate de acciones y participaciones representativas del capital, acciones de inversión, certificados, títulos, bonos y papeles comerciales, valores representativos de cédulas hipotecarias, obligaciones al portador u otros valores al portador y otros valores mobiliarios cuando las empresas, sociedades, Fondos de Inversión, Fondos Mutuos de Inversión en Valores o Patrimonios Fideicometidos que los hayan emitido estén constituidos o establecidos en el Perú.

Entretanto, el Poder Legislativo elimina la habitualidad en la enajenación de valores mobiliarios para personas naturales mediante Ley N° 29492, publicada el 31 de diciembre de 2009, argumentando que la inversión en valores mobiliarios no necesariamente constituiría una actividad empresarial llevada a cabo por ellas, sino que la misma constituiría un mecanismo alternativo al ahorro bancario. En esa misma línea de interpretación, en la medida que los intereses originados por los depósitos en el sistema financiero se mantienen exonerados cuando dichos ingresos no constituyen rentas de tercera categoría, con el objeto de evitar cualquier trato desigual entre los citados rendimientos y las ganancias de capital, se exonera aquellas ganancias de capital provenientes de la enajenación de valores mobiliarios, o derechos sobre éstos, efectuada por un persona natural, sucesión indivisa o sociedad conyugal que optó tributar como tal, hasta por las primeras cinco unidades impositivas tributarias (UIT) en cada ejercicio gravable<sup>6</sup>.

---

<sup>6</sup> Luego, con la dación de la Ley N° 29645, publicada el 31 de diciembre de 2010, se precisa que esta exoneración resulta aplicable para las rentas de fuente peruana de la segunda categoría. Mediante Ley N° 29820, publicada el 28 de diciembre de 2011, se amplía el plazo de la citada exoneración hasta el 31 de diciembre de 2012. Nótese, además, que dicha exoneración fue derogada mediante el Decreto Legislativo N° 1120, publicado el 18 de julio de 2012, vigente desde el 01 de enero de 2013.

Retomando los proyectos de ley que modifican el Texto Único Ordenado de la Ley del Impuesto a la Renta, aprobado mediante Decreto Supremo N° 179-2004-EF y normas modificatorias, respecto de rentas de fuente peruana por enajenación indirecta de acciones o participaciones, como anticipamos no prosperó la solicitud de prioridad del debate del dictamen en mayoría de los citados proyectos en la Primera Legislatura Ordinaria 2009-2010. La falta de sentido de urgencia del Congreso de la República ocasionó que una vez más el Estado peruano deje pasar la oportunidad de gravar la ganancia de capital por una enajenación indirecta de acciones de una empresa constituida en Perú. Justamente, el 31 de marzo de 2010 la compañía brasilera Vale vendió el 60% de su participación en la Compañía Minera Miski Mayo S.R.L., ubicada en Sechura, Piura, dedicada a la exploración y explotación de los yacimientos de fosfatos de Bayovar, a favor de Mosaic Company, domiciliada en Estados Unidos, y Mitsui Sakhalin Holding B.V., domiciliada en Holanda, por USD660 millones, mediante una variación de su estructura accionaria en las sociedades o empresas constituidas en el exterior que le permitiese eludir el pago del Impuesto a la Renta peruana. Siendo altamente cuestionada la actitud pasiva del Estado peruano por la opinión pública, el 22 de abril de 2010 la Junta de Portavoces del Congreso de la República acuerda consultar la ampliación de agenda y prioridad del debate de los citados proyectos en la Segunda Legislatura Ordinaria 2009-2010. Sin embargo, este lamentable suceso no alteró la dilación en la programación del debate de los referidos proyectos.

El 11 de noviembre de 2010 fue discutido el dictamen en mayoría de los Proyectos de Ley N° 2901-2008-CR, 3088-2008-CR y 3092-2008-CR en el Pleno del Congreso de la República. No fue aprobado en dicho pleno. Ello posibilitó que un solo congresista de la Comisión de Economía e Inteligencia Financiera del mencionado ente público, recogiendo todos los argumentos y/o opiniones en contrario de los grupos de interés económicos, formule un dictamen en minoría recomendando la no aprobación de los referidos proyectos con fecha 24 de noviembre de 2010. Tanto el dictamen en mayoría como aquel dictamen en minoría fueron sometidos a debate en la Comisión Permanente del Congreso de la República el 28 de diciembre de 2010. De acuerdo con el Diario de Debates de la Comisión Permanente N° 5 del periodo legislativo 2010-2011 del 28 de diciembre de 2010, sin dejar de reconocer su falta de reacción antes las sucesivas transferencias efectuadas por empresas o sociedades extranjeras que involucraban a empresas o sociedades constituidas en Perú, la Comisión decide aprobar el texto original propuesto por los mencionados proyectos conforme

el dictamen en mayoría de la Comisión de Economía e Inteligencia Financiera del Congreso de la República.

Mediante Ley N° 29663, publicada el 15 de febrero de 2011, la cual no sólo incorpora como rentas de fuente peruana, las obtenidas por la enajenación indirecta de acciones y participaciones representativas del capital de personas jurídicas domiciliadas en el Perú; sino, además, la responsabilidad solidaria a cargo de la persona jurídica domiciliada en el país emisora de dichos valores, cuando en cualquiera de los doce meses anteriores a la enajenación, el sujeto no domiciliado enajenante se encuentre vinculado directa o indirectamente a la empresa domiciliada a través de su participación en el control, la administración o el capital, siendo señalado los supuestos en los que se configura la referida vinculación por el reglamento.

Esta norma fue modificada por Ley N° 29757, publicada el 21 de julio de 2011, a iniciativa legal del Poder Ejecutivo del Segundo Gobierno de Alan García Pérez presentada el 9 de marzo de 2011. Tal como se señala en la exposición de motivo del Proyecto de Ley N° 4713-2010, principalmente, se propone: “El presente proyecto complementa el primer supuesto establecido en el numeral 1 del inciso e) del citado artículo, disponiendo como condición concurrente para considerar la existencia de enajenación indirecta que en cualquier periodo de doce (12) meses se enajenen acciones o participaciones que representen el diez por ciento (10%) o más del capital de la persona jurídica no domiciliada. De esta manera, se evita gravar con el Impuesto a la Renta enajenaciones de acciones o participaciones cuyo valor no representa un porcentaje significativo del capital de las personas jurídicas no domiciliadas y que no son de interés fiscal al no evidenciar la existencia de un fin elusivo”. Asimismo, se plantea precisar que no necesariamente la totalidad del ingreso -así como su respectivo costo- obtenido en la enajenación de acciones o participaciones representativas del capital de la persona jurídica no domiciliada deberán ser calificadas como rentas de fuente peruana, sino la parte proporcional que represente el valor de las acciones o participaciones de la persona jurídica domiciliada en Perú. Es importante mencionar que, aun cuando no fue incluido en la exposición de motivos, la modificatoria eliminó la condición referida a “La empresa no domiciliada en el país sea residente en un país o territorio de baja o nula imposición”. Adicionalmente, se estableció que el agente de retención será las personas domiciliadas en el país cuando paguen o acrediten rentas por la enajenación indirecta de acciones o participaciones representativas

del capital de una persona jurídica domiciliada en el Perú, disponiendo que en dicha situación no aplica la responsabilidad solidaria a cargo de la persona jurídica domiciliada en el país emisora de los valores. El gráfico de la situación planteada fue el siguiente:

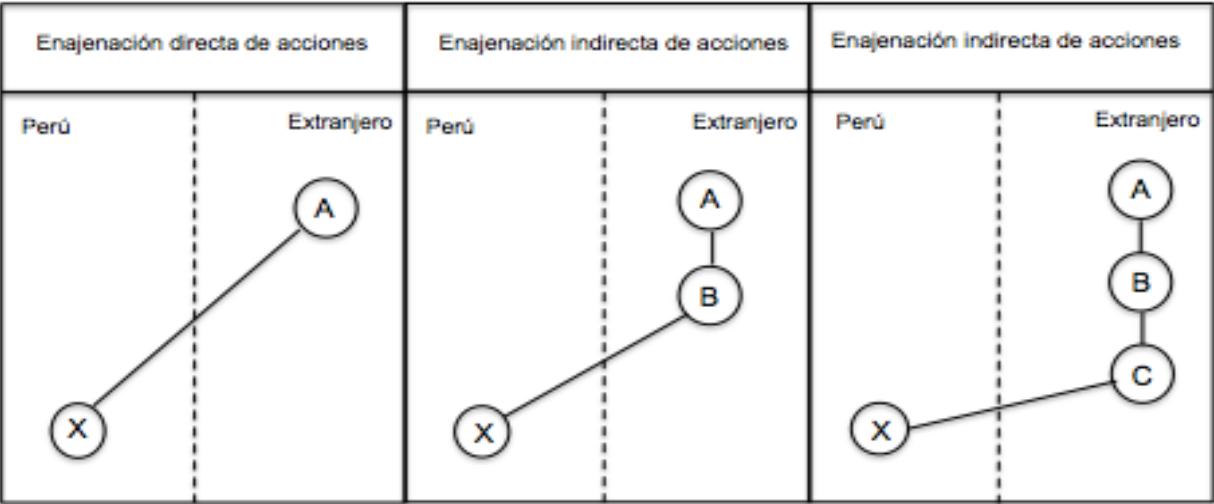


Figura 1: Enajenación indirecta de acciones y participaciones representativas del capital de sociedades constituidas en Perú.  
Fuente: Exposición de motivos de la Ley N° 29757.

Se aprecia claramente la naturaleza de hecho imponible complementario que ostenta el supuesto imponible incorporado en la legislación interna peruana con la finalidad de hacer frente a las prácticas elusivas adoptadas por sujetos residentes en el extranjero cuando éstos interponen una sociedad intermedia situada en otro Estado para llevar a cabo la enajenación de acciones o derechos representativos de capital de sociedades constituidas en Perú. En efecto, como he señalado en la sección anterior, un hecho imponible complementario es una forma de configurar una cláusula antielusiva específica que emana del ordenamiento jurídico interno, el cual complementa o perfecciona el hecho imponible principal inicialmente tipificado, ampliando sus efectos jurídicos a otros actos que con distinta forma exhiben el mismo perfil económico. De ahí que el presupuesto de hecho incorporado permita al Estado peruano imponer gravamen sobre la enajenación de acciones u otros valores con la que el administrado puede conseguir resultados económicos equivalentes a si se hubiese producido el hecho imponible inicialmente definido. Sin embargo, no puede perderse de vista que un hecho imponible complementario es un presupuesto de hecho

distinto del tipificado como hecho imponible principal empero que su configuración se encuentra estrechamente relacionado con este último.

En ese sentido, a partir del 16 de febrero de 2011, la legislación peruana regula el régimen tributario de la ganancia de capital obtenida en la enajenación de acciones de sociedades anónimas constituidas en Perú llevada a cabo por un sujeto no residente en dicho país así como aquella lograda por un sujeto no residente en Perú con motivo de la enajenación de acciones o participaciones representativas del capital de una persona jurídica no domiciliada en el país que, a su vez, es propietaria –en forma directa o por intermedio de otra u otras personas jurídicas- de acciones o participaciones representativas del capital de una o más personas jurídicas domiciliadas en el país, siempre que se cumplan los requisitos previstos en la Ley del Impuesto a la Renta. Se debe tener en cuenta que tales requisitos fueron modificados mediante Ley N° 29757, vigente a partir del 22 de julio de 2011, debiendo ser éstos concurrentes para la calificación de la transacción como rentas de fuente peruana.

Mediante Oficio N° 105-2012-PR del 5 de mayo de 2012, el Poder Ejecutivo del Gobierno de Ollanta Humala Tasso (2011-2016) requiere le sea concedido la facultad de legislar en materia tributaria y aduanera con la finalidad de modificar el sistema tributario peruano que le permita incrementar los ingresos fiscales permanentes. Sobre el particular, considerando que el Impuesto a la Renta forma parte del sistema tributario peruano, propone modificar la ley de dicho impuesto con el fin de perfeccionar su regulación, estructura y administración. Después de la respectiva evaluación por parte de la Comisión de Economía e Inteligencia Financiera del Congreso de la República, la solicitada facultad fue delegada con ciertas limitaciones, entre otras, la imposibilidad de crear nuevos impuestos. Así, conforme con la Ley N° 29884 “Ley que delega al Poder Ejecutivo la facultad de legislar en materia tributaria, aduanera y de delitos tributarios y aduaneros”, publicada el 9 de junio de 2012, fueron emitidos los Decretos Legislativos N° 1112, N° 1120 y N° 1124, publicados el 29 de junio, 18 de julio y 23 de julio de 2012, respectivamente, y vigentes, en términos generales, el 1 de enero de 2013.

Los decretos mencionados no alteraron el tratamiento tributario de las ganancias de capital de los no domiciliados en el Perú. Sin embargo, en la medida que he descrito, en términos generales, el tratamiento tributario de las rentas de capital de los sujetos domiciliados en el Perú, no podemos dejar de mencionar que, entre otros aspectos, el Decreto Legislativo N° 1112 incorporó modificaciones relacionadas con el tratamiento

tributario de las rentas de capital de las personas naturales domiciliadas en el Perú, específicamente, aquellas obtenidas en la enajenación de valores mobiliarios. De las normas modificadas, es de resaltar la limitación en la deducibilidad de las pérdidas de capital generadas por dicha transacción para fines de la determinación de la renta neta de segunda y tercera categoría, cuando el mismo día o dentro de los treinta días anteriores o posteriores a la enajenación, el enajenante adquiera valores mobiliarios similares a los enajenados, u opciones de compra sobre ellos.

Mediante Ley N° 30506, Ley que delega en el Poder Ejecutivo del Gobierno de Pedro Pablo Kuczynski Godard (2016-2021) la facultad de legislar en materia de reactivación económica y formalización, seguridad ciudadana, lucha contra la corrupción, agua y saneamiento y reorganización de Petroperú S.A., el Congreso de la República del Perú delegó al Poder Ejecutivo la facultad de legislar, entre otros, en materia de reactivación económica y formalización a efectos de fomentar el desarrollo del mercado de capitales con el fin de incrementar la competencia en el sistema financiero. Derivado de lo anterior, se promulga el Decreto Legislativo N° 1262 “Decreto Legislativo que modifica la Ley N° 30341, Ley que fomenta la liquidez e integración del mercado de valores”, siendo su objeto, otorgar un tratamiento preferencial a los rendimientos de instrumentos financieros negociados en mecanismos centralizados de negociación que son regulados y supervisados por la Superintendencia del Mercado de Valores. Entre otros, se exonera del Impuesto a la Renta hasta el 31 de diciembre de 2019 las rentas provenientes de la enajenación de acciones comunes y acciones de inversión siempre que cumplan ciertos requisitos. Cabe mencionar que uno de los requisitos está vinculado con la tenencia de las acciones, a saber: en un periodo de doce (12) meses, el contribuyente y sus partes vinculadas no transfieran, mediante una o varias operaciones simultáneas o sucesivas, la propiedad del diez por ciento (10%) o más del total de los valores emitidos por la empresa. Destaca como requisito también que los valores deben tener presencia bursátil. El referido decreto entra en vigencia el 1 de enero de 2017.

Como se advierte de lo anterior, la ganancia de capital obtenida en la enajenación de acciones de sociedades anónimas constituidas en Perú llevada a cabo por un sujeto no residente en dicho país así como aquella lograda por un sujeto no residente en Perú con motivo de la enajenación de acciones o participaciones representativas del capital de una persona jurídica no domiciliada en el país que, a su vez, es propietaria –en forma directa o



por intermedio de otra u otras personas jurídicas- de acciones o participaciones representativas del capital de una o más personas jurídicas domiciliadas en el país, siempre que se cumplan los requisitos previstos en la Ley del Impuesto a la Renta, califica como renta de fuente peruana afecta al Impuesto a la Renta. Para efectos de determinar el impuesto, es de recordar que el legislador peruano redujo la tasa del Impuesto a la Renta de 30% a 5% cuando las ganancias de capital provengan de la enajenación de valores mobiliarios realizada dentro del país por personas naturales o jurídicas no domiciliadas a partir del 1 de enero de 2010; en contrario, si la enajenación de valores mobiliarios es realizada fuera del país la tasa del impuesto se mantiene en 30%.

## **2.5. Ganancias de capital en la enajenación directa o indirecta de acciones de sociedades anónimas constituidas en los Estados Unidos Mexicanos, obtenidas por una persona no residente en los Estados Unidos Mexicanos**

Uno de los propósitos de la reforma de la Ley del Impuesto sobre la Renta (LISR), publicada el 31 de diciembre de 1964, fue equiparar el tratamiento tributario de la ganancia de capital resultado de la enajenación de valores mobiliarios sea que ésta hubiese sido obtenida por una persona moral o una persona física; sin embargo, a causa de una disposición normativa de la Ley de Ingresos de la Federación para los ejercicios fiscales comprendidos entre 1965 a 1971, dicho propósito no logró ser cumplido tratándose de personas físicas. En efecto, el citado texto normativo estableció que no se causaría el impuesto a que se contrae el artículo 60 de la LISR, en su fracción III sobre las utilidades derivadas de la enajenación de valores mobiliarios públicos o privados emitidos en el país. La indicada fracción disponía que tal utilidad fuese calificada como ingreso objeto del Impuesto sobre Productos o Rendimientos del Capital comprendido en el Impuesto al Ingreso de las Personas Física.

Podemos advertir que esta diferencia de tratamiento dio lugar a que únicamente estuviera gravada la ganancia de capital de la enajenación de valores mobiliarios cuando ésta fuese obtenida por una persona moral. Así, en la medida que las personas morales de

nacionalidad extranjera no residentes en México eran sujetos del impuesto respecto de sus ingresos gravables procedentes de fuente de riqueza en el territorio mexicano, se entiende que la ganancia de capital obtenida por estas personas con motivo de la enajenación de acciones de sociedades anónimas se encontraba afectada al Impuesto a la Renta mexicano para los ejercicios fiscales comprendidos entre 1965 a 1971.

El Gobierno de Luis Echevarría Álvarez (1970-1976) asumió un compromiso de conciliar la expansión económica y la redistribución del ingreso, de tal modo, su política tributaria, entre otras finalidades, tenía el propósito de reducir y/o eliminar la excesiva concentración de riqueza en un reducido sector de la sociedad mexicana. Nótese que esta inequidad había originado un severo descontento social en los últimos años de la década de los sesenta en México. A pesar de no haber sido posible ejecutar una profunda reforma tributaria por causa de los intereses económicos y políticos de sectores de diversa índole; se logró obtener la aprobación de la Cámara de Diputados del Congreso de diversas iniciativas legales del Poder Ejecutivo orientadas a modificar la LISR con el objetivo de reducir la excesiva protección fiscal a los productos o rendimientos de capital.

En primer lugar, entre los cambios introducidos por el decreto que adiciona y reforma a la Ley del Impuesto sobre la Renta, publicado el 29 de diciembre de 1971, se aprecia la supresión de la ganancia de capital obtenida con motivo de la enajenación de valores mobiliarios como parte de los ingresos sujetos a imposición conforme las reglas establecidas en el artículo 60 del Capítulo II “Del Impuesto sobre Productos o Rendimientos de Capital” del Título III “Impuesto al Ingreso de las Personas Físicas”, siendo la citada ganancia incluida como resultado que quedaría gravado como ingreso procedente de actos accidentales de comercio conforme las reglas generales del Título II “Del Impuesto al Ingreso Global de las Empresas”. Es de resaltar que, con el objetivo de no afectar el desarrollo del mercado de la Bolsa de Valores de México respecto de las operaciones con acciones de sociedades que captan ahorros públicos en dicho mercado, fueron exentas aquellas ganancias de capital obtenidas por las personas físicas cuando la enajenación de valores mobiliarios se realice en el país a través de la bolsa de valores autorizada. Otro sustancial cambio fue la incorporación de una exención fiscal para las ganancias de capital obtenidas por los sujetos comprendidos en el Título II “Del Impuesto al Ingreso Global de las Empresas”. Precisamente, mediante la inclusión de la fracción VII al artículo 19 de la LISR, no se acumularán ni gravarán las ganancias que por enajenación de acciones obtengan las

sociedades que con autorización de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público realicen actividades que fomenten el desarrollo industrial de acuerdo con las disposiciones generales que dicte el Ejecutivo Federal.

En segundo lugar, el 25 de octubre de 1974 el Poder Ejecutivo sometió a consideración de la Cámara de Diputados del Congreso una iniciativa legal para ejecutar una reforma tributaria que permita incrementar la recaudación de los ingresos fiscales para satisfacer las necesidades públicas del Estado. En relación con la reforma de la LISR, entre otras finalidades, estaba orientada a resolver problemas de interpretación que se habían presentado. Uno de los temas materia de controversia era el concepto de renta. Aun cuando el mismo había sido motivo de diversas modificaciones en los años anteriores como consecuencia de la introducción de ingresos que calificarían como rentas en función del criterio de flujo de riqueza, entre otros, la ganancia de capital resultante de la enajenación de inmuebles y valores mobiliarios efectuada por personas físicas, tales modificaciones no fueron suficientes para cerrar la polémica. Por tal razón, conforme con el artículo primero del Decreto denominado “Ley que establece, reforma y adiciona diversas disposiciones fiscales de renta”, publicado el 19 de noviembre de 1974, el texto del artículo 1 de la LISR fue sustituido de la siguiente forma “El Impuesto sobre la Renta grava los ingresos en efectivo, en especie o en crédito, que modifiquen el patrimonio del contribuyente, provenientes de productos o rendimientos de capital, del trabajo o de la combinación de ambos, o de otras situaciones jurídicas o de hecho que esta Ley señala. En los preceptos de esta Ley se determina el ingreso gravable en cada caso”. Así pues, el legislador mexicano amplía el concepto tributario de renta, reafirmando la adopción del criterio del flujo de riqueza para determinados supuestos imponibles incorporados expresamente por la ley. Otra cuestión atendida fue aclarar que tratándose de enajenación de acciones, bonos, certificados de instituciones de crédito, obligaciones, cédulas hipotecarias y certificados de participación, se considera ubicada la fuente de riqueza en el territorio nacional cuando se hayan efectuado en el mismo la emisión de los títulos. Esta precisión se efectuó mediante la modificación de la fracción II del artículo 3 de la LISR.

Por otro lado, no sólo debido a la importancia de mejorar la equidad del Impuesto sobre la Renta sino también para desalentar las inversiones en bienes raíces socialmente poco productivas, se acentúa la progresividad en el gravamen a las personas físicas con una alta capacidad económica. Asimismo, habiendo sido identificada la práctica elusiva de las

personas físicas propietarias de inmuebles con la finalidad de reducir el Impuesto sobre la Renta aplicable a la ganancia de capital obtenida en la enajenación de los citados bienes, llevando a cabo dicha operación mediante la constitución de sociedades o a través de la emisión de certificados de participación inmobiliaria, se equipara el régimen fiscal de la ganancia de capital de la enajenación de los valores mobiliarios implicados en la transacción con aquel establecido para el caso de la enajenación de inmuebles.

Como se puede apreciar, la ganancia de capital derivada de la enajenación de acciones de sociedades anónimas, sea ésta obtenida por personas físicas no residentes en México o personas morales de nacionalidad extranjera no establecidas en dicho país, estaba afecta al Impuesto al Ingreso Global de las Empresas, salvo que esté involucrado un bien inmueble en la operación o que resulte aplicable alguna exención fiscal prevista en la LISR.

Cuando el Presidente José Guillermo López Portillo y Pacheco (1976-1982) inicia su mandato, México sufría una severa crisis económica como consecuencia de un proceso creciente de inflación, por lo cual era esperable que se desarrollase una reforma tributaria como parte de un programa de estabilización para frenar dicho proceso inflacionario. Es conocido que las reformas tributarias son propuestas por los gobiernos cuando se tiene problemas de estabilización, de redistribución, o de asignación de recursos. Las depresiones económicas experimentadas por México habían implicado ejecutar reformas tributarias como parte de los programas de estabilización en diferentes años; sin embargo, estas reformas habían intensificado la inequidad en la redistribución de los recursos del Estado. Siendo ello así, la reforma tributaria impulsada por el Poder Ejecutivo del Gobierno de López Portillo tenía como propósito no sólo facilitar los ajustes económicos de 1979 entre salarios, precios, utilidades y fisco, sino, además, modificar las cargas impositivas de los diversos estratos sociales y económicos con el manifiesto interés de perfeccionar el sistema de globalización de los ingresos de las personas físicas.

En los últimos meses de 1978, el Poder Ejecutivo del Gobierno de José Guillermo López Portillo y Pacheco y la Cámara de Diputados del Congreso sostuvieron diversos debates para aprobar la reforma tributaria impulsada por el Poder Ejecutivo. La indicada reforma fue congruente con los compromisos en materia hacendaria asumidos por el Presidente López Portillo de otorgar una mayor progresividad al Impuesto sobre la Renta aplicable a las personas físicas, a cambio se estimularía la reinversión de las empresas para elevar el ahorro doméstico. Bajo ese lineamiento, se cambia el objeto del impuesto para

gravar todos los ingresos en efectivo, en bienes o en crédito, que obtenga la persona física en un año de calendario, con las excepciones que expresamente se señalan en el texto normativo; y, se altera sustancialmente el sistema del impuesto a las personas físicas respecto de la acumulación de sus ingresos para que la determinación del impuesto se adecúe a la capacidad contributiva real del contribuyente. Así, según el artículo 67 del Capítulo IV “De los ingresos por la enajenación de bienes” del Título III “Del Impuesto al Ingreso de las Personas Físicas” de la reformada Ley del Impuesto sobre la Renta, publicada el 29 de diciembre de 1978, la ganancia de capital obtenida por una persona física con motivo de la enajenación de valores mobiliarios que se venía gravando en forma aislada por cada operación conforme el régimen general del Impuesto al Ingreso Global de las Empresas, fue incluido como concepto acumulable de los ingresos de la persona física. Sin embargo, con el propósito de no incrementar la carga fiscal, fundamentalmente en los casos de ingresos bajos y medios, se establece un sistema especial de gravamen sobre dicho concepto, mediante el cual sólo se acumula la quinta parte de la ganancia a los demás ingresos y se calcula el impuesto que corresponde a los ingresos acumulables; las otras cuatro quintas partes de la ganancia se gravan con el mismo nivel de tarifa que correspondió a los ingresos acumulados. Cabe anotar que, conforme con la fracción XV del artículo 49 del indicado Título III, se exceptúa del pago del impuesto, los ingresos obtenidos con motivo de la enajenación de títulos valor, cuando la operación se realice en el país a través de bolsas de valores autorizada y siempre que dichos valores sean de los que se coloquen entre el gran público inversionista, conforme a las reglas generales que al efecto expida la Secretaría de Hacienda y Crédito Público. Por su parte, en el caso de enajenación de valores mobiliarios por personas morales de nacionalidad extranjera residentes en el extranjero, la misma continuará siendo calificada como acto de comercio accidental, debiendo ser calculado el impuesto por cada operación según lo prescrito en el artículo 30 del Título II “Del Impuesto al Ingreso Global de las Empresas”.

Así, con una reforma tributaria en proceso, cumpliendo los objetivos previstos, sin ánimos de fines recaudatorios, fue un marco de referencia propicio para plantear el reagrupamiento del ordenamiento legal de la LISR, sin alterar el fondo, desde un punto de vista de técnica jurídica, el cual permitiese un mejor entendimiento de los contribuyentes respecto de sus derechos y obligaciones, así como una mejor interpretación y aplicación por parte de las autoridades fiscales. Siendo reconocido por el legislador mexicano la necesidad de recoger, sintetizar las reformas, ajustes y adecuaciones que había experimentado la

disposición normativa del Impuesto sobre la Renta en sus cincuenta y seis (56) años de vigencia, aprueba la iniciativa legal presentada por el Poder Ejecutivo, efectuando ciertas variaciones y/o precisiones a la misma. Cabe señalar que además del citado propósito, continuando con la firme intención de perfeccionar las normas en cuanto el sistema de globalización de los ingresos de las personas físicas, se cambia el objeto del Impuesto sobre la Renta a fin de gravar todos los ingresos que obtengan las personas físicas o morales, excepto que se eximan expresamente.

Por el propósito inicial de reordenamiento legal, dado el acelerado crecimiento de las relaciones económicas internacionales, el tratamiento tributario de los pagos al exterior fueron materia de agrupación en el Título V “De los residentes en el extranjero con ingresos por fuente de riqueza ubicada en territorio nacional” de la LISR, publicada el 30 de diciembre de 1980, reafirmando en su primer artículo que los obligados del pago del indicado impuesto son los residentes en el extranjero que obtengan ingresos en efectivo, en bienes, en servicios o en crédito, procedentes de fuentes de riqueza situadas en territorio nacional, cuando no tengan un establecimiento permanente en el país, o cuando teniéndolo, estos ingresos no sean atribuibles a dicho establecimiento. Asimismo, precisa en qué casos la fuente de riqueza se sitúa en México y por ende, cuándo los extranjeros deberán abonar el impuesto, a qué tasa estará sujeto el ingreso y cuál será la forma de pago, así como las exenciones fiscales. En el supuesto específico de la enajenación de acciones o partes sociales, su artículo 151 establece lo siguiente:

“Tratándose de la enajenación de acciones o partes sociales, se considerará que la fuente de riqueza está ubicada en territorio nacional cuando la sociedad emisora sea mexicana.

El impuesto será el 20% del monto total de la operación, sin deducción alguna, debiendo efectuar la retención el adquirente si éste es residente en el país o residente en el extranjero con establecimiento permanente en México; de lo contrario, el contribuyente enterará el impuesto correspondiente mediante declaración que presentará ante las oficinas autorizadas dentro de los quince días siguientes a la obtención del ingreso.

Los contribuyentes que tengan representante en el país que reúna los requisitos establecidos en el artículo 160 de esta Ley, podrán optar por aplicar la tasa de 30% sobre la ganancia obtenida que se determinará conforme a lo señalado en el capítulo IV del Título IV

de esta Ley, sin deducir las pérdidas a que se refiere la fracción V del artículo 97 de la misma. En este caso el representante calculará el impuesto que resulte y lo enterará mediante declaración en la oficina autorizada que corresponda a su domicilio dentro de los quince días siguientes a la obtención del ingreso.

Se exceptúan del pago de dicho impuesto los ingresos a que se refiere este artículo, cuando la operación se realice a través de bolsa de valores autorizada en el país y siempre que dichos valores sean de los que se coloquen entre el gran público inversionista, conforme a las reglas generales que al efecto expida la Secretaría de Hacienda y Crédito Público”.

Tal como antes había sido previsto por el legislador mexicano, la enajenación de acciones o partes sociales efectuada por personas físicas no residentes en México o personas morales de nacionalidad extranjera no establecidas en dicho país califica como una hipótesis de incidencia tributaria respecto de las rentas de fuente mexicanas previstas en la LISR, cuando la sociedad emisora de tales valores mobiliarios sea mexicana. Sin embargo, en función con la reestructuración del régimen fiscal de los pagos al exterior, notamos que, el impuesto sería calculado en función del monto de la operación o, cumpliendo determinados requisitos, se podía optar por aplicar la tasa de 30% sobre la ganancia obtenida, es decir, sobre la ganancia de capital. Asimismo, se equipará el tratamiento tributario de la enajenación de acciones o partes sociales sea que ésta sea obtenida por una persona física o una persona moral, reconociendo únicamente como exención fiscal, cuando la operación se realice a través de bolsa de valores autorizada en el país previo cumplimiento de ciertos requisitos.

Es de mencionar que el primer párrafo del citado artículo 151 fue modificado mediante decreto “Ley que reforma, adiciona y deroga diversas disposiciones en materia fiscal”, publicado el 31 de diciembre de 1981, incorporando la enajenación de bonos, valores y otros títulos de crédito, siempre que sean de los que se coloquen entre el gran público inversionista, conforme a las reglas generales que al efecto expida la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, cuando estos tengan un plazo de vigencia superior a los seis (6) meses. Asimismo, se incorpora dos últimos párrafos al referido artículo que establecen lo siguiente:

“Cuando las autoridades fiscales practiquen avalúo y éste exceda en más de un 10% de la contraprestación pactada por la enajenación, el total de la diferencia se considerará ingreso del adquirente residente en el extranjero, y el impuesto será el 20% sobre el total de

la diferencia, sin deducción alguna, debiéndolo enterar el contribuyente mediante declaración que presentará ante las oficinas autorizadas dentro de los quince días siguientes a la notificación que efectúen las autoridades fiscales.

Tratándose de valores que sean de los que se coloquen entre el gran público inversionista, conforme a las reglas generales que al efecto expida la Secretaría de Hacienda y Crédito Público cuando se enajenen fuera de bolsa, las autoridades fiscales considerarán la cotización bursátil del último hecho del día de la enajenación, en vez del valor del avalúo”.

La principal reforma tributaria efectuada por el Gobierno del Presidente Miguel de la Madrid Hurtado (1982-1988) fue promulgada a fines de 1986, siendo su propósito principal, reducir las pérdidas de ingresos fiscales como consecuencia del proceso inflacionario que acontecía en México, centrándose, por tanto, en medidas destinadas a la determinación de la base tributaria del Impuesto sobre la Renta de las sociedades o empresas. Es así que, en relación con el régimen aplicables a residentes en el extranjero con ingresos provenientes de riqueza situadas en el territorio mexicano, no se produce sustanciales modificaciones, adiciones y/o derogaciones sobre dicho régimen. Fueron los decretos denominados “Ley que reforma, adiciona y deroga diversas disposiciones fiscales” y “Ley que establece, reforma, adiciona y deroga diversas disposiciones fiscales”, publicados el 31 de diciembre de 1987 y 31 de diciembre de 1988, respectivamente, los cuales contemplaron dentro de sus textos normativos, la incorporación o clarificación de ciertos supuestos imponibles, enmendar diversas lagunas o imperfecciones legales usadas como prácticas de elusión fiscal por parte de los administrados así como reducir la tasa de causación del Impuesto sobre la Renta. De estas disposiciones, con respecto al mencionado artículo 151, se precisa que la fuente de riqueza cuando se produce la enajenación de créditos realizada por personas distintas al acreedor original, se sitúa en territorio nacional, cuando la persona a cuyo cargo esté el crédito sea mexicana y se establece una tasa de impuesto del 20% sobre el monto total del pago que el residente en México haga al residente en el extranjero, lo cual se considera procedente, toda vez que se está en presencia de una ganancia generada en el país. Asimismo, tratándose de la enajenación de créditos, acciones o títulos de valor, se limita la posibilidad de aplicar la tasa del 30% a la ganancia que se obtenga en la enajenación de que se trate, para aquellos casos en los que el contribuyente resida en un país en donde el ingreso correspondiente se grave en el Impuesto sobre la Renta a una tasa del 30% o



superior, o bien cuando el contribuyente tenga pérdida como consecuencia de la enajenación.

Dos de los más importantes sucesos en el Gobierno de Carlos Salinas de Gortari (1988-1994) en política económica fueron la celebración del Tratado de Libre Comercio de América del Norte y los Tratados para evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal en materia de Impuesto sobre la Renta con el Gobierno de Canadá y el Gobierno de los Estados Unidos de América. Considerando lo anterior se lleva a cabo la reforma tributaria de 1991 que, entre otras finalidades, tenía como propósito reducir las tasas aplicables tanto para las personas morales como para las personas físicas en tanto éstas eran sumamente altas en comparación con la de los socios comerciales más importantes de México; y, adecuar los esquemas fiscales a los tratamientos establecidos en los convenios para evitar la doble tributación tales como precisiones al concepto de fuente de riqueza de los ingresos de los residentes en el extranjero en materia de enajenación de inmuebles, entre otros. Es así que el 20 de diciembre de 1991 se publica el decreto “Ley que reforma, adiciona y deroga diversas disposiciones fiscales”, mediante el cual, desde la perspectiva de mi tesis, se modifica el primer párrafo del artículo 151 de la siguiente forma :

*“Tratándose de la enajenación de acciones o de títulos valor que representen la propiedad de bienes, se considerará que la fuente de riqueza se encuentra ubicada en territorio nacional, cuando sea residente en México la personas que los haya emitido o cuando el valor contable de dichas acciones provenga en más de un 50% de bienes inmuebles ubicados en el país”.*

Lo anterior supone que se grava adicionalmente con el Impuesto sobre la Renta mexicano, la enajenación de acciones emitidas por personas residentes en el extranjero, cuando el valor contable de dichas acciones provenga en más de un 50% de bienes inmuebles ubicados en México. Sabido es que la cláusula antiaelusiva específica incorporada por el legislador mexicano tiene como propósito homologar el tratamiento tributario de las ganancias de capital obtenidas en la enajenación de bienes inmuebles con aquellas ganancias que se lograrían de la enajenación de acciones que representan la propiedad de tales bienes, razón por la cual estamos frente a los conocidos hechos imposables complementarios. En efecto, como he señalado en las secciones anteriores, con la finalidad de cerrar una probable manera de elusión, los hechos imposables complementarios son aquellos que complementan o perfeccionan los hechos imposables

principales, ampliando sus efectos jurídicos a otros actos que con distinta forma exhiben el mismo perfil económico. En palabras de Rajmilovich (2014), “las normas antiabuso específicas (SAARs, por su sigla en inglés: specific anti-avoidance rules) son reglas domésticas que pueden tener por objeto calificar ciertos hechos o su atribución, o fijar reglas de derecho para determinar el encuadre de determinadas transacciones o estructuras, con el propósito de proteger la equidad, consistencia o coherencia internas del sistema tributario”. Sin duda, México ha adoptado esta medida unilateral para proteger su base impositiva aun cuando puede, en teoría, producir una doble imposición en el Estado de la fuente o situación, en la medida que se gravaría en la fuente la enajenación de las acciones, y en su oportunidad, cuando la sociedad propietaria de los bienes inmuebles ubicados en México enajene los mismos, también en la fuente se aplicará el gravamen correspondiente.

Posteriormente, en concordancia con los objetivos antes mencionados, se publican los decretos “Ley que armoniza diversas disposiciones con el Acuerdo General de Aranceles y Comercio, los Tratados para evitar la doble tributación y para simplificación fiscal”, “Ley que establece las reducciones impositivas acordadas en el Pacto para la Estabilidad, la Competitividad y el Empleo” y “Decreto que reforma, adiciona y deroga diversas disposiciones fiscales relacionadas con el comercio y las transacciones internacionales” con fechas 20 de julio de 1992, 3 de diciembre de 1993 y 29 de diciembre de 1993, respectivamente. Los términos del reformado artículo 151 fueron los siguientes:

“Tratándose de la enajenación de acciones o de títulos valor que representen la propiedad de bienes, se considerará que la fuente de riqueza se encuentra ubicada en territorio nacional, cuando sea residente en México la personas que los haya emitido o cuando el valor contable de dichas acciones provenga en más de un 50% de bienes inmuebles ubicados en el país.

El impuesto será el 20% del monto total de la operación, sin deducción alguna. La retención deberá efectuarse por el adquirente si éste es residente en el país o residente en el extranjero con establecimiento permanente en México. En caso distinto el contribuyente enterará el impuesto correspondiente mediante declaración que presentará ante las oficinas autorizadas dentro de los quince días siguientes a la obtención del ingreso.

Los contribuyentes que tengan representante en el país que reúna los requisitos establecidos en el artículo 160 de esta Ley podrán optar por aplicar la tasa del 30% sobre la

ganancia obtenida que se determinará conforme a lo señalado en el Capítulo IV del Título IV de esta Ley, sin deducir las pérdidas a que se refiere el último párrafo del artículo 97 de la misma. En este caso el representante calculará el impuesto que resulte y lo enterará mediante declaración en la oficina autorizada que corresponda a su domicilio dentro de los quince días siguientes a la obtención del ingreso.

La opción prevista en el párrafo anterior, sólo se podrá ejercer cuando el enajenante de los títulos resida en un país en el que el impuesto sobre la renta que, en su caso, hubiere resultado a su cargo por la ganancia que se hubiera obtenido, como si se tratara de su único ingreso, sea igual o superior al 70% del impuesto que se hubiera causado en México de haber sido percibidos dichos ingresos por una persona moral residente en el país.

Se exceptúan del pago del impuesto por los ingresos a que se refiere este artículo, cuando la operación se realice a través de bolsa de valores autorizada o mercados de amplia bursatilidad que determine la Secretaria de Hacienda y Crédito Público en reglas generales que al efecto expida, y siempre que dichos títulos sean de los que se coloquen entre el gran público inversionista conforme a dichas reglas generales. En los casos de fusión de sociedades, no será aplicable la exención prevista en esta fracción por las acciones que se enajenen, y que se hayan obtenido del canje efectuado de sus acciones de las sociedades fusionadas si las acciones de estas sociedades no eran de las que se consideran colocadas entre el gran público inversionista en los términos de este artículo.

Cuando las autoridades fiscales practiquen avalúo y éste exceda en más de un 10% de la contraprestación pactada por la enajenación, el total de la diferencia se considerará ingreso del adquirente residente en el extranjero, y el impuesto será el 20% sobre el total de la diferencia, sin deducción alguna, debiéndolo enterar el contribuyente mediante declaración que presentará ante la oficinas autorizadas dentro de los quince días siguientes a la notificación que efectúen las autoridades fiscales.

En las adquisiciones a título gratuito, el impuesto será el 20% sobre el total del avalúo de las acciones o partes sociales sin deducción alguna; dicho avalúo deberá practicarse por persona autorizada por la Secretaria de Hacienda y Crédito Público. Se exceptúan del pago de dicho impuesto los ingresos que se reciban como donativos a que se refiere el artículo 77 fracción XXIV inciso a) de esta Ley.

Tratándose de valores que sean de los que se coloquen entre el gran público inversionista, conforme a las reglas generales que al efecto expida la Secretaría de Hacienda y Crédito Público cuando se enajenen fuera de bolsa, las autoridades fiscales considerarán la cotización bursátil del último hecho del día de la enajenación, en vez del valor del avalúo”.

En virtud de lo anterior, la enajenación de acciones o títulos valor, entre otras, de sociedades anónimas efectuada por personas físicas no residentes en México o personas morales de nacionalidad extranjera no establecidas en dicho país califica como un hecho imponible respecto de las rentas de fuente mexicanas previstas en la LISR, cuando la sociedad emisora de tales valores sea mexicana o cuando el valor contable de dichas acciones, emitidas por personas morales residentes en el extranjero, provenga en más de un 50% de bienes inmuebles ubicados en México.

Las disposiciones normativas introducidas y/o reformadas durante el Gobierno de Ernesto Zedillo Ponce de León (1994-2000), sean iniciativas legales del Poder Ejecutivo o del Poder Legislativo, no alteraron el tratamiento tributario aplicable a la enajenación de acciones o títulos valor efectuada por personas físicas no residentes en México o personas morales de nacionalidad extranjera no establecidas en dicho país descrito en los párrafos precedentes. Estas disposiciones incorporaron requisitos y/o limitaciones al régimen fiscal alternativo del citado supuesto imponible. Así, se puede destacar, entre las más importantes, la presentación de un dictamen formulado por contador público registrado ante las autoridades fiscales, en el que se indique que el cálculo del impuesto está de acuerdo con las disposiciones fiscales; y, para el acogimiento de dicho régimen, los contribuyentes no pueden ser residentes de un país que sea considerado como jurisdicción de baja imposición fiscal o de un país en el que rige un sistema de tributación territorial. Destaca también la incorporación de una regla aplicable a las reestructuraciones de sociedades emisoras de acciones pertenecientes a un mismo grupo a fin de que éstas puedan ser autorizadas por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público a transmitir acciones a un valor distinto del que hubieran usado partes independientes comparables, siempre que dicho valor no sea inferior a su costo fiscal, se otorgue la autorización con anterioridad a la reestructuración y el enajenante no resida en una jurisdicción de baja imposición fiscal. Se observa además el incremento de la tasa de 30% a 40% sobre la ganancia determinada en el caso de optar por el régimen fiscal alternativo de la enajenación de acciones o títulos valor llevada a cabo por

personas físicas no residentes en México o personas morales de nacionalidad extranjera no establecidas en dicho país.

El 3 de abril de 2001 el Poder Ejecutivo del Gobierno de Vicente Fox Quesada (2000-2006) propone a la Cámara de Diputados del Congreso de México, una iniciativa de Nueva Ley del Impuesto sobre la Renta como parte de una reforma hacendaria. En relación con el régimen fiscal de los residentes en el extranjero con ingresos provenientes de riqueza ubicada en territorio mexicano, principalmente, se proponía establecer una tasa de retención general del 25% en sustitución de la gran dispersión de tasas existentes para entonces, salvo a aquellos ingresos que por su propia naturaleza debían encontrar una retención substancialmente menor; y, reformular el régimen de reestructuraciones de sociedades emisoras de acciones pertenecientes a un mismo grupo. Es importante resaltar que ambas modificaciones tenían como propósito impedir prácticas de elusión fiscal internacional mediante la cual el contribuyente sitúa el hecho imponible en aquel ordenamiento tributario cuya aplicación le resulta más favorable. Precisamente, en el primer caso, esta modificación planteada tenía como finalidad impedir la elusión del pago del Impuesto a la Renta cuando el residente en el extranjero calificaba fiscalmente su prestación de servicios adoptando la forma del concepto de ingreso al cual se le aplicaría la tasa de retención más baja, lo cual, a su vez, incrementaba las cargas administrativas y los costos de cumplimiento; y, en cuanto a la cuestión de la reestructuración corporativa, habiendo sido detectadas operaciones por medio de las cuales se enajenaban acciones de sociedades mexicanas en forma indirecta acogiéndose al régimen fiscal alternativo de la enajenación de acciones o títulos valor, sin efectuar pago alguno por concepto del Impuesto sobre la Renta, se propone la reforma sustancial de dicho régimen con el propósito de frenar esta práctica de elusión fiscal, estableciéndose que en el caso de reestructuraciones corporativas se diferiría el pago del impuesto desde el momento en que se efectúe el acto corporativo, hasta aquel en el que los bienes transmitidos salgan del grupo, no siendo posible que ninguna transferencia de acciones a través de esta figura se encuentre exenta.

Poco después de la presentación de esta iniciativa, el Poder Ejecutivo soportaría las consecuencias de la elusión fiscal internacional más polémica puesta de conocimiento público en México. El 17 de mayo de 2001 el Grupo Financiero Banco Nacional de México y la Casa de Bolsa Acciones y Valores (Banamex-Accival) y Citigroup anunciaron que habían llegado a un acuerdo para integrar sus operaciones, acordando la adquisición total del capital

del primero de ellos por el segundo mediante una operación de compra-venta llevada a cabo en la Bolsa Mexicana de Valores. El hecho de que el Banco Nacional de México fuera uno de los principales beneficiarios del controvertido rescate bancario efectuado por el Gobierno de Ernesto Zedillo Ponce de León tras la crisis económica de 1994-1995 propició diversas discusiones con respecto a los beneficios de dicha operación para los intereses de México. La razón de esas discusiones tenía su soporte en el hecho de que el indicado rescate bancario fue financiado con los recursos públicos del Fondo Bancario de Protección al Ahorro (Fobaproa), precisamente, entre otros objetivos, para asegurar que las instituciones bancarias quedasen en manos de mexicanos; y, la reputación de las partes involucradas, por un lado, de acuerdo con una investigación ordenada por el Congreso Mexicano en 1998, el Banco Nacional de México no requería ser favorecido con el citado rescate bancario; y, por su parte, era de conocimiento público las dudosas prácticas bancarias de Citigroup en el resto del mundo. Desde luego se suscitó el análisis fiscal de la transacción, estableciéndose que la misma se estaría simulando como una oferta pública de acciones en la Bolsa Mexicana de Valores cuando en realidad se tenía pactada la operación entre sujetos previamente identificados, con la manifiesta finalidad de que esta transacción quede exenta de impuestos. En efecto, se exceptuaba del pago del Impuesto sobre la Renta, los ingresos obtenidos por la enajenación de acciones o títulos valor cuando la misma se realice a través de la Bolsa Mexicana de Valores siempre que dichos títulos fueran de los que se coloquen entre el gran público inversionista.

Se ha comentado en apartados anteriores las acciones del Poder Ejecutivo de los Gobiernos de Chile y Perú frente a situaciones de elusión fiscal internacional que, por su envergadura, fueron puestos de conocimiento público, las mismas que, sea por la influencia de la opinión pública o por una auténtica defensa de los intereses de los Estados, impulsaron iniciativas legales para incorporar las discutidas operaciones internacionales como hechos imponible respecto de las rentas de fuente chilena o peruana, respectivamente, previstas en su Ley sobre el Impuesto a la Renta. De la misma forma como sucedió en Perú, la moción legal en el caso mexicano no fue iniciativa del Poder Ejecutivo, toda vez que, a pesar de la oposición de la Comisión Permanente del Congreso de la Unión, el 3 de agosto de 2001, la Secretaría de Hacienda y Crédito Público autoriza la compra de Banamex por Citigroup por un monto de 12 mil 447 millones de dólares bajo la justificación de que tal operación permitiría la consolidación del sector financiero, indispensable para el desarrollo económico de México; y, adicionalmente, emite también opinión sobre el aspecto fiscal de la

transacción, confirmando la exención fiscal en la discutida enajenación. Es así que se concreta la criticada transacción con la exención fiscal vigente para ese entonces. A la luz de lo anterior, el 29 de diciembre de 2001 la Comisión de Hacienda y Crédito Público de la Cámara de Diputados, responsable del análisis de la iniciativa legal presentada por el Poder Ejecutivo con fecha 3 de abril de 2001, expone la necesidad de la eliminación de la exención fiscal materia de debate, proponiendo que los intermediarios financieros efectúen una retención a la tasa del 5% sobre el ingreso obtenido, sin deducción alguna, o una tasa del 20% sobre la ganancia obtenida previo cumpliendo de ciertos requisitos.

Como resultado de lo anterior, siendo aprobada la moción legal presentada por la citada comisión, el texto normativo del artículo 190 en sustitución del anterior artículo 151 de la Ley del Impuesto sobre la Renta, publicada el 1 de enero de 2002, señala a la letra:

“Tratándose de la enajenación de acciones o de títulos valor que representen la propiedad de bienes, se considerará que la fuente de riqueza se encuentra ubicada en territorio nacional, cuando sea residente en México la persona que los haya emitido o cuando el valor contable de dichas acciones o títulos valor provenga en más de un 50% de bienes inmuebles ubicados en el país.

Se dará el tratamiento de enajenación de acciones o títulos valor que representen la propiedad de bienes, a la enajenación de las participaciones en la asociación en participación. Para estos efectos, se considerará que la fuente de riqueza se encuentra ubicada en territorio nacional, cuando a través de la asociación en participación de que se trate se realicen actividades empresariales total o parcialmente en México.

El impuesto se determinará aplicando la tasa del 25% sobre el monto total de la operación, sin deducción alguna.

La retención deberá efectuarse por el adquirente si éste es residente en el país o residente en el extranjero con establecimiento permanente en México. En el caso distinto, el contribuyente enterará el impuesto correspondiente mediante declaración que presentará ante las oficinas autorizadas dentro de los quince días siguientes a la obtención del ingreso.

Los contribuyentes que tengan representante en el país que reúna los requisitos establecidos en el artículo 208 de esta Ley y sean residentes de un país que no sea considerado por esta Ley como territorio con régimen fiscal preferente o como país en el que

rige un sistema de tributación territorial, podrán optar por aplicar sobre la ganancia obtenida, la tasa máxima para aplicarse sobre el excedente del límite inferior que establece la tarifa contenida en el artículo 177 de esta Ley; para estos efectos, la ganancia se determinará conforme a lo señalado en el Capítulo IV del Título IV de esta Ley, sin deducir las pérdidas a que se refiere el último párrafo del artículo 148 de la misma. En este caso, el representante calculará el impuesto que resulte y lo enterará mediante declaración en la oficina autorizada que corresponda a su domicilio dentro de los quince días siguientes a la obtención del ingreso.

Los contribuyentes que ejerzan la opción a que se refieren los párrafos anteriores, deberán presentar un dictamen formulado por contador público registrado ante las autoridades fiscales conforme a las reglas que señale el Reglamento de esta Ley, en el que se indique que el cálculo del impuesto se realizó de acuerdo con las disposiciones fiscales. Asimismo, deberá acompañarse, como anexo del dictamen, copia de la designación del representante legal.

Para los efectos del párrafo anterior, tratándose de operaciones entre partes relacionadas, el contador público deberá informar en el dictamen el valor contable de las acciones que se enajenan, señalando la forma en que consideró los elementos a que se refiere el inciso e) de la fracción I del artículo 215 de esta Ley, en la determinación del precio de venta de las acciones enajenadas.

Cuando el contador público no dé cumplimiento a lo dispuesto en este artículo, se hará acreedor de las sanciones previstas en el Código Fiscal de la Federación.

Tratándose de ingresos por la enajenación de acciones que se realice a través de Bolsa Mexicana de Valores concesionada en los términos de la Ley del Mercado de Valores, y siempre que dichos títulos sean de los que se coloquen entre el gran público inversionista conforme a dichas reglas generales, el impuesto se pagará mediante retención que efectuará el intermediario financiero, aplicando la tasa del 5% sobre el ingreso obtenido, sin deducción alguna.

Los contribuyentes que enajenen las acciones a que se refiere el párrafo anterior, podrán optar por que el intermediario financiero efectúe la retención aplicando la tasa del 20%, sobre la ganancia proveniente de la enajenación de dichas acciones. Para estos



efectos, la ganancia proveniente de la enajenación de acciones se determinará conforme a lo dispuesto en el artículo 24 de esta Ley.

Los intermediarios enterarán las retenciones efectuadas conforme a los dos párrafos anteriores, según se trate, ante las oficinas autorizadas, a más tardar el día 17 del mes inmediato siguiente a aquél en el que se efectúe la enajenación correspondiente.

No se pagará el impuesto a que se refiere este artículo, cuando el enajenante sea persona física y siempre que se trate de las acciones por cuya enajenación no se esté obligado al pago del impuesto sobre la renta en los términos de la fracción XXVI del artículo 109<sup>7</sup> de esta Ley.

Tratándose de la enajenación de acciones de sociedades de inversión de renta variable, el impuesto se pagará mediante retención que efectuará el intermediario financiero, aplicando la tasa del 5% sobre el ingreso obtenido, sin deducción alguna; los contribuyentes podrán optar por que el intermediario financiero efectúe la retención aplicando la tasa del 20%, sobre la ganancia proveniente de la enajenación de dichas acciones, siempre que la misma sea determinada conforme a lo dispuesto en el artículo 25 de esta Ley. En el caso de sociedades de inversión de renta variable a que se refiere el artículo 93 de esta Ley, se estará a lo dispuesto en el artículo 195 de la misma.

En el caso de adquisición por parte de residentes en el extranjero de acciones o títulos valor que representen la propiedad de bienes a que se refiere el primer párrafo de este artículo, las autoridades fiscales podrán practicar avalúo de la operación de que se trate y si éste excede en más de un 10% de la contraprestación pactada por la enajenación, el total de la diferencia se considerará ingreso del adquirente, en cuyo caso se incrementará su costo por adquisición de bienes con el total de la diferencia citada. El impuesto se determinará aplicando, sobre el total de la diferencia sin deducción alguna, la tasa máxima para aplicarse sobre el excedente del límite inferior que establece la tarifa contenida en el artículo 177 de esta Ley, debiéndolo enterar el contribuyente mediante declaración que presentará ante las oficinas autorizadas dentro de los quince días siguientes a la notificación que efectúen las autoridades fiscales, con la actualización y los recargos correspondientes.

---

<sup>7</sup> El referido artículo dispone que las personas físicas no pagarán el impuesto sobre la renta por la obtención de ingresos derivados de la enajenación de acciones emitidas por sociedades mexicanas en bolsa de valores concesionada en los términos de la Ley del Mercado de Valores o de acciones emitidas por sociedades extranjeras cotizadas en dichas bolsas de valores, siempre que cumplan ciertos requisitos previstos en el mismo artículo de la LISR.

Lo dispuesto en este párrafo será aplicable independientemente de la residencia del enajenante.

En las adquisiciones a título gratuito, el impuesto se determinará aplicando la tasa del 25% sobre el valor total de avalúo de las acciones o partes sociales, sin deducción alguna; dicho avalúo deberá practicarse por persona autorizada por las autoridades fiscales. Se exceptúan del pago de dicho impuesto los ingresos que se reciban como donativos a que se refiere el artículo 109 fracción XIX inciso a) de esta Ley.

Tratándose de valores que sean de los que se coloquen entre el gran público inversionista conforme a las reglas generales que al efecto expida el Servicio de Administración Tributaria cuando se enajenen fuera de bolsa, las autoridades fiscales considerarán la cotización bursátil del último hecho del día de la enajenación, en vez del valor del avalúo.

Tratándose de reestructuraciones de sociedades pertenecientes a un grupo, las autoridades fiscales podrán autorizar el diferimiento del pago del impuesto derivado de la ganancia en la enajenación de acciones dentro de dicho grupo. En este caso, el pago del impuesto diferido se realizará dentro de los 15 días siguientes a la fecha en que se efectúe una enajenación posterior con motivo de la cual las acciones a que se refiera la autorización correspondiente queden fuera del grupo, actualizado desde que el mismo se causó y hasta que se pague. El valor de enajenación de las acciones que deberá considerarse para determinar la ganancia será el que se hubiese utilizado entre partes independientes en operaciones comparables, o bien tomando en cuenta el valor que mediante avalúo practiquen las autoridades fiscales.

Las autorizaciones a que se refiere este artículo solamente se otorgarán con anterioridad a la reestructuración, y siempre que el enajenante o el adquirente no residan en un territorio con régimen fiscal preferente o en un país con el que México no tenga en vigor un acuerdo amplio de intercambio de información. Si el enajenante o el adquirente residen en un país con el que México no tiene en vigor un acuerdo amplio de intercambio de información, se podrá obtener la autorización a que se refiere este párrafo, siempre que el contribuyente presente un escrito donde conste que ha autorizado a las autoridades fiscales extranjeras a proporcionar a las autoridades mexicanas información sobre la operación para efectos fiscales.

Asimismo, las autorizaciones a que se refiere el párrafo anterior, podrán estar condicionadas al cumplimiento de los requisitos que para tal efecto se establezcan en el Reglamento de esta Ley.

Para los efectos de los párrafos anteriores, se considera grupo el conjunto de sociedades cuyas acciones con derecho a voto representativas del capital social sean propiedad directa o indirecta de una misma persona moral en por lo menos 51%.

Tratándose de las reestructuraciones antes referidas, el contribuyente deberá nombrar un representante legal en los términos de este Título y presentar, ante las autoridades fiscales, un dictamen formulado por contador público registrado ante dichas autoridades, en los términos que señale el reglamento de esta Ley, en el que se indique que el cálculo del impuesto se realizó de acuerdo con las disposiciones fiscales. Asimismo, el contribuyente deberá cumplir con los requisitos establecidos en el Reglamento de esta Ley.

Asimismo, el contribuyente autorizado deberá presentar ante la autoridad competente la documentación comprobatoria que ampare que las acciones objeto de la autorización no han salido del grupo de sociedades. Dicha información deberá presentarse dentro de los primeros 15 días del mes de marzo de cada año, posterior a la fecha en la cual se realizó la enajenación, durante todos los años en que dichas acciones permanezcan dentro de dicho grupo. Se presumirá que las acciones salieron del grupo si el contribuyente no cumple en tiempo con lo dispuesto en este artículo.

Cuando de conformidad con los tratados celebrados por México para evitar la doble tributación, no se pueda someter a imposición la ganancia obtenida por la enajenación de acciones, como resultado de una reorganización, reestructura, fusión, escisión u operación similar, dicho beneficio se otorgará mediante la devolución en los casos en que el contribuyente residente en el extranjero no cumpla con los requisitos que establezca el Reglamento de esta Ley”.

Posteriormente, durante el Gobierno de Vicente Fox Quesada, el 8 de setiembre de 2004 su Poder Ejecutivo somete a consideración una iniciativa legal para reformar, adicionar, derogar y establecer diversas disposiciones fiscales, entre otras, la LISR. Como parte de esta iniciativa, habiendo sido detectadas ciertas prácticas elusivas adoptadas por los residentes en el extranjero, en materia de enajenación de acciones o títulos valor efectuada por ellos, se proponía incluir como criterio de fuente de riqueza, cuando se enajene en forma

indirecta acciones que representen inmuebles situados en México; e, incorporar como supuesto de enajenación de acciones, la constitución de uso o usufructo sobre acciones. Concluido el proceso legislativo, con las sugerencias de la Comisión de Hacienda y Crédito Público, el aludido artículo 190 fue modificado, siendo incluido en el decreto de la materia publicado el 1 de diciembre de 2004.

Por lo anterior, la enajenación de acciones o títulos valor, entre otras, de sociedades anónimas efectuada por personas físicas no residentes en México o personas morales de nacionalidad extranjera no establecidas en dicho país califica como un hecho imponible respecto de las rentas de fuente mexicanas previstas en la Ley sobre el Impuesto a la Renta, cuando la sociedad emisora de tales valores sea mexicana o cuando el valor contable de dichas acciones, emitidas por personas morales residentes en el extranjero, provenga directa o indirectamente en más de un 50% de bienes inmuebles ubicados en México.

En comparación con los presupuestos de hecho incorporados en la legislación interna de Chile y Perú con el objeto de dar término a ciertas prácticas elusivas de orden internacional efectuadas por sujetos residentes en el extranjero cuando éstos interponen una sociedad intermedia situada en otro Estado para llevar a cabo una enajenación de acciones o derechos representativos de capital de sociedades constituidas en uno u otro Estado, con el propósito de sortear la imposición en el Estado de la fuente, el hecho imponible complementario incorporado por el legislador mexicano está circunscrito a que los valores de tales acciones provengan en más de un cincuenta (50) por ciento de bienes inmuebles ubicados en su territorio. No podía ser de otra manera, pues, este hecho imponible complementario complementa o perfecciona el supuesto imponible introducido en 1991, mediante el cual se homologó el tratamiento tributario de las ganancias de capital obtenidas en la enajenación de bienes inmuebles con aquellas ganancias que se lograrían de la enajenación de acciones que representan la propiedad de tales bienes.

Es conocido el ambicioso Plan Nacional de Desarrollo 2007-2012 instaurado por el Gobierno de Felipe de Jesús Calderón Hinojosa (2006-2012) cuyo fin último era la promoción de un desarrollo humano integral y sustentable de la población mexicana. Uno de los objetivos de la política tributaria para la competitividad incluido en dicho plan era contar con una hacienda pública responsable, eficiente y equitativa que promueva el desarrollo en un entorno de estabilidad económica. En ese orden de ideas, el 20 de junio de 2007 el Secretario de Hacienda y Crédito Público presenta a la Cámara de Diputados del Congreso

de la Unión las propuestas que darían inicio a la Reforma Integral de la Hacienda Pública en México. Este conjunto de propuestas fue denominado por el Poder Ejecutivo del Gobierno como “Reforma Hacendaria por los que Menos Tienen”. Dentro de estas propuestas, en línea con la finalidad de reducir o eliminar exenciones fiscales, combatir la evasión y la elusión fiscal, tratándose del tratamiento tributario de las ganancias de capital aplicable a las personas morales residentes en México, se plantea limitar la deducibilidad de las pérdidas de capital obtenidas por la enajenación de acciones y de otros títulos valor en el caso de que las sociedades controladoras lleven a cabo dichas transacciones con un afán especulativo, y se trate de acciones de sociedades que se adquieren y venden sin la finalidad de incorporarlas al grupo de interés económico, no siendo coherente con el régimen de consolidación fiscal del Impuesto sobre la Renta. En la medida que la citada reforma fue sometida al estudio, análisis y dictamen de la Comisión de Hacienda y Crédito Público de la Cámara de Diputados, esas labores tomaron en consideración las iniciativas legales de los diputados relativas con la materia objeto de dictamen, entre otras, se propone acotar la exención en el Impuesto sobre la Renta sobre las ganancias de personas físicas por enajenación de acciones en bolsa de valores reconocidas, toda vez que los contribuyentes estarían abusando del citado beneficio fiscal a pesar de haber sido introducido ciertos requisitos para ejercer el derecho de uso de la referida exención fiscal en el 2002. Tanto la propuesta presentada por el Poder Ejecutivo como aquella planteada por el Diputado Juan Nicasio Guerra Ochoa fueron compartidas por la indicada Comisión en su dictamen del 12 de setiembre de 2007. Tal como se sostiene en dicho dictamen, en el primer caso, “para el caso de aquellas transacciones que efectúen las sociedades controladoras de acciones emitidas por sociedades ajenas al grupo de consolidación fiscal, se permitirá la deducción de las pérdidas que se sufran, únicamente contra las utilidades que por el mismo concepto obtenga la sociedad controladora, es decir, aquí será aplicable un régimen cedular para las sociedades controladoras, igual al que se aplica a todos los demás contribuyentes”; y, en cuanto al segundo caso, considerando que la exención fiscal busca fomentar el mercado de valores y no incentivar las operaciones de compra y venta de empresas a través de bolsas de valores, se determina que “los ingresos obtenidos por la persona o grupo de personas, que directa o indirectamente tengan 10 por ciento o más de las acciones representativas del capital social de las empresas emisoras, a que se refiere el artículo 111 de la Ley del Mercado de Valores, no estén exentos cuando éstos enajenen, durante un periodo de doce meses, el 10 por ciento o más de las acciones pagadas de la emisora en operaciones

simultáneas o sucesivas”. Por otra parte, en relación con la exención fiscal aplicable a la enajenación de acciones o títulos valor a que se refiere el décimo tercer párrafo del artículo 190, la Comisión enmendó una laguna o imperfección en el texto normativo del mismo según los siguientes términos:

“No se pagará el impuesto a que se refiere este artículo, cuando el enajenante sea una persona física o una persona moral y siempre que se trate de acciones o de títulos que representen exclusivamente acciones, por cuya enajenación no se esté obligado al pago del impuesto sobre la renta en los términos de la fracción XXVI del artículo 109 de esta Ley ni cuando se trate de la enajenación de acciones de sociedades de inversión de renta variable, siempre que la totalidad de las acciones que operen dichas sociedades se consideren exentas por su enajenación en los términos de la citada fracción XXVI del artículo 109. Tampoco se pagará el impuesto a que se refiere este artículo, por los ingresos que deriven de la enajenación en bolsas de valores ubicadas en mercados reconocidos a que se refiere la fracción II del artículo 16-C del Código Fiscal de la Federación de países con los que México tenga en vigor un tratado para evitar la doble tributación, de acciones o títulos que representen exclusivamente acciones, emitidas por sociedades mexicanas, siempre que por dicha enajenación no se esté obligado al pago del impuesto sobre la renta en términos de la fracción XXVI del artículo 109. En estos casos, no se efectuará la retención a que se refiere el cuarto párrafo de este artículo”.

Las modificaciones anteriormente modificadas fueron incluidas en el decreto por el que se reforman, adicionan y derogan adicionan y derogan diversas disposiciones de la Ley del Impuesto sobre la Renta, del Código Fiscal de la Federación, de la Ley del Impuesto Especial sobre Producción y Servicios y de la Ley del Impuesto al Valor Agregado, y se establece el Subsidio para el Empleo publicado el 1 de octubre de 2007.

Así, las personas físicas o morales residentes en el extranjero que enajenaban acciones emitidas por sociedades mexicanas cuando su enajenación se realizaba a través de bolsas de valores concesionadas en los términos de la Ley del Mercado de Valores o de acciones emitidas por sociedades extranjeras cotizadas en dichas bolsas de valores, siempre que concurren los mismos supuestos de exención previstos para las personas físicas residentes en México, no estaban obligados al pago del Impuesto sobre la Renta.

Mediante la Ley de Ingresos de la Federación para el Ejercicio Fiscal de 2009 fue incorporada como exención fiscal del Impuesto sobre la Renta sólo para ese ejercicio, la opción de que las entidades de financiamiento residentes en el extranjero en las que participe en su capital social el gobierno federal, a través de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público o el Banco de México, paguen el impuesto que se cause por enajenación de acciones o títulos valor a que se refiere el artículo 190 de la LISR, con base en la ganancia determinada en los términos del sexto párrafo de dicho artículo. Posteriormente, con la finalidad de otorgar certeza jurídica a dichas entidades financieras residentes en el extranjero, fue prorrogada la mencionada exención fiscal con carácter permanente por decreto mediante el cual se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de las Leyes del Impuesto sobre la Renta, del Impuesto a los Depósitos en Efectivo y del Impuesto al Valor Agregado, del Código Fiscal de la Federación y del Decreto por el que se establecen las obligaciones que podrán denominarse en Unidades de Inversión; y reforma y adiciona diversas disposiciones del Código Fiscal de la Federación y de la Ley del Impuesto sobre la Renta, publicado el 7 de diciembre de 2009, a partir del 1 de enero de 2010.

En atención a que la finalidad de los textos normativos modificatorios promulgados durante el Gobierno de Felipe Calderón fue reducir o eliminar exenciones fiscales, combatir la evasión y la elusión fiscal, los mismos no incrementaron las hipótesis de fuente de riqueza respecto de los ingresos procedentes de la enajenación de acciones cuando esta es llevada cabo por personas no residentes en México, esto es, cuando sea residente en ese país la persona moral que haya emitido las acciones; o, cuando el valor contable de dichas acciones provenga directa o indirectamente en más de 50% de bienes inmuebles ubicados en México. En este sentido, la enajenación de acciones de sociedades anónimas efectuada por personas físicas no residentes en México o personas morales de nacionalidad extranjera no establecidas en dicho país califica como un hecho imponible cuando estas acciones hubiesen sido emitidas por una sociedad mexicana o cuando el valor contable de las mismas provenga directa o indirectamente en más de 50% de bienes inmuebles ubicados en México.

En términos del Plan Nacional de Desarrollo 2013-2018, el objetivo general del Gobierno de Enrique Peña Nieto es llevar a México a su máximo potencial. Para lograr ello, se establece como líneas de acción contenidas en el mismo, entre otras, hacer más equitativa la estructura impositiva para mejorar la distribución de la carga fiscal, así como adecuar el marco legal en materia fiscal de manera eficiente y equitativa para que sirva como

palanca del desarrollo. En este sentido, con la finalidad de fortalecer los ingresos públicos y simplificar el sistema fiscal mexicano, el 8 de setiembre de 2013 el Poder Ejecutivo presenta una iniciativa legal de decreto que reforme, adicione y derogue diversas disposiciones de la Ley del Impuesto al Valor Agregado, de la Ley del Impuesto Especial sobre Producción y Servicios, de la Ley Federal de Derechos y se expida un nuevo texto de la Ley del Impuesto sobre la Renta, ante la Cámara de Diputados del Congreso de México. En línea con el propósito de incrementar los ingresos públicos, entre otras propuestas, se plantea eliminar la exención del Impuesto sobre la Renta de las ganancias de capital de las personas físicas residentes en México provenientes de la enajenación de acciones cuando se realicen por medio de las bolsas de valores. Es de observarse que la supresión de dicha exención no sólo fue justificada con el constante argumento de gravar a aquellas personas físicas de mayores ingresos que están en capacidad de canalizar sus recursos a inversiones en el mercado de valores sino también en la necesidad de proteger la recaudación frente a actos que se traducen en una conversión del ingreso ordinario imponible en ganancias de capital exentas.

De la comparación que efectúa el legislador mexicano respecto de las tasas de imposición aplicables a las ganancias de capital en algunos países como Japón, Brasil, Chile, Estados Unidos, España, Australia, Alemania, Noruega, Reino Unido y Dinamarca, las cuales varían entre 10% a 42%, se propone que las personas físicas que obtengan ingresos por enajenación de acciones en las bolsas de valores, paguen un impuesto cedular de carácter definitivo, aplicando una tasa del 10% sobre las ganancias obtenidas por la enajenación de acciones emitidas por sociedades mexicanas cuando su enajenación se realice a través de bolsas de valores concesionadas en términos de la Ley del Mercado de Valores, de acciones emitidas por sociedades extranjeras cotizadas en dichas bolsas, incluidas las enajenaciones que se realicen mediante operaciones financieras derivadas de capital referidas a acciones colocadas en bolsas de valores concesionadas en términos de la Ley del Mercado de Valores o a índices accionarios que representen a las citadas acciones. Asimismo, cuando la enajenación de acciones emitidas por sociedades mexicanas o de títulos que representen exclusivamente a dichas acciones, se realice en bolsas de valores o mercados reconocidos de países con los que México tenga en vigor un tratado para evitar la doble tributación. El impuesto propuesto se causaría al momento de obtener las ganancias de capital mediante la enajenación de las acciones, es decir, mediante flujo, y no al momento de devengarlas.



Para el legislador mexicano, en la medida que el tratamiento tributario de la enajenación de acciones efectuada por personas físicas residentes en México se equipara con aquel establecido para aquella enajenación llevada a cabo por personas físicas o morales no residentes en dicho país, la eliminación de la exención antes mencionada también resulta aplicable para los residentes en el extranjero, respecto de sus ingresos procedentes de esta fuente de riqueza, razón por la cual, como parte de la mencionada iniciativa, se somete a consideración la reforma del texto normativo correspondiente del Título V “De los residentes en el extranjero con ingresos provenientes de fuente de riqueza ubicada en territorio nacional”.

Concluido el proceso legislativo, con las sugerencias de la Comisión de Hacienda y Crédito Público, la citada reforma del tratamiento tributario de las ganancias de capital obtenidas por las personas físicas residentes o personas físicas o morales no residentes en México fue aprobada como parte de la iniciativa legal presentada por el Poder Ejecutivo. El 11 de diciembre de 2013 fue publicado el decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Ley del Impuesto al Valor Agregado; de la Ley del Impuesto Especial sobre Producción y Servicios; de la Ley Federal de Derechos, se expide la Ley del Impuesto sobre la Renta, y se abrogan la Ley del Impuesto Empresarial a Tasa Única, y la Ley del Impuesto a los Depósitos en Efectivo. Así, con los cambios introducidos en la LISR, en el caso específico de la enajenación de acciones por parte de residentes en el extranjero, el texto normativo de los párrafos reformados del artículo 161 en sustitución del anterior artículo 190, dispone a la letra lo siguiente:

“Tratándose de ingresos por la enajenación de acciones emitidas por sociedades mexicanas que se realice a través de las bolsas de valores concesionadas o mercados de derivados reconocidos en los términos de la Ley del Mercado de Valores, y siempre que dichas acciones sean de las que se coloquen entre el gran público inversionista conforme a dichas reglas generales, o de acciones emitidas por sociedades extranjeras cotizadas en dichas bolsas de valores o mercados de derivados, o títulos que representen dichas acciones o índices accionarios que se enajenen en dichas bolsas de valores o mercado de derivados, incluidas las enajenaciones que se realicen mediante operaciones financieras derivadas de capital señaladas en el artículo 16-A del Código Fiscal de la Federación, referidas a acciones colocadas en bolsas de valores concesionadas o en mercados de derivados reconocidos en términos de la citada Ley o a índices accionarios que representen

las citadas acciones, el impuesto se pagará mediante retención que efectuará el intermediario del mercado de valores, aplicando la tasa del 10% sobre la ganancia proveniente de la enajenación de dichas acciones o títulos. Para estos efectos, la determinación de la ganancia proveniente de la enajenación de dichas acciones o títulos, se realizará por cada transacción, utilizando el procedimiento de cálculo establecido en los párrafos tercero y cuarto del artículo 129 de esta Ley, según corresponda, sin deducir las pérdidas a que se refiere el párrafo noveno de dicho artículo.

Para efectos del pago del impuesto a que se refiere el párrafo anterior, el intermediario del mercado de valores efectuará la retención y entero del impuesto que corresponda ante las oficinas autorizadas, a más tardar el día 17 del mes inmediato siguiente a aquél en el que se efectúe la enajenación correspondiente. La retención o el entero del impuesto que se efectúe tendrá el carácter de pago definitivo del impuesto por la ganancia derivada de dicha enajenación. No se estará obligado al pago del impuesto por la enajenación cuando el contribuyente sea residente en un país con el que se tenga en vigor un tratado para evitar la doble imposición. Para estos efectos, el contribuyente deberá entregar al intermediario un escrito bajo protesta de decir verdad, en el que señale que es residente para efectos del tratado y deberá proporcionar su número de registro o identificación fiscal emitida por autoridad fiscal competente. En caso que el residente en el extranjero no entregue esta información, el intermediario deberá efectuar la retención que corresponda en términos del párrafo anterior”.

De la misma forma como sucedió en el Gobierno de Felipe Calderón, los textos normativos modificatorios promulgados en el Gobierno de Enrique Peña Nieto (2013-2018) no han incrementado las hipótesis de fuente de riqueza respecto de los ingresos procedentes de la enajenación de acciones cuando esta es llevada cabo por personas no residentes en México, esto es, cuando sea residente en ese país la persona moral que haya emitido las acciones; o, cuando el valor contable de dichas acciones provenga directa o indirectamente en más de 50% de bienes inmuebles ubicados en México.

Por lo tanto, la enajenación de acciones de sociedades anónimas efectuada por personas físicas no residentes en México o personas morales de nacionalidad extranjera no establecidas en dicho país califica como un supuesto imponible cuando estas acciones hubiesen sido emitidas por una sociedad mexicana o cuando el valor contable de las mismas provenga directa o indirectamente en más de 50% de bienes inmuebles ubicados en México,

siendo de aplicación una tasa del 25% sobre el monto total de la operación, sin deducción alguna; o, si se trata de contribuyentes que sean residentes en el extranjero cuyos ingresos no estén sujetos a un régimen fiscal preferente o no sean residentes en un país en el que rige un sistema de tributación territorial, pueden optar por determinar el Impuesto sobre la Renta aplicando una tasa del 35% sobre la ganancia obtenida por la enajenación de acciones, siempre que cumplan ciertos requisitos señalados en la LISR, entre otros, presentar un dictamen formulado por contador público registrado ante las autoridades fiscales en el que se indique que el cálculo del Impuesto sobre la Renta se realizó de acuerdo con las disposiciones fiscales.

No se puede dejar de mencionar que, tratándose de reestructuración de sociedades pertenecientes a un grupo, las autoridades fiscales mexicanas podrán autorizar el diferimiento del pago del Impuesto sobre la Renta derivado de la ganancia en la enajenación de acciones dentro de dicho grupo<sup>8</sup>. En este caso, el pago del impuesto diferido se realizará dentro de los quince días siguientes a la fecha en que se efectúe una enajenación posterior con motivo de la cual las acciones a que se refiera la autorización correspondiente quedan fuera del grupo, actualizado desde que el mismo se causó y hasta que se pague.

---

<sup>8</sup> Es definido como grupo, el conjunto de sociedades cuyas acciones con derecho a voto representativas del capital social sean propiedad directa o indirecta de una misma persona moral en por lo menos 51%.

### 3. CONVENIOS PARA EVITAR LA DOBLE IMPOSICIÓN

#### 3.1. Consideraciones generales

Todo Estado soberano, en el ejercicio de su potestad tributaria, establece el régimen fiscal mediante el cual obtendrá los recursos necesarios para cumplir con la satisfacción de las necesidades públicas.

Buhler (1968) entiende que, “en principio la soberanía no tiene un significado distinto en el campo del Derecho Fiscal del que tiene en otras ramas jurídicas, a saber, la facultad total y exclusiva de un Estado de mandar a través de la propia voluntad manifestada frente a los demás Estados en la competencia única que le asiste para realizar actos legislativos, ejecutivos y judiciales dentro de su ámbito de poder territorial”.

En relación con la potestad tributaria, Villegas (2002) señala que, “ésta implica la facultad de generar normas mediante las cuales el Estado puede compeler a las personas para que le entreguen una porción de sus rentas o patrimonios para atender las necesidades públicas. Asimismo, agrega que, desde el punto de vista jurídico, el ejercicio de la potestad tributaria no reconoce más límites que los que derivan de los preceptos constitucionales”. En ese mismo sentido, Pérez (2011) afirma que, “si bien el poder tributario es la facultad jurídica del Estado para crear tributos, esa facultad debe ejercerse en el marco normativo, propio de un Estado de Derecho”. Ello supone que la potestad tributaria no se puede ejercer en forma discrecional, siendo el límite del ejercicio de la misma, los principios constitucionales reconocidos por cada Estado.

Ahora bien, como bien advierten Meza y Barrera (2016), “cada Estado tiene que elegir el sistema tributario que más le convenga, lo que implica decidir, no sólo la fuente que pretenden gravar (capital, ingreso o consumo), la forma en que lo hará (tipo de contribución aplicable) y los elementos de la contribución (sujeto, objeto, base o tasa y época de pago), sino también debe elegir el criterio que utilizará para vincular al sujeto (contribuyente) con el Estado, con el fin de que este último pueda imponerle gravámenes y exigir el cumplimiento de obligaciones fiscales”.

Es precisamente el criterio de vinculación o el alcance del mismo por parte de cada Estado, lo que puede originar que las rentas obtenidas por una persona resulten sujetas a imposición en dos o más Estados. En efecto, la doctrina reconoce una pluralidad de criterios, los mismos que pueden ser adoptados por los Estados por razones de múltiples índoles.

Generalmente, una renta puede estar sujeta a imposición por aplicación de un criterio subjetivo, personal o directo, en función de la nacionalidad o la residencia de la persona quien la obtiene; o, por el uso de un criterio objetivo, real o indirecto, en base al lugar de la fuente productora de la citada renta. Esto implica que, tratándose del criterio subjetivo, la renta obtenida por la persona se encuentra sometida a imposición independientemente de la ubicación de la fuente productora de dicha renta. En contraste, conforme con el criterio objetivo, el Estado grava la renta producida dentro de su territorio sin tomar en cuenta la nacionalidad o residencia de la persona titular de la indicada renta.

En consecuencia, si un Estado acoge el criterio subjetivo, y el otro se adhiere al criterio objetivo, las rentas obtenidas por un contribuyente se encontrarán sujetas a imposición en ambos Estados. De la misma forma, si en las legislaciones de cada Estado, existe diferencias en la conceptualización o la materialización de los referidos criterios, también se podrá originar más de una imposición fiscal sobre las rentas producidas por un contribuyente. Por ello, se entiende cuando Villegas (2002) plantea que “la diversidad de criterios lleva a su coexistencia en el ámbito internacional, y de esa coexistencia deriva la principal causa de la doble imposición”. Ciertamente, la doble imposición, se produce cuando dos o más Estados, en ejercicio de su potestad tributaria, gravan a un mismo sujeto respecto de una misma renta y en un mismo periodo de tiempo, impuestos de similar naturaleza.

El término “doble imposición” se usa aun cuando las potestades tributarias sean ejercidas en forma simultánea en más de un Estado. Tal definición, además, representa una doble imposición jurídica. Como es sabido, la doble imposición internacional también se produce desde una perspectiva económica, en la medida que es posible que una misma renta sea gravada por más de un Estado a pesar que la misma sea obtenida por personas distintas. Sin embargo, es de precisar que en el presente estudio sólo se referirá sobre el concepto de doble imposición jurídica.

No es difícil darse cuenta que la doble imposición jurídica trae consecuencias tanto en el ámbito jurídico como económico, razón por la cual desde los primeros años del siglo

XIX las instituciones u organismos internacionales se han preocupado en proponer a los Estados, medidas, métodos o procedimientos para evitar dicha doble imposición. Es por ello, tal vez, que una de las medidas más aceptadas por los Estados, aunque conlleve la renuncia total o parcial de su potestad tributaria, es la celebración de convenios fiscales bilaterales siguiendo los lineamientos del Modelo de Convenio Fiscal sobre la Renta y sobre el Patrimonio (Modelo de Convenio) elaborado por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE).

México, Chile y Perú han celebrado sus convenios aplicando en términos generales los referidos lineamientos, pero efectuando ciertas desviaciones conforme su ordenamiento jurídico interno y a políticas tributarias previamente definidas a la negociación de los mismos.

En el presente capítulo abordaremos los aspectos teóricos de los convenios para evitar la doble imposición, sus antecedentes históricos, su jerarquía en el ordenamiento jurídico interno de Chile, México y Perú, así como la interpretación de los mismos como del Modelo de Convenio elaborado por la OCDE.

### **3.2. Definición**

Los convenios para evitar la doble imposición son tratados internacionales mediante los cuales dos Estados acuerdan las reglas de distribución de su potestad tributaria con la finalidad, principalmente, de evitar la doble imposición jurídica internacional. A este respecto, Muñoz (2015) precisa que “los convenios para evitar la doble imposición son acuerdos internacionales celebrados entre dos Estados, a través de los cuales las partes contratantes distribuyen sus potestades tributarias, renunciando en algunos casos a ella, a fin de que una renta o capital sólo quede gravado en un Estado (el de fuente o residencia) o bien, en ambos, aunque en algunos casos limitando tal gravamen en alguno de ellos, generalmente el Estado de fuente”.

Naturalmente, estos convenios como actos jurídicos mediante los cuales se manifiesta el acuerdo de voluntades de dos Estados, son fuentes del Derecho Internacional Público; y, como tales, se rigen por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (Convención de Viena). Es conocido que la Convención de Viena fue el resultado

de largos años de estudio de la Comisión de Derecho Internacional (CDI) de las Naciones Unidas con el ánimo de establecer un régimen jurídico que regule los actos jurídicos celebrados por los Estados en sus relaciones con otros Estados que permita asegurar el cumplimiento de las obligaciones contraídas, así como la estabilidad de las relaciones internacionales. La Convención de Viena fue celebrada el 23 de mayo de 1969 y ratificada por México, Chile y Perú en los años de 1975, 1981 y 2000, respectivamente.

Ya antes de la celebración de la Convención de Viena, el Tribunal Permanente de Justicia Internacional reafirmaba en sus sentencias el ineludible respeto a las obligaciones nacidas de los tratados. Igualmente, las Naciones Unidas reconocía el respeto a los tratados como uno de los principios fundamentales del Derecho Internacional Público. Por lo cual, siendo indiscutible la trascendencia de este principio, el CDI de las Naciones Unidas propone reconocerlo expresamente en el texto de la mencionada convención en los siguientes términos: “*Pacta Sunt Servanda*. Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplida por ellas de buena fe”. Es así que fue aprobado el texto del conocido artículo 26 de la Convención de Viena.

En este sentido, celebrado un convenio para evitar la doble imposición y siendo éste un tratado internacional, los Estados contratantes estarán obligados a respetar los compromisos asumidos en el mismo de buena fe en cumplimiento de los preceptos de la Convención de Viena.

### **3.3. Objetivos**

La OCDE manifiesta que la finalidad de los convenios para evitar la doble imposición es promover los intercambios de bienes y servicios y los movimientos de capitales y personas mediante la eliminación de la doble imposición internacional; sin embargo, admite que los mismos no deben facilitar la elusión y la evasión fiscales.

Por su parte, la doctrina estima necesario efectuar una distinción entre los objetivos primarios o directos y los objetivos secundarios o indirectos de los convenios internacionales. Existe consenso en calificar como objetivos primarios o directos, el evitar la doble imposición e impedir la evasión fiscal internacional. Y en el caso de los objetivos secundarios o

indirectos, estos cumplen propósitos de diversa índole en función de la política económica del Gobierno que suscribe los citados convenios.

En Chile, por ejemplo, de acuerdo con el Mensaje N° 195-339 del 19 de enero de 1999, remitido por el Poder Ejecutivo del Gobierno de Eduardo Frei Ruiz-Tagle, con el que se inicia el proyecto de acuerdo que aprueba el “Convenio entre la República de Chile y los Estados Unidos Mexicanos para evitar la doble imposición e impedir la evasión fiscal en materia de Impuestos sobre la Renta y al Patrimonio y su protocolo”, suscrito en Santiago el 17 de abril de 1998, los objetivos perseguidos por este convenio son los siguientes:

- Reducir la carga tributaria total a la que estén afectos los contribuyentes que desarrollan actividades transnacionales entre los Estados contratantes;
- Asignar los respectivos derechos de imposición entre los Estados contratantes;
- Otorgar estabilidad y certeza a dichos contribuyentes, respecto de su carga tributaria total y de la interpretación y aplicación de la legislación que les afecta;
- Establecer mecanismos que ayuden a prevenir la evasión fiscal;
- Crear procedimientos que permitan el intercambio entre las autoridades fiscales de los Estados contratantes;
- Establecer un mecanismo para solucionar las controversias que pudiera generar su aplicación; y,
- Establecer mecanismos para evitar la doble tributación respecto de ciertos tipos de rentas.

De la misma forma, estos objetivos con algunas variaciones no significativas en su texto fueron señalados en el Mensaje N° 47-348 del 30 de setiembre de 2002 por el Poder Ejecutivo del Gobierno de Ricardo Lagos Escobar en la oportunidad de iniciar el primer trámite constitucional de aprobación del “Convenio entre la República de Chile y la República del Perú para evitar la doble tributación y para prevenir la evasión fiscal en relación al Impuesto a la Renta y al Patrimonio y su protocolo”, suscritos en Santiago, el 8 de junio de 2001, y el protocolo modificadorio del convenio, suscrito en Lima, el 25 de junio de 2002.

Se aprecia que los objetivos de evitar la doble imposición jurídica e impedir la evasión fiscal internacional no son los únicos objetivos que persiguen los Estados para celebrar los convenios internacionales. Sin embargo, es de observarse que únicamente los denominados objetivos primarios o directos son manifestados en el texto del tratado; y, en ese sentido,



estos serán tomados en cuenta para la interpretación del mismo como lo decreta la citada Convención de Viena. En efecto, conforme con el párrafo 1 de su artículo 31, un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin. A este respecto, aceptando la estrecha relación entre el contexto del tratado y los objetivos y fines, se puede entender lo mencionado por Moyano (1985) citando a Pérez Vera, “se ha podido decir que es gracias al fin indicado en las declaraciones de voluntad que todo el convenio toma una unidad de sentido objetivo”, para añadir que “una cláusula incluso razonablemente clara no puede ser interpretada literalmente, si de este modo se llega a un resultado contrario al propósito del tratado”.

Es importante reiterar que, como se analizará en la Sección 3.6 “Interpretación”, el objeto y fin no son elementos autónomos de interpretación; y, con todo y su importancia, los mismos no son suficientes para resolver las posibles dudas que pudieran surgir de los textos normativos de los convenios para evitar la doble imposición.

### **3.4. Antecedentes históricos**

Es reconocido el trabajo iniciado por la Sociedad de las Naciones en 1921 sobre el estudio y análisis de la problemática de la doble imposición internacional. Como refieren Morales y Vázquez (2013), “en la Conferencia de Bruselas de 1920 se encomendó a la Sociedad de las Naciones un análisis sobre la doble tributación con la finalidad de facilitar las operaciones de crédito y evitar la misma, pues ésta constituía un obstáculo a las inversiones en el extranjero”. Sin embargo, es importante anotar que el Instituto de Derecho Internacional fue el primer organismo que abordó la citada problemática, específicamente, en materia de sucesiones, emitiendo el denominado informe Barclay en 1897. En mi opinión, el aporte del indicado informe es, por un lado, la justificación de la doble imposición en aquellos casos en que la riqueza participa de la protección de ambos Estados; y, por otro lado, establecer que los bienes inmuebles se someterían al impuesto sucesorio en el Estado de su ubicación, no en el Estado de domicilio del difunto.

En coherencia con los criterios antes mencionados, en 1923 el Comité Financiero de la Sociedad de las Naciones fue de opinión que el mejor criterio a seguir, para evitar la doble imposición, es de la dependencia económica, siendo dos factores decisivos que permiten establecer cuándo existe tal dependencia: i) la situación de los bienes u origen de la renta, y, ii) el domicilio o lugar donde la riqueza se consume y dispone. Sobre el particular, como resaltan Pérez y Torres (2016) “los financistas mantenían la postura de que el ingreso y las propiedades deberían ser gravados de conformidad con el vínculo económico de los sujetos u objetos gravados, en lugar del vínculo político del sujeto, lo cual había dominado en los sistemas de tributación vigentes hasta ese momento”. El informe de los financistas fue fundamento del informe de los técnicos administrativos de la Sociedad de las Naciones. Tal como describen Rinsche y Vicente (1970), “los peritos técnicos aceptan la discriminación entre los llamados impuestos reales y los denominados impuestos personales a la renta o al patrimonio. Cuando se trata de impuestos reales se reconoce al Estado en que se halla la fuente de renta, el derecho de imponer tributos; y, en relación con los impuestos personales, se otorga competencia para gravar la renta neta total, al país del domicilio del contribuyente, sin perjuicio de establecer ciertas derogaciones y excepciones cuando esas rentas provienen de fuentes situadas en otros países. En este último caso, el Estado del domicilio del sujeto pasivo debe efectuar un desgravamen proporcional al tributo que se ha pagado en el extranjero”.

El Comité de Expertos Técnicos en Doble Tributación y Evasión Fiscal presentaron el resultado final de su trabajo al Comité Financiero de la Sociedad de las Naciones mediante informe del 12 de abril de 1927. En congruencia con los criterios de los informes mencionados en los párrafos anteriores, el informe de 1927 recomienda las reglas de distribución de la potestad tributaria de los Estados contratantes en un proyecto de modelo de convenio para evitar la doble tributación.

No obstante, el esfuerzo de la Sociedad de las Naciones en lograr una solución de aceptación general por sus países miembros, sus recomendaciones –incluido el citado proyecto- no fueron aceptadas por la integridad de los países miembros asistentes a la Asamblea General de Expertos Gubernamentales llevada a cabo en Ginebra de 1928. Esto fundamentalmente sucedió porque los intereses de los países miembros desarrollados difería de aquellos intereses de los países en desarrollo respecto de la distribución de la potestad tributaria.

Bajo ese contexto, a fines de 1928 el Consejo de la Sociedad de las Naciones acordó la creación de un Comité Fiscal Especial, el cual organizó las conferencias regionales llevadas a cabo en México en 1940 y 1943 así como aquella realizada en Londres en 1946. En esta última conferencia, las resoluciones, recomendaciones, conclusiones y los proyectos de modelos de convenios aprobados en las primeras conferencias fueron revisadas con la finalidad de alcanzar un acuerdo definitivo sobre dichos proyectos, razón por la cual, en líneas generales, el citado documento se basa en los criterios o principios de aquellos proyectos propuestos en México, habiendo sido incorporado o modificado ciertas definiciones, supuestos de gravamen y la asignación de la potestad tributaria. Estas variaciones se producen como consecuencia de la postura de los países miembros asistentes, quienes representaban Estados exportadores de capital; y, en consecuencia, priorizaban el criterio de residencia para efectuar la atribución fiscal.

Dado que ninguno de estos proyectos de modelos de convenio fue aceptados completa y unánimemente, el trabajo iniciado por la Sociedad de las Naciones fue continuado por la Organización Europea de Cooperación Económica (OECE). Como refiere Tovillas (1996) esta organización, creada en 1946, “estaba ideada inicialmente como medio para canalizar la ayuda del plan Marshall para la reconstrucción europea en la posguerra y para agilizar los intercambios intraeuropeos a través de la Unión Europea de Pagos; no obstante ello, en la medida que el crecimiento de las relaciones económicas entre sus países miembros evidenció la importancia de adoptar medidas para evitar la doble imposición, asume un rol importante para proponer dichas medidas. Así, el Consejo de la Organización Europea de Cooperación Económica adoptó su primera recomendación relativa a la doble imposición, el 25 de febrero de 1955”.

El trabajo iniciado por el Comité Fiscal de la OECE fue proseguido por el comité fiscal de la OCDE a partir de 1960. Conforme con la introducción del Modelo de Convenio elaborado por esta última, desde 1958 a 1961 el Comité Fiscal emitió cuatro informes previos, antes de someter en 1963 su informe final, titulado “Proyecto de Convenio de Doble Imposición sobre la Renta y el Patrimonio”.

El 30 de julio de 1963, el Consejo de la OCDE adoptó una recomendación sobre la eliminación de la doble imposición y dirigió una llamada a los Gobiernos de los países miembros para que siguieran el proyecto de modelo de convenio cuando concluyeran o revisaran entre ellos convenios bilaterales. Es de resaltar que este proyecto constituye el

primer modelo de convenio emitido por la OCDE; aunque, como sostienen varios autores, el mismo no implicó una significativa variación en los criterios recomendados en las anteriores propuestas.

La siguiente revisión del Modelo de Convenio tuvo lugar en 1971 por parte del Comité de Asuntos Fiscales de la OCDE, generando como resultado la publicación de un nuevo modelo y sus comentarios en 1977. Las principales novedades en este modelo se encuentran en la regulación del principio de no discriminación y en el de intercambio de información.

Toda vez que el proceso de revisión se efectuaba en forma continua, en 1991 el citado Comité de Asuntos Fiscales decidió cambiar de política respecto de la revisión del citado modelo, adoptando el concepto de un Modelo de Convenio dinámico que, tal como señala la misma organización, le permitiera actualizaciones y modificaciones periódicas y puntuales, sin esperar a una revisión completa.

Bajo ese formato se efectúa la publicación del Modelo de Convenio en 1992 con la denominación “Modelo de Convenio Fiscal sobre la Renta y sobre el Patrimonio”. Los cambios se producen en algunos artículos, las incorporaciones y/o modificaciones más importantes se producen en los comentarios de los artículos de dicho modelo. Así, por ejemplo, se introducen una serie de párrafos en los comentarios relacionados con el uso indebido del convenio, con la finalidad de proporcionar ejemplos a los negociadores; y, estos puedan, a su vez, tomar medidas en la celebración de los convenios para evitar el abuso de los mismos.

La última modificación a los artículos del Modelo de Convenio (incluido sus comentarios) se ha producido el 15 de julio de 2014. Las anteriores modificaciones fueron realizadas en 1994, 1995, 1997, 2000, 2003, 2005, 2008 y 2010.

Es importante mencionar que, conforme con la introducción del Modelo de Convenio elaborado por la OCDE, para cada uno de los artículos del convenio se formulan comentarios detallados con el fin de ilustrar o interpretar sus disposiciones. Asimismo, precisa que si bien los comentarios no están destinados en modo alguno a figurar como anexos a los convenios que se firmen por los países miembros que, a diferencia del modelo, son los únicos que constituyen instrumentos jurídicos vinculantes de carácter internacional,

pueden, no obstante, ser de gran ayuda en la aplicación e interpretación de los convenios y, en particular, en la resolución de controversias.

### **3.5. Primacía del Derecho Internacional por sobre el Derecho interno**

Como se ha mencionado, celebrado un convenio para evitar la doble imposición, los Estados contratantes estarán obligados a respetar los compromisos asumidos en el mismo de buena fe en cumplimiento de los preceptos de la Convención de Viena. Así, con el propósito de cumplir con las obligaciones internacionales contraídas, cada Estado contratante está también obligado a introducir en su legislación interna las modificaciones necesarias para asegurar la ejecución de los compromisos adquiridos.

Y precisamente para que no quede ni sombra de duda de la imposibilidad de un Estado contratante de invocar la ausencia de leyes u órganos nacionales como razón para el incumplimiento de sus compromisos internacionales asumidos o revocar los mismos por actos de su legislación interna o de sus órganos nacionales, el CDI de las Naciones Unidas sostuvo la conveniencia de otorgar carácter jurídico de norma a este principio en la misma forma como aconteció con el principio *pacta sunt servanda* contenido en el artículo 26 de la Convención de Viena. De ahí que fuera aprobado el texto del conocido artículo 27 de la citada Convención en los siguientes términos: “El derecho interno y la observancia de los Tratados. Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46”. Esto resulto sumamente importante, pues esta disposición normativa reafirma que un tratado válidamente celebrado es de riguroso cumplimiento para los Estados contratantes y cuyo incumplimiento supone una responsabilidad de carácter internacional.

Lo primero a ser dilucidado por el Estado contratante es la manera como los tratados serán incorporados a su ordenamiento jurídico interno para el cumplimiento de las obligaciones internacionales contenidas en ellos. La doctrina reconoce que es una cuestión de carácter constitucional. En Chile, México y Perú, su Constitución Política señala que los tratados serán celebrados por el Presidente de la República, sometidos a aprobación de sus

Congresos; y, una vez aprobados, ratificados por el Presidente de la República. Es de señalarse que concluido los procedimientos exigidos por su legislación interna para la entrada en vigor de un tratado, uno u otro Estado contratante se notifican el cumplimiento de los mismos a través de intercambio de notas diplomáticas, canje o depósito del instrumento de ratificación, adhesión o aceptación del mismo; y, en relación con los convenios para evitar la doble imposición, estos usualmente establecen que ellos entrarán en vigor en la fecha de recepción de la última notificación, a partir de la cual se incorporan al ordenamiento jurídico interno. En términos teóricos, se puede decir que, en Chile, México y Perú los tratados son de aplicación directa y automáticamente forman parte del ordenamiento jurídico interno al momento de su ratificación.

Lo segundo a ser resuelto por el Estado contratante es lograr que los textos normativos internacionales tengan plena eficacia en su ordenamiento jurídico interno. Es claro que dicho ordenamiento está compuesto por una multiplicidad de disposiciones normativas producidas por diversas fuentes, algunas de las cuales pueden llegar a colisionar perjudicando la coherencia del ordenamiento. Uno de los principios que permite solucionar estos conflictos es el principio de jerarquía de las normas pues este principio supone que una norma situada en un rango inferior no puede oponerse a otra de superior rango, razón por la cual mucho se ha discutido sobre la jerarquía normativa de los tratados en el ordenamiento jurídico interno de los Estados. La doctrina igualmente reconoce que esta segunda cuestión es de carácter constitucional. Lo cierto es que las Constituciones Políticas de Chile y México no indican expresamente la jerarquía normativa de los tratados frente a los textos normativos internos cuando no se alude a Derechos Humanos. La Constitución Política del Perú tampoco señala manifiestamente la jerarquía normativa de los tratados aun cuando los mismos versen sobre Derechos Humanos. Esto explica por qué las Cortes Supremas de Justicia o el Tribunal Constitucional de estos países han sido los encargados de dilucidar sobre la jerarquía normativa de los tratados.

En México, si bien la jurisprudencia no necesariamente fue uniforme en sus conclusiones en la década de los noventa, es de apreciar que, a partir de noviembre de 1999, en su tesis P.LXXVII/99 la Suprema Corte de Justicia de la Nación emitió su posición acerca de la jerarquía de los tratados internacionales, manifestando que éstos se encuentran en un segundo plano inmediatamente debajo de la Constitución y por encima del derecho federal y del local. Postura que fue reafirmada cuando se volvió a abordar la materia en abril

de 2007. En la tesis P.IX/2007 la Suprema Corte de Justicia de la Nación toma en consideración los principios del Derecho Internacional Público contenidos en los artículos 26 y 27 de la Convención de Viena. A este respecto, se puede citar a Pérez y Montaña (2011) quienes transcriben de esta sentencia, lo siguiente: “Se concluye que los tratados internacionales se ubican jerárquicamente debajo de la Constitución Federal y por encima de las leyes generales, federales y locales, en la medida en que el Estado Mexicano al suscribirlos, de conformidad con lo dispuesto en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre los Estados y las Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales y, además, atendiendo al principio fundamental de derecho internacional consuetudinario “*pacta sunt servanda*”, contrae libremente obligaciones frente a la comunidad internacional que no pueden ser desconocidas invocando normas de derecho interno y cuyo incumplimiento supone, por lo demás, una responsabilidad de carácter internacional”. Así pues, los tratados forman parte del ordenamiento jurídico interno ostentando un rango superior a las leyes generales, federales o locales en México.

En Chile, la supremacía de los tratados internacionales frente a las leyes internas también ha sido reconocida por la Corte Suprema de Justicia desde abril de 2002. En reiteradas oportunidades esta Corte ha afirmado que los principios del Derecho Internacional y las normas del Derecho consuetudinario forman parte del ordenamiento jurídico chileno con primacía sobre las leyes internas. Uno de los argumentos que justifica la decisión de la Corte es la transcrita por Aguilar (2009) de la sentencia de fecha 10 de mayo de 2007, Rol N° 3452-2006, en la cual se reconoce expresamente que la supremacía del Derecho Internacional alcanza a los principios generales en el siguiente texto: “también los principios internacionales, gozan de primacía constitucional, cuyo colofón-de acuerdo a una interpretación progresiva y finalista de la Constitución- es que prevalecen sobre la legislación interna, toda vez que se entiende que la prefieren, perfeccionan y complementan. Siendo, por lo mismo, tal normativa invocable por todos los individuos, atendido el compromiso moral y jurídico del Estado ante la comunidad internacional de respetarlos, promoverlos y garantizarlos”. Los otros argumentos de la Corte encuentran sustento en los aludidos artículos 26 y 27 de la Convención de Viena, mediante los cuales, en palabras de ella, la consecuencia de que una norma internacional no pueda afectarse en su validez por una norma interna se deriva del principio de la buena fe, y de igual forma el Estado no puede invocar su propio derecho interno para eludir sus obligaciones internacionales, pues de hacerlo comete un hecho ilícito que compromete la responsabilidad internacional del Estado.

A este respecto, se puede mencionar las sentencias que resuelven las demandas de indemnización de perjuicios sostenidas entre Renta Nacional Compañía de Seguros Generales S.A. con American Airlines, Rol N° 4394-05, y Renta Nacional Compañía de Seguros Generales S.A. con Ceballos Pérez, Alejandro, Kintetsu World Express Chile Limitada, Rol N° 5300-06, de fechas 3 de julio de 2007 y 24 de abril de 2008, respectivamente, las cuales versan sobre la vigencia del Convenio de Varsovia de 1929, promulgada en Chile en 1978, y publicado en el Diario Oficial el 13 de agosto de 1979, la argumentación de la Corte Suprema es del tenor siguiente: “la consecuencia de que una norma internacional no pueda afectarse en su validez por una norma interna se deriva del principio de la buena fe y del cumplimiento de los compromisos adquiridos que constituyen principios de ius cogenes codificados por la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados y que forma parte del ordenamiento jurídico chileno, constituyendo una limitación implícita en el ordenamiento jurídico a todos los operadores jurídicos internos. De forma tal que para dejar de aplicar debidamente un tratado internacional corresponde que previamente sea denunciado conforme a las normas que regulan esta materia”. También es de resaltar que, en ambas sentencias, como advierte Aguilar (2009), “queda de manifiesto la improcedencia jurídica de que una ley interna posterior derogue a un tratado internacional anterior”. Estos argumentos continúan siendo reafirmados por la Corte Suprema de Justicia de Chile. Milanca (2012) es quien reproduce parte de una sentencia de fecha 13 de enero de 2010, Rol N° 3069-08, lo alegado por esta Corte, “la consecuencia de que una norma internacional no pueda afectarse en su validez por una norma interna se deriva del principio de la buena fe y del cumplimiento de los compromisos adquiridos que constituyen principios de ius cogens codificados por la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados y que forma parte del ordenamiento jurídico chileno, constituyendo una limitación implícita en el ordenamiento jurídico a todos los operadores jurídicos internos”. Vemos, entonces, que la Corte Suprema de Justicia de Chile, reitera, a lo largo de los años, la supremacía del Derecho Internacional por sobre el derecho interno. Y, en consecuencia, de la misma forma como en México, son los jueces quien confirman que los tratados como parte del ordenamiento jurídico interno tienen un rango superior frente a las leyes emanadas en el mismo ordenamiento jurídico interno.

En Perú, el Tribunal Constitucional, en la sentencia de su pleno jurisdiccional N° 047-2004-AI/TC, del 24 de abril de 2006, en la resolución de la demanda de inconstitucionalidad interpuesta por don José Claver Nina-Quispe Hernández, en representación del Gobierno



Regional de San Martín, contra la Ley que faculta el nombramiento de los profesores aprobados en el concurso público autorizado por la Ley N° 27971 contra el Congreso de la República, manifiesta que “la validez en materia de justicia constitucional es una categoría relacionada con el principio de jerarquía normativa, conforme al cual la norma inferior será válida sólo en la medida en que sea compatible formal y materialmente con la norma superior”. En virtud de esa afirmación y asumiendo que el único modo posible de organizar el poder normativo del Estado es la categorización jerárquica del ordenamiento jurídico interno, el Tribunal establece una pirámide jurídica nacional en función de dos criterios rectores denominados las categorías y los grados. Estos últimos son los que exponen una jerarquía existente entre las normas pertenecientes a una misma categoría. Sobre las categorías, el aludido Tribunal distingue los tratados de Derechos Humanos de los demás tratados con el claro propósito que los primeros tratados sean incluidos en la denominada primera categoría empero en un tercer grado dentro de dicha categoría, el resto de los tratados se ubican en la segunda categoría, la cual no tiene previsto rangos entre las disposiciones normativas pertenecientes a esta categoría. Frente a este último escenario, el Tribunal invoca el principio de competencia normativa como “fundamental para explicar las relaciones y articulaciones que se pudieran presentar entre normas jurídicas que tienen un mismo rango y, en ese sentido ocupa un lugar central en la articulación horizontal del sistema de fuentes del derecho diseñado por la Constitución”. Y, por tanto, precisa que, con relación a los conflictos de disposiciones normativas del mismo rango, pero producidos por diferentes fuentes productoras, su articulación no puede sustentarse en el principio de jerarquía sino basado en el principio de competencia normativa. Es claro que los tratados no son producidos en el ordenamiento jurídico interno, sino que fueron incorporados al mismo porque así lo dispone la Constitución Política del Perú, encontrando su fuente productora en el ámbito del Derecho Internacional Público. De ahí que el legislador carece de competencia para alterar lo acordado por el Estado en un tratado del cual éste es una de las partes contratantes. Por ello, se entiende cuando el Tribunal expresa en la sentencia de su pleno jurisdiccional N° 679-2005-PA/TC, del 2 de marzo de 2007, en la resolución del recurso de agravio constitucional interpuesto por don Santiago Enrique Martín Rivas contra la resolución de la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República de Perú del 6 de octubre de 2004, que declaró improcedente su demanda de amparo contra el Consejo Supremo de Justicia Militar, que “La determinación de si las leyes son compatibles con los tratados no es un asunto que deba resolverse de manera aislada,

sino a partir de su integración. Ello es así por cuanto es necesario entender el Derecho Internacional como un Derecho de integración sobre la base de responsabilidad internacional de los Estados. Así, en función de dicha responsabilidad no se postula la derogación automática de las normas internas, en caso de conflicto con sus obligaciones en el plano internacional, ni el desconocimiento de estas últimas en el orden nacional, sino su armonización e integración”. En línea con esa interpretación, sostiene Villanueva (2014) que “las materias reservadas al tratado no pueden ser invadidas por la ley interna, uno y otro tipo de normas a pesar de su rango legal equivalente, no pueden superponerse”. En este sentido, aun cuando en Perú no se aplica el principio de jerarquía como acontece en Chile y México, sino el principio de competencia normativa, toda vez que para su Tribunal Constitucional los tratados como parte del ordenamiento jurídico interno posee un rango equivalente a las leyes producidas en el mismo, en caso de conflictos entre los tratados y las leyes peruanas, las disposiciones normativas del primero no pueden ser dejadas sin efecto por las segundas en tanto los tratados están reservados para su regulación por normas especiales propias del Derecho Internacional.

Todo lo anterior permite comprobar que en Chile, México y Perú, son sus órganos nacionales quienes han concluido que en cumplimiento de las disposiciones normativas emanadas de su legislación interna no pueden sustraerse a las obligaciones que impone el Derecho Internacional Público a los tratados válidamente celebrados y cuyo incumplimiento supone una responsabilidad internacional del Estado contratante, asegurando, en consecuencia, la plena eficacia de los textos normativos de los tratados en el ordenamiento jurídico interno de los aludidos Estados.

Como uno podrá percatarse, en la medida que los convenios para evitar la doble imposición son tratados internacionales que se rigen por el Derecho Internacional Público, resulta plenamente aplicable lo precedentemente expuesto.

Es conocida la relación que existe entre las disposiciones normativas de la legislación interna y aquellas establecidas en los citados convenios para evitar la doble imposición en cuanto las primeras preceptúan las hipótesis de incidencia tributaria sujetas a imposición en un Estado contratante, las segundas eliminan o limitan tal imposición en función de las reglas de distribución de la potestad tributaria acordadas por los Estados contratantes. Idea en cierto modo expresada por Quibrera (2011), cuando señala que “sin duda interactúan en forma clara y directa con la legislación doméstica, la cual contendrá los supuestos jurídicos

que prevén la generación de un hecho que esté sujeto a gravamen en un Estado contratante, mientras que los convenios de doble imposición respecto de dicho hecho gravado establecerán a quién compete la potestad tributaria para gravarlo, si al Estado en que se genera el ingreso (fuente) o bien el Estado en que reside la persona que obtiene el ingreso (residencia)". Naturalmente, esta relación no está exenta de conflictos u oposición entre los textos normativos dispuestos en los convenios para evitar la doble imposición y los que sean emitidos en la legislación interna de los Estados contratantes.

Frente a esta colisión de fuentes normativas, basado en las argumentaciones jurídicas de los órganos nacionales de Chile, México y Perú, es manifiesto que el cumplimiento de las disposiciones normativas contenidas en un convenio para evitar la doble imposición no sólo elimina o limita la potestad tributaria de los Estados contratantes sobre los hechos imposables previstos en su legislación interna a la entrada en vigor de dicho convenio, sino que igualmente prevalecen por sobre la legislación interna sobreviniente. Asimismo, se entiende que las disposiciones normativas internas no pueden alterar las reglas de distribución de la potestad tributaria establecidas en los textos normativos contenidos en los convenios para evitar la doble imposición.

### **3.6. Interpretación**

Hallivis (2007) propone considerar a la interpretación, "como la labor ineludible, espontánea o deliberada, que realiza el intérprete para, según el método que suscriba y la técnica que utilice, explicar, descubrir, decidir o atribuir el sentido o directiva de los textos normativos y, en su caso, determinar sus posibles consecuencias jurídicas, para, posteriormente, y justificando el resultado o producto de su labor interpretativa, poderlo exponer, traducir, revelar y/o aplicar, en su caso".

Es de aceptación general que los textos normativos necesitan de ser interpretados en forma previa a su aplicación con la finalidad de obtener el contenido normativo de los mismos. En otras palabras, como sostiene García (2006), "interpretar, significaría, por tanto, convertir los enunciados legales en verdaderas normas a partir de un producto mental". No obstante, para algunos, sólo el texto normativo que no sea claro puede ser sujeto de

interpretación; y, para otros, todo texto normativo requiere de ser interpretado aun cuando nos encontremos frente a una eventual disposición clara. En esta última posición, Hallivis (2007) señala que, “como muchos autores lo sugieren, que independientemente de lo relativo y aún subjetivo que resulta el concepto de claridad, que todas las disposiciones jurídicas, aún las más claras, tienen que ser interpretadas”. Coincido con esta posición en la medida que la interpretación es llevada a cabo por un intérprete quien, según los métodos y técnicas que adopte, llegará a un resultado; y, en consecuencia, entiendo que las disposiciones normativas, así se perciban claras o fáciles de interpretar, podrán tener no sólo una sino varias interpretaciones.

Otro aspecto que resalto de la definición sugerida por Hallivis está relacionado con el fin de la interpretación que persigue el intérprete. En efecto, la interpretación puede ser sumamente respetuosa del texto normativo, es decir, explicar lo que dijo el legislador o quien emitió el texto normativo; la interpretación puede pretender esclarecer el sentido de una disposición normativa; o, una interpretación en la cual el intérprete decide cuál es el contenido normativo del texto, es decir, va a atribuir o asignar contenido normativo a un texto. Ello, además, supone que el intérprete seleccionará el método y la técnica de interpretación que estime más adecuados para lograr su propósito.

Es ineludible que la labor de interpretación conlleve cierta carga de subjetividad; y, en la medida que el resultado de la misma puede determinar posibles consecuencias jurídicas, los Estados establecen disposiciones destinadas a regular las reglas o criterios de interpretación aplicables en su ordenamiento jurídico interno.

En lo que respecta a las disposiciones tributarias, como afirma Huamaní (2011) “éstas no son distintas de las demás normas de un ordenamiento jurídico; en tal sentido para su interpretación se puede utilizar cualquiera de los métodos admitidos por el Derecho. Así pues, agrega, toda la teoría general de la interpretación de las normas es íntegramente trasladable al Derecho Tributario”.

Tanto Chile como Perú comparten el entendimiento antes citado. Ello puede ser verificado en el Código Tributario de ambos Estados. Tratándose de Chile, como bien señala Pérez (2011), “el Código Tributario no contiene norma alguna sobre criterios o elemento de interpretación tributaria; por lo tanto, debemos atenernos a lo dispuesto en su artículo 2 que ordena, para estos casos, aplicar las normas de derecho común contenidas en leyes

generales o especiales”. Por su parte, en relación con Perú, la norma VIII de su Código Tributario establece, en su primer párrafo, que al aplicar las normas tributarias podrá usarse todos los métodos de interpretación admitidos por el Derecho.

No encontramos la misma claridad en relación con la aplicación de las reglas, criterios, elementos, métodos o técnicas de interpretación admitidas en derecho en México. Como advierte Calderón (2008), “pareciera que el legislador tributario mexicano, respecto de ciertas disposiciones fiscales, no considera las mismas como normas ordinarias; y, en consecuencia, para éstas sólo admite la interpretación estricta”. En estos términos se interpreta lo prescrito por el artículo 5 del Código Fiscal de la Federación, el mismo que establece que las disposiciones fiscales que establezcan cargas a los particulares y las que señalan excepciones a las mismas, así como las que fijan las infracciones y sanciones, son de aplicación estricta. Se considera que establecen cargas a los particulares las normas que se refieren al sujeto, objeto, base, tasa o tarifa. Agrega, en su segundo párrafo, que las otras disposiciones fiscales se interpretarán aplicando cualquier método de interpretación jurídica. A falta de norma fiscal expresa, se aplicarán supletoriamente las disposiciones del Derecho Federal común cuando su aplicación no sea contraria a la naturaleza propia del Derecho Fiscal.

Bajo ese contexto, la Suprema Corte de Justicia de la Nación y el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa de México, en aplicación de sus facultades atribuidas constitucionalmente, reconoce la posibilidad de usar cualquier método de interpretación admitido en Derecho al ámbito tributario en razón que la labor del intérprete no puede ser limitada al empleo de una aplicación estricta de las disposiciones fiscales aún cuando las mismas generen incertidumbre respecto de su contenido normativo.

Notamos, entonces, que, en materia de los convenios para evitar la doble imposición, si cada Estado contratante pudiese interpretar las disposiciones contenidas en los mismos en función de las reglas o criterios de interpretación previstos en su ordenamiento jurídico interno, no resultaría extraño que el resultado de interpretación de cada Estado posiblemente no permita lograr el objetivo primario de los convenios, esto es, solucionar el problema de la doble imposición. Lo cierto es que los referidos convenios como tratados internacionales son fuentes del Derecho Internacional Público y, como tales, se rigen por la Convención de Viena.

La doctrina reporta que la interpretación de un tratado internacional consiste en determinar el sentido de sus disposiciones normativas, a los fines de establecer el consensus de los Estados expresado en el tratado. También nos informa que existen dos teorías que pretenden explicar lo que se debe entender por el sentido de un tratado internacional. La primera teoría busca sobre todo la intención común de las partes y, la segunda procura fijar principalmente, el sentido corriente u ordinario de las palabras del texto. Por ello, es importante resaltar lo que reseña Moyano (1985) en cuanto que la CDI de las Naciones Unidas, en su informe final de 1966, precedente de la Convención de Viena, aclaró que "...el punto de partida de la interpretación consiste en elucidar el sentido del texto y no en investigar ab initio la intención de las partes". Este criterio es razonable teniendo en cuenta que el texto del tratado es la manifestación auténtica de la intención de las partes. Partiendo de este precepto, la Convención de Viena dispone que los elementos de interpretación obligatorios se refieren a los acuerdos entre las partes contenidas en el texto de los tratados en la oportunidad de su celebración o después de ese momento, estableciendo que los trabajos preparatorios o las circunstancias de la celebración de un tratado, los cuales no tienen el mismo carácter auténtico como elemento de interpretación, califican como medios complementarios de interpretación.

Conforme a lo mencionado, fueron desarrollados la regla general de interpretación y los medios de interpretación complementarios consagrados en los artículos 31 y 32 de la Sección Tercera de la Parte II "Celebración y entrada en vigor de los tratados" de la Convención de Viena, denominada "Interpretación de los Tratados", los mismos que resultan aplicables en la interpretación de los convenios para evitar la doble imposición.

### **3.6.1. Regla general de interpretación**

La regla general de interpretación contenida en el numeral 1 del artículo 31 de la Convención de Viena prescribe que un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin.

En primer lugar, el principio de buena fe en la interpretación de los textos normativos de los tratados es indispensable para que el principio *pacta sunt servanda* tenga un verdadero sentido. Ciertamente, el cumplimiento de buena fe de las obligaciones internacionales contraídas se complementa con la interpretación de lo realmente querido por las partes en el tratado, siendo que tal interpretación se orienta a considerar como principal, no las palabras del contrato, sino lo realmente acordado, de modo que surtan efecto las consecuencias consensuadas por las partes. Este entendimiento fue reafirmado por la CDI de las Naciones Unidas, creadores de la Convención de Viena, cuando manifiesta que el principio del efecto útil de los tratados está comprendido dentro del principio de buena fe y, tal como la define Moyano (1985), “este principio implica que la interpretación de una disposición de un tratado se debe hacer en tal forma que tenga un efecto, porque es lógico pensar que las partes discutieron su contenido, su redacción y finalmente se pusieron de acuerdo sobre ella, con mira a que tuviera una consecuencia, un efecto, teniendo como único límite el sentido natural de las palabras de la disposición que va a ser interpretada”. Es así pues como la doctrina reporta que uno de los criterios para efectuar la labor interpretativa de un tratado es elucidar lo realmente convenido por las partes en el texto del mismo sin que ello implique preponderar la literalidad de las palabras. Una idea de cómo la doctrina percibe este principio es el reportado por Novak (1995), “las partes deben, en cumplimiento de las convenciones portarse honestamente, lealmente; y, para ello es preciso “no atenerse únicamente a la letra del acuerdo”, sino ejecutar las convenciones “conforme a la intención de las partes y a los fines en vista de las cuales ella se formó”.

Por lo que se refiere a Chile, puedo mencionar que su Corte Suprema de Justicia, como anota Aguilar (2009), en el caso sobre la extradición pasiva de Alberto Fujimori Fujimori, Rol N° 3744-07, de fecha 21 de setiembre de 2007, expresa que “la interpretación de los tratados debe estar iluminada por el principio fundamental de la buena fe, que obliga a las partes a aplicar el tratado de forma razonable, de modo tal que su fin pueda ser logrado y del que deriva el dogma de la eficacia, esto es, cuando una disposición de la convención se presta a dos interpretaciones, una de las cuales permite darle efectos y la otra no, debe preferirse la primera”. De la misma forma, en su Resolución N° 1296 de fecha 13 de enero de 2009, reafirma que, “en términos generales, los tratados internacionales se suscriben y han de interpretarse y aplicarse de buena fe, de modo que surtan efectos en sus intenciones, cuidando siempre la ayuda mutua y el cumplimiento del principio permanente de la reciprocidad”. Esto significa que este órgano nacional incorpora en su análisis el antes

mencionado principio de efecto útil de los tratados como parte de la labor de interpretación de buena fe de los tratados.

En segundo lugar, se entiende que el sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos implica que cada uno de ellos no tiene un sentido que le sea propio, sino que éste depende de su uso dentro del contexto de un tratado o el tratado en su totalidad. Como nos comparte Moyano (1985), “por lo que respecta a la expresión “sentido corriente”, el consultor técnico de la conferencia manifestó que nada más lejos del ánimo de la CDI que sugerir que las palabras tengan por sí mismas un sentido intrínseco o de diccionario. La comisión, concluyó, insistió mucho en que el sentido corriente de las expresiones se desprende del contexto en que se utilizan, del contexto del tratado en su conjunto y del objeto y fin del tratado”. Es así pues como la doctrina reporta que los términos deben ser interpretados de acuerdo con su sentido natural y ordinario en el contexto en que ellos se encuentren. En este punto es importante mencionar que, bajo esa perspectiva, en la Convención de Viena se acuerda que, a manera de excepción, se dará a un término un sentido especial si consta que tal fue la intención de las partes y, precisamente por su cualidad de excepción, la misma requiere ser justificada. En ese orden de ideas, se aprueba el numeral 4 del artículo 31 de la Convención de Viena, el cual dispone que “se dará a un término un sentido especial si consta que tal fue la intención de las partes”.

Para llevar a cabo la interpretación antes mencionada, es necesario considerar el contexto de los tratados, el mismo que comprenderá, además de su texto, incluidos su preámbulo y anexos, conforme el numeral 2 del citado artículo 31 de la Convención de Viena, lo siguiente:

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

En tercer lugar, la interpretación que se efectúe incluso debe tener en cuenta el objeto y fin de los tratados. Ello refleja la aceptación del argumento teleológico en la interpretación de las disposiciones normativas contenidas en los convenios. Sin embargo, se debe tener en cuenta, como anota Jiménez de Arechaga citado por Moyano (1985), “la referencia que se hizo al objeto y fin del tratado obedeció al interés de dejar claramente



establecido que ellos son parte del contexto, pero no un elemento autónomo de interpretación, independiente del texto y en el mismo plano que éste, como sostienen los partidarios del método teleológico de interpretación”. Igualmente, Yasseen, también aludido por Moyano (1985) establece con mucha precisión que “la intención que se hace a la luz del fin y del objeto, como lo prevé la Convención de Viena, no disminuye el valor del texto, pues ellos no pueden ser fuente directa y única de exposición. Ellos, agrega, no son más que un elemento entre otros, en función de los cuales debe ser examinado el sentido susceptible de atribuirse a los términos”.

Ahora bien, el referido artículo 31 establece en su numeral 3 que juntamente, con el contexto, habrá de ser considerado:

- a) todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones;
- b) toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado;
- c) toda norma pertinente de Derecho Internacional aplicable en las relaciones entre las partes.

Acorde con esas disposiciones, destaca el hecho de que los acuerdos referidos no existen en la conclusión de un convenio; pero, lógicamente, si los mismos contienen el resultado de la interpretación efectuada por los Estados contratantes en un momento posterior a la entrada en vigor del convenio, ellos deben ser incluidos en la labor interpretativa del texto del convenio. Nótese, además, lo señalado por García (2006) en cuanto que los indicados acuerdos “son instrumentos orientados a tener en cuenta las manifestaciones interpretativas de las partes, por lo que constituyen una interpretación auténtica”. Es de recordar que la interpretación auténtica es la interpretación que efectúa el propio autor del texto normativo; y, como comparte Hallivis (2007), citando a Wróblewski, “generalmente se considera que la interpretación auténtica es tan válida como el mismo texto interpretado, a condición de que se mantenga la forma adecuada”. En ese sentido, como afirma Moyano (1985), “La Convención de Viena se refiere a la interpretación auténtica cuando tiene en cuenta la que hacen las partes en el tratado, bien por medio de un acuerdo posterior o bien con su comportamiento ulterior al mismo acto”.

A este respecto, tengo que añadir lo aclarado por el reconocido académico Michael Lang (2014) respecto de que las disposiciones establecidas “no pueden ser interpretadas como una autorización para alterar el contenido del convenio”. Asimismo, subraya que “la Convención de Viena distingue entre la interpretación, por un lado, y las enmiendas o modificaciones a un convenio, por otro”.

Sobre el tercer elemento referido a toda norma pertinente de Derecho Internacional aplicable en las relaciones entre las partes, puedo citar lo comentado por Jiménez de Aréchaga, nombrado por Moyano (1985), “se adoptó dejando de lado toda referencia de orden temporal, porque ello es una cuestión que debe permanecer abierta, pues depende de la intención de las partes; éstas pueden haber querido incorporar en un tratado ciertos conceptos jurídicos con una significación que ha de permanecer inalterada o bien pueden haber querido dar a ciertos términos un sentido, por así decirlo, elástico, abierto al cambio y susceptible de recibir el significado que pueda ir adquiriendo en un desarrollo ulterior el derecho internacional”.

Todo lo anterior pone de manifiesto que los textos normativos de los convenios deben ser interpretados dentro de sus propios contextos, no siendo necesario incluir en esa labor interpretativa la legislación interna de cada Estado contratante. Como apunta Calderón (2011), “no podría decirse que existe una operación hermenéutica válida si la misma no parte de la voluntad contractual de los Estados contratantes y que ha sido plasmada en los propios convenios”.

Sin perjuicio de ello, cabe precisar que los convenios para evitar una doble imposición contienen una disposición mediante la cual, para la aplicación del convenio por un Estado contratante en un momento dado, cualquier término o expresión no definida en el mismo tendrá, a menos que de su contexto se infiera una interpretación diferente, el significado que en ese momento le atribuya la legislación de ese Estado contratante, para los efectos de los impuestos a los que se aplica el presente convenio, prevaleciendo cualquier significado bajo la legislación impositiva aplicable en ese Estado contratante (o prevaleciendo el significado atribuido por la legislación impositiva sobre el que resultaría de otras ramas del Derecho de ese Estado).

### 3.6.2. Medios de interpretación complementarios

El artículo 32 de la Convención de Viena establece que se podrá acudir a medios de interpretación complementarios, en particular a los trabajos preparatorios del tratado y a las circunstancias de su celebración, para confirmar el sentido resultante de la aplicación del artículo 31, o para determinar el sentido cuando la interpretación dada de conformidad con el referido artículo:

- a) deje ambiguo u oscuro el sentido; o
- b) conduzca a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable.

Sobre el particular, la CDI de las Naciones Unidas, como nos refiere Moyano (1985), ha resaltado que “la palabra “complementario” denota que en este artículo no se admite la existencia de medios de interpretación independientes o autónomos sino sólo de medios que faciliten una interpretación ajustada a los principios enumerados en el artículo anterior (artículo 31)”. Ello supone que la disposición antes detallada, bajo ninguna circunstancia, posibilita omitir seguir la regla general de interpretación contenida en el citado artículo 31 en la labor interpretativa de los textos normativos de los convenios. Es decir, para la aplicación de los medios de interpretación complementarios, se necesita el resultado de interpretación obtenido conforme con la indicada regla general de interpretación. De esta forma, sólo después de haber obtenido dicho resultado, el intérprete podrá complementar su labor interpretativa en base a los trabajos preparatorios del tratado y a las circunstancias de su celebración.

Este artículo permite al intérprete apelar a la voluntad del contratante histórico. Vale decir, como manifiesta Hallivis (2007), citando a Mendoza, “dada una formulación normativa con significado controvertido, ella debe ser interpretada atendiendo a la voluntad del legislador, voluntad que se manifiesta en su exposición de motivos, preámbulos y trabajos preparatorios”. Es razonable, que cuando se busca determinar la intención del legislador para emitir un texto normativo, se tome en cuenta aquellos documentos que dieron lugar a la expedición de dicho texto. Moyano (1985) reseña que “Los trabajos preparatorios no fueron definidos ni por la CDI ni por la Conferencia de Viena, pues predominó la consideración de que si se procedía a ello podría ocurrir que fuesen excluidos elementos de prueba que pudiesen ser aplicables”. Entre los trabajos preparatorios citados por los juristas, se

menciona a las notas diplomáticas, declaraciones formuladas antes del comienzo de las negociaciones, proyecto del tratado con el que se inicia las negociaciones, instrucciones para las rondas de negociaciones, actas de las rondas de negociaciones, proyectos del tratado en vías de negociaciones e informes sobre las rondas de negociaciones.

En relación con los medios complementarios de interpretación conformado por las circunstancias de su celebración, como reseña Moyano (1985), su inclusión se basa en el entendido de que “con esta amplia expresión se pretende abarcar tanto las circunstancias contemporáneas como los antecedentes históricos de la conclusión del tratado”. Estas circunstancias pueden ser de carácter político, económico u otras que podrían ejercer normalmente cierta influencia en la actividad de los Estados contratantes en sus relaciones internacionales. A modo de ejemplo, puedo mencionar lo aludido por Quibrera (2011) en relación con los argumentos manifestados por la Suprema Corte de la India en un precedente resuelto en el 2003, este órgano sostenía que “los principios de interpretación de los tratados no son los mismos que en la interpretación de leyes domésticas. Un principio importante en la interpretación de los tratados es que los tratados son negociados y concluidos a un nivel político y tienen diversas consideraciones en su existencia, siendo la principal incrementar el comercio entre los países contratantes (...) En cualquier caso el treaty shopping deberá ser determinado y previsto por el gobierno al momento de la negociación del tratado y no por las cortes, ya que esto implica consideraciones políticas y económicas”. Justamente, para impedir que los órganos de justicia de los Estados, así como los tribunales internacionales preponderen el mérito interpretativo de las circunstancias de la celebración de un tratado frente a los textos normativos que contienen el acuerdo entre las partes, la CDI de las Naciones Unidas, creadores de la Convención de Viena, remarca su carácter de medios complementarios de interpretación.

Vale la pena reiterar, entonces, que para la aplicación de los medios de interpretación complementarios antes señalados, se necesita el resultado de interpretación obtenido conforme con la regla general de interpretación establecida en el multicitado artículo 31 de la Convención de Viena.

### **3.6.3. Modelo de Convenio Fiscal sobre la Renta y sobre el Patrimonio y sus comentarios**

El Modelo de Convenio elaborado por la OCDE no constituye un tratado internacional, sino, como señala la indicada organización, es un documento que tiene como objetivo principal ofrecer los medios para resolver sobre una base uniforme los problemas que se presentan con mayor frecuencia en el campo de la doble imposición jurídica. Asimismo, para cada uno de los artículos del convenio se formulan comentarios detallados con el fin de ilustrar o interpretar sus disposiciones.

Los mismos no son obligatorios para los países miembros de la citada organización, toda vez que su origen se ha realizado como una recomendación, no mediante una resolución obligatoria para los Estados miembros. Por ello, como advierte Sáinz (2010), “el Convenio Modelo de la OCDE y sus comentarios per se no son normas obligatorias de carácter internacional, que generen derechos y obligaciones para los Estados, incluso, en el caso de que sean miembros de la OCDE”.

En efecto, se puede apreciar que ciertas disposiciones de los convenios fiscales celebrados por los Estados, aun cuando éstos sean miembros de la OCDE, por razones de diversas índoles, toman distancia de aquellas recomendadas mediante el referido Modelo de Convenio elaborado por la OCDE.

No obstante, en la doctrina existe diversas posiciones sobre la naturaleza de dicho modelo y sus comentarios según los artículos 31 y 32 de la Convención de Viena, los cuales establecen la regla general de interpretación o los medios de interpretación complementarios aplicables en la interpretación de los tratados, lo cual implica atribuirles el carácter de obligatorios para la interpretación de los tratados en los que sean partes.

En relación con el Modelo de Convenio, algunos académicos, como Tovillas (1996), consideran que el mismo y sus comentarios tienen el valor de un trabajo preparatorio para la interpretación de los tratados efectivamente celebrados, siéndoles atribuido el carácter de mecanismos complementarios de interpretación. Opinión en contrario, estudiosos, como García (2006), sostienen que el Modelo de Convenio ostenta un valor jurídico superior al de meros trabajos preparatorios; y, en tanto sea un tratado internacional que siga sus reglas y,

en especial, si se ha concertado entre Estados miembros de la OCDE, el indicado modelo podría calificar como un instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado. Por su parte, Lang (2014) señala que, “con arreglo del numeral 4 del artículo 31 de la Convención de Viena, se dará a un término un sentido especial si consta que tal fue la intención de las partes, siendo posible argumentar que las partes tuvieron tal intención si adoptaron el texto del Modelo de Convenio sin alteraciones”.

En atención a los comentarios, como refiere Calderón (2011), “en 1991 Klaus Vogel afirmaba que los comentarios constituían el significado ordinario de los términos de los tratados fiscales, pues si los Estados partes utilizan los términos del Modelo de Convenio es porque existe un consenso respecto al significado ordinario de los términos utilizados en el mismo; sin embargo, dada la dinámica de cambios constantes en los mismos, para el año 2000 Vogel los consideraba como medios complementarios, dependiendo de qué comentarios eran los que se utilizaban”. Otra posición es sostenida por Frank Engelen quien, como nos reseña Sáinz (2010), señala que “los comentarios pueden servir para demostrar la existencia de una práctica entre los países miembros de la OCDE en la aplicación de sus tratados en materia fiscal, que si es suficientemente consistente y uniforme, puede establecer un acuerdo tácito relacionado con la aplicación de dichos tratados o la aplicación de sus disposiciones conforme a lo previsto en el párrafo 3 (b)”, a saber, toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado. Calderón (2011) nos comparte que “David Ward también es de la opinión de que los comentarios al Modelo de Convenio no son contexto para efectos del artículo 31 de la Convención de Viena e igualmente soporta la idea que la recomendación del Consejo de la OCDE tiene el carácter de no obligatoria y por lo que no habría razón para cambiarle ese carácter; incluso si se tratara de decir que es “soft-law” pues este concepto en Derecho Internacional implica precisamente que no son obligatorias”.

Como precisa Calderón (2011), “el soft-law se trata de instrumentos escritos no obligatorios que contienen o establecen principios internacionales o principios comúnmente aceptados en el ámbito internacional. La fuerza o importancia del soft-law no es intrínseca, sino que tienen una interdependencia o interrelación con los instrumentos jurídicos obligatorios (hard-law)”. En esa línea, la postura que sustenta Calderón (2011), en relación con la naturaleza jurídica de los comentarios, es que “si éstos reflejan en realidad el

consenso de los países miembros sobre la correcta interpretación y aplicación de los artículos de los tratados que se basan en el Modelo de Convenio, entonces su fuerza interpretativa debe ser considerada en el ámbito del Derecho Internacional como soft-law”.

Si bien aún no se llega a un consenso sobre la naturaleza jurídica del Modelo de Convenio y sus comentarios, notamos que si existe uniformidad de criterio en el reconocimiento de su valor interpretativo en los convenios para evitar la doble imposición celebrados siguiendo sus lineamientos.

Bajo esa perspectiva, se entiende la falta de coherencia interpretativa en esta materia por parte de la autoridad administrativa chilena que resalta Garate (2010), quien, en base de diversos oficios y circulares, desprende que “el Modelo de Convenio y sus comentarios tienen una fuerza normativa divergente: a) no son jurídicamente vinculantes; b) tienen algún grado de fuerza vinculante como fuente de jurisprudencia y doctrina; c) no son vinculantes, pero deben encuadrarse derechamente en el artículo 31 de la Convención de Viena; d) finalmente, aparecen como vinculantes y deben encuadrarse en el artículo 32 de la citada Convención”. En forma complementaria a lo anotado por Garate, puedo mencionar que, aun cuando la autoridad tributaria chilena continúa haciendo uso de los comentarios al Modelo de Convenio para la absolución de las consultas vinculadas con los convenios para evitar la doble imposición, en su análisis no efectúa mención respecto de la naturaleza jurídica de los mismos a partir del año 2011.

De la misma forma, en atención a las consultas institucionales o formuladas por los administrados, la autoridad tributaria peruana considera los citados comentarios en su labor interpretativa para atribuir el sentido y alcance de las disposiciones de los convenios para evitar la doble imposición, empero sin aportar una justificación de su incorporación a dicha labor.

Igualmente, en México, la Secretaría de Hacienda y Crédito Público reconoce el mérito interpretativo de los comentarios para la interpretación de los convenios firmados por el citado país, sin mencionar la naturaleza jurídica de los mismos, desde 1996. Efectivamente, mediante la regla 15 de la Resolución Miscelánea Fiscal<sup>9</sup> para 1996, publicada el 29 de marzo de 1996, la Secretaría de Hacienda y Crédito Público establece

---

<sup>9</sup> Es conocido que, en cumplimiento del inciso g) de la fracción I del artículo 33 del Código Fiscal de la Federación, las disposiciones de carácter general aplicables a impuestos son publicadas anualmente bajo la denominación “Resolución Miscelánea Fiscal”.

que “para la interpretación de los tratados celebrados por México para evitar la doble tributación, serán aplicables los Comentarios del modelo de convenio para evitar la doble imposición e impedir la evasión fiscal, a que hace referencia la recomendación adoptada por el Consejo de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico, el día 21 de septiembre de 1995 o aquélla que la sustituya, en la medida en que los mismos sean congruentes con las disposiciones de los tratados celebrados por México y de acuerdo con las explicaciones técnicas emitidas por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público”. Esta regla fue modificada en los dos años siguientes con el propósito de eliminar esta última exigencia para la aplicación de los comentarios en la interpretación de los convenios. Luego, mediante la Resolución Miscelánea Fiscal para 2011, publicada el 1 de julio de 2011, se varía la fecha de 21 de setiembre de 1995 a 23 de octubre de 1997. Posteriormente, con oportunidad de la emisión de la Resolución Miscelánea Fiscal para 2013, publicada el 28 de diciembre de 2012, la citada regla sufre una sustancial reforma que, entre otros cambios, precisa que los comentarios a los artículos del Modelo de Convenio serán aquellos a que hace referencia la recomendación adoptada por el Consejo de la OCDE el 23 de octubre de 1997, tal como fueron publicados después de la adopción por dicho Consejo de la octava actualización o de aquélla que la sustituya. Como puede apreciarse tras la incorporación de la aludida regla, no debe llamar la atención que la autoridad tributaria mexicana ampare sus criterios normativos en los referidos comentarios.

Por lo que se refiere a la jurisprudencia vinculada con la resolución de controversias en la aplicación de las reglas de distribución de la potestad tributaria de los convenios para evitar la doble imposición, el Tribunal Tributario y Aduanero de Chile y el Tribunal Fiscal de Perú han resuelto polémicas ligadas a la definición de regalías o a la imposición de los beneficios procedentes del transporte terrestre, marítimo y aéreo, respectivamente. En los argumentos jurídicos que soportan sus conclusiones no recurren a los comentarios del Modelo de Convenio como si fueron utilizados en los argumentos de la autoridad tributaria chilena o el administrado peruano.

En contraste, como nos comparte Sáinz (2010), en México, en el 2008 su Suprema Corte de Justicia sentenció que, “aun cuando los comentarios al modelo del convenio no son un tratado internacional ni son una fuente formal de Derecho Fiscal, no pueden desatenderse como una fuente de interpretación del contenido de las disposiciones de los tratados, siendo calificados, para tal efecto, como fuentes que doctrinalmente se denomina “ley suave” (“soft



law”, en inglés), entendido dicho concepto como referencia a instrumentos cuasi legales que, o bien no tienen fuerza vinculante, o la que lleguen a tener es de algún modo más débil que la legislación tradicional. Así, describe la sentencia, que en el contexto del Derecho Internacional, el término ley suave generalmente se refiere a acuerdos entre Estados que no llegan a calificar como Derecho Internacional en sentido estricto, entre los que se cuentan las directivas, comunicaciones y recomendaciones, entre otras, que son elaborados por algunas organizaciones internacionales con el objeto de establecer o codificar parámetros uniformes a nivel internacional”. De esta manera, la Suprema Corte de Justicia de México, a diferencia de los Tribunales Tributarios de Chile y Perú, ha adoptado una posición sobre la naturaleza jurídica de los comentarios para la interpretación de los convenios para evitar la doble imposición.

Resulta evidente que para interpretar las disposiciones normativas contenidas en los convenios para evitar la doble imposición, es necesario incorporar los comentarios del Modelo de Convenio elaborado por la OCDE en dicha labor interpretativa, independientemente de la posición que podamos compartir con alguno de los académicos o autoridades jurídicas o tributarias anteriormente mencionados, por lo cual, en el presente estudio haremos uso de ellos para apoyar nuestro análisis, según sea el caso.

## **4. CONVENIOS PARA EVITAR LA DOBLE IMPOSICIÓN RESPECTO DE LA GANANCIA DE CAPITAL EN LA ENAJENACIÓN DIRECTA E INDIRECTA DE ACCIONES DE SOCIEDADES ANÓNIMAS**

### **4.1. Consideraciones generales**

En los capítulos anteriores se abordó el desarrollo de la fiscalidad de las ganancias de capital procedentes de la enajenación directa e indirecta de acciones de sociedades anónimas llevada a cabo por personas no residentes en Chile, México y Perú. Asimismo, se ha explicado los aspectos teóricos de los convenios para evitar la doble imposición, sus antecedentes históricos, su jerarquía en el ordenamiento jurídico interno de Chile, México y Perú, así como la interpretación de los mismos como del Modelo de Convenio elaborado por la OCDE, en tanto, los citados Estados han celebrado sus convenios aplicando en términos generales los lineamientos de dicho modelo, pero efectuando ciertas desviaciones conforme su ordenamiento jurídico interno y a políticas tributarias previamente definidas a la negociación de los mismos. Todo ello nos permitirá en el presente capítulo exponer, comentar, analizar e interpretar la relación que existe entre las disposiciones normativas de la legislación interna que preceptúan los hechos imponibles vinculados con las indicadas ganancias de capital obtenidas en la enajenación indirecta de acciones de sociedades anónimas y las reglas de distribución de la potestad tributaria respecto de las mismas, consensuadas en los convenios para evitar la doble imposición celebrados por Chile con México y Perú así como también el suscrito por este último Estado con México, siendo que estas reglas podrían limitar o eliminar tal imposición establecida por los referidos supuestos imponibles, o si, por el contrario, esta imposición puede ser ejercida sin ninguna limitación en el Estado de la fuente o situación.

Sabido es que, siguiendo los lineamientos del Modelo de Convenio elaborado por la OCDE, en caso que las ganancias de capital sean obtenidas como consecuencia de la enajenación de bienes distintos a bienes inmuebles, bienes muebles que formen parte del activo de un establecimiento permanente o el mismo establecimiento permanente, buques o aeronaves explotados en tráfico internacional, o de embarcaciones dedicadas al transporte

por aguas interiores, o acciones que representen en más del 50 por ciento de su valor, de forma directa o indirecta, bienes inmuebles, la potestad tributaria sobre estas ganancias se asigna exclusivamente al Estado en el que resida la persona que efectúa la enajenación. Esta regla general supone que, tratándose de las ganancias de capital derivadas de la enajenación de acciones de una sociedad anónima (distintas de las que más del cincuenta por ciento (50%) de su valor, de forma directa o indirecta, de propiedad inmobiliaria situada en el otro Estado contratante o Estado de la fuente o situación), el derecho de imposición sobre estas ganancias será ejercido únicamente por el Estado en el que reside la persona que efectúa la enajenación y, por tanto, el Estado de la fuente o situación pierde su potestad tributaria.

Lógicamente, si la legislación interna del Estado de la fuente o situación ha incorporado como supuesto imponible, las ganancias de capital obtenidas por sujetos no residentes en ese Estado como resultado de la enajenación de acciones o derechos representativos del capital de empresas o sociedades residentes en dicho Estado, el Estado de la fuente o situación no podrá ejercer su derecho de imposición sobre dichas ganancias de capital. De la misma forma, el Estado de la fuente o situación pierde su potestad tributaria en caso hubiera incorporado como renta en su legislación interna, las ganancias de capital logradas por una persona no residente en ese Estado obtenidas de la enajenación de acciones, derechos u otros títulos valores representativos del capital de una sociedad residente, domiciliada o constituida en el extranjero, cuyo valor esté explicado sustancialmente por el valor de acciones, derechos u otros títulos valores representativos del capital de una empresa o sociedad residente, domiciliada o constituida en el citado Estado.

Teniendo en cuenta ese escenario, los Estados miembros de la OCDE cuando son países importadores de capital, celebran los convenios para evitar la doble imposición aplicando en términos generales los lineamientos del Modelo de Convenio elaborado por la OCDE, pero efectuando una manifiesta variación de la regla de distribución de las ganancias de capital derivadas de la enajenación de acciones o otros derechos representativos del capital de una sociedad, de tal modo, aseguren su potestad de gravarlas conforme lo previsto en las disposiciones normativas emanadas de su propio ordenamiento jurídico interno. En línea con esa tendencia, México y Chile, como países miembros de la OCDE, han enunciado reservas a la citada regla con la finalidad de retener parcial o totalmente su potestad tributaria respecto de las ganancias de capital obtenidas en la enajenación de

acciones u otros derechos representativos del capital de sociedades residentes en tales Estados. Por otro lado, aun cuando Perú no es un país miembro de la OCDE, su propuesta de convenio para evitar la doble imposición ha sido elaborada en base al modelo de la OCDE e incorporando algunos aportes del Modelo de la Organización de las Naciones Unidas (ONU). Así, específicamente, sobre la imposición de las ganancias de capital, precisa que se aleja de lo recomendado por la OCDE, dejando abierta la posibilidad de gravarlas en fuente.

Por lo tanto, lograr determinar si la imposición sobre las ganancias de capital derivadas de la enajenación indirecta de acciones de sociedades anónimas constituidas en Chile, México y Perú conforme las disposiciones normativas de su legislación interna, se encuentra limitada o eliminada en función de las reglas de distribución de la potestad tributaria acordadas por estos Estados respecto de los referidos supuestos imponibles, o si, por el contrario, esta imposición puede ser ejercida sin ninguna limitación en el Estado de la fuente o situación, implica ineludiblemente exponer, comentar, analizar e interpretar los textos normativos del artículo 13 “Ganancias de Capital” de los convenios para evitar la doble imposición celebrados por Chile con México y Perú así como también el suscrito por este último Estado con México.

En el presente capítulo, en primer lugar, explicaré detalladamente la evolución de la regla general de distribución de la potestad tributaria de las ganancias de capital conforme con las disposiciones normativas del Modelo de Convenio elaborado por la OCDE; y, en segundo lugar, aportaré una exposición, comentarios, análisis e interpretación de los citados textos normativos que me permitirá justificar mis conclusiones. Así también presentaré las posiciones contrarias de diversos autores durante los últimos años, siendo sus argumentos rebatidos por mi persona, según sea el caso.

## **4.2. Antecedentes históricos**

Toda vez que la integridad de los países miembros asistentes a la Asamblea General de Expertos Gubernamentales llevada a cabo en Ginebra de 1928 no aceptaron las recomendaciones –incluido el proyecto de modelo de convenio - de la Sociedad de las

Naciones, su Comité Fiscal Especial prosiguió el estudio de la doble imposición fiscal en las décadas siguientes. Para ello, entre otras acciones, contrató los servicios del abogado norteamericano Mitchell Benedict Carroll para revisar el indicado proyecto. Como resultado de su trabajo, Carroll sugiere incorporar reglas de distribución de la potestad tributaria de los Estados contratantes respecto de las ganancias de capital obtenidas en la enajenación de propiedad inmobiliaria y de activos de capital.

No obstante, la propuesta del proyecto de modelo de convenio de las Conferencias Regionales de México de 1940 y 1943, organizadas por el Comité Fiscal Especial de la Sociedad de las Naciones, sólo instaure la regla de distribución de la potestad tributaria de las ganancias provenientes de la venta o de la permuta de inmuebles, siendo éstas gravables únicamente en el Estado en que dichos inmuebles estén situados. Como se ha mencionado en el capítulo anterior, las resoluciones, recomendaciones, conclusiones y borradores de proyectos de modelo de convenio aprobados en estas conferencias fueron revisadas en la Conferencia Regional de Londres de 1946 con la finalidad de alcanzar un acuerdo definitivo sobre estos últimos documentos, razón por la cual, en líneas generales, este proyecto resultado de esta conferencia se basa en los criterios o principios de los modelos de convenio propuestos en México, habiendo sido incorporado o modificado ciertas definiciones, supuestos de gravamen y la asignación de la potestad tributaria. En ese sentido, la propuesta de modelo de convenio de Londres de 1946 incorpora una segunda recomendación vinculada con la distribución de la potestad tributaria de las ganancias provenientes de rentas o permutas de otros bienes que no sean inmuebles, que pertenezcan a una empresa industrial, comercial o agrícola o a cualquier otra empresa independiente, las mismas que serán gravables en aquel Estado en el cual se explota la empresa o se ejerce la actividad y al Estado del domicilio fiscal de las empresas dedicadas a la explotación de navíos o aeronaves en los transportes internacionales. Asimismo, incorpora una tercera recomendación relacionada con las ganancias provenientes de ventas o permutas de bienes de capital, distintos de los mencionados en la primera y segunda recomendación, no serán gravables sino en el Estado del domicilio fiscal del beneficiario.

Las reglas en mención, nos permite apreciar que los proponentes recogieron las sugerencias formuladas por Carroll en relación con las reglas de asignación de la potestad tributaria de las ganancias de capital con motivo de la venta o permuta de propiedad inmobiliaria, así como bienes (activos) de capital propiedad de una empresa o sociedad,

mediante las cuales el país de la fuente mantendría su derecho de imposición. Las ganancias de capital obtenidas en la venta o permuta de bienes distintos a ellos deberían ser gravados en el Estado contratante en donde el beneficiario tuviera su residencia fiscal. Estas reglas reafirman la aceptación del criterio de dependencia económica adoptado por el Comité Financiero de la Sociedad de las Naciones en 1923 para determinar las reglas de distribución de la potestad tributaria de cada Estado.

No es sino hasta 1963 que el Comité Fiscal de la OCDE (antes, Comité Fiscal de la OECE, sucesor del Comité Fiscal Especial de la Sociedad de las Naciones) presenta su informe final titulado “Proyecto de Convenio de Doble Imposición sobre la Renta y el Patrimonio”. Como he resaltado en el capítulo anterior, el mismo no implicó una sustancial variación en los criterios recomendados en las anteriores propuestas. Así, como se advierte de los comentarios de la presentación de dicho documento, en relación con la imposición de las ganancias de capital, estas rentas pueden gravarse sin limitación en el Estado de la fuente o situación cuando ellas derivan de la enajenación de bienes inmuebles situados en dicho Estado o de la enajenación de bienes muebles que formen parte del activo de un establecimiento permanente, o de bienes muebles que pertenezcan a una base fija que un residente de un Estado contratante tenga en el otro Estado contratante para la prestación de servicios personales independientes; y, sólo pueden someterse a imposición en el Estado de residencia del enajenante cuando obtenga ganancias derivadas de la enajenación de otros bienes, entre otros, las acciones u otros derechos representativos del capital de una sociedad. De la misma forma, con la publicación del Modelo de Convenio de 1977 por el Comité de Asuntos Fiscales de la OCDE, sucesor del Comité Fiscal de la OCDE, se precisa en un tercer párrafo que las ganancias derivadas de la enajenación de buques o aeronaves explotados en tráfico internacional, o de embarcaciones dedicadas al transporte por aguas interiores, sólo pueden someterse a imposición en el Estado en que esté situada la sede de dirección efectiva de la empresa.

No obstante que el Modelo de Convenio de 1963 no efectúa modificaciones trascendentes en las reglas de distribución de la potestad tributaria recomendadas por el Comité Fiscal de la OCDE, conviene resaltar dos aspectos que tienen una relevancia importante en relación con el alcance del artículo 13 “Ganancias de Capital”. El primer aspecto, la expresión “ventas o permutas de bienes” contemplados en el proyecto del modelo de convenio de Londres de 1946 fueron sustituidos por el enunciado “enajenación de

bienes”; y, conforme con los comentarios al artículo 13 relativo a la imposición de las ganancias de capital, en su párrafo 5, esta expresión comprende las ganancias de capital derivadas de la venta o la permuta de bienes, así como las derivadas de una enajenación parcial, de la expropiación, de las aportaciones a sociedades, de la venta de derechos, de la donación e incluso de la transmisión mortis causa. La contundencia de la definición del término “enajenación de bienes” nos permite percatarnos la ampliación de las operaciones involucradas dentro del alcance del aludido artículo. El segundo aspecto está referido a la inclusión en el segundo párrafo del artículo 13 “Ganancias de Capital” de los bienes muebles que pertenezcan a una base fija que un residente de un Estado contratante tenga en el otro Estado contratante para la prestación de servicios personales independientes, como consecuencia de la regla de distribución de la potestad tributaria de las rentas comprendida en el artículo 14 “Servicios Personales Independientes”.

El 29 de abril de 2000 fue modificado el segundo párrafo del artículo 13 “Ganancias de Capital” del Modelo de Convenio por el Comité de Asuntos Fiscales de la OCDE en línea con la supresión del artículo 14 “Servicios Personales Independientes”. Ciertamente, el citado artículo fue eliminado con base en el reporte denominado “Situaciones relacionadas con el artículo 14 del Convenio Modelo de la OCDE”, el cual fue adoptado por el Comité de Asuntos Fiscales el 27 de enero de 2000 y reproducido en el volumen II página R(16) de la versión extendida de los comentarios. La anulación de dicho artículo permitió acabar con los problemas de su aplicación e interpretación en oposición al artículo 7 “Beneficios empresariales” a causa de la similitud de tratamiento tributario cuando la prestación de servicios se llevaba a cabo en una base fija o un establecimiento permanente que un residente de un Estado contratante tenía en el otro Estado contratante. Ello nos permite entender la alteración del texto normativo del referido segundo párrafo:

*“Las ganancias derivadas de la enajenación de bienes muebles que formen parte del activo de un establecimiento permanente que una empresa de un Estado contratante tenga en el otro Estado contratante, ~~o de bienes muebles que pertenezcan a una base fija que un residente de un Estado contratante tenga en el otro Estado contratante para la prestación de servicios personales independientes~~ comprendidas las ganancias derivadas de la enajenación de dichos establecimiento permanente (sólo o con el conjunto de la empresa) ~~e base fija~~, pueden someterse a imposición en ese Estado”.*

El cuarto párrafo del citado artículo 13 fue reemplazado el 28 de enero de 2003 con el objeto de incorporar una disposición de naturaleza antiabuso para homologar el tratamiento de las ganancias obtenidas en la enajenación de bienes inmuebles con aquellas ganancias que se lograrían de la enajenación de acciones que representan la propiedad de tales bienes. Es claro que dicho párrafo propuesto por el Comité de Asuntos Fiscales de la OCDE tenía como finalidad interrumpir el uso indebido de las reglas de distribución de la potestad tributaria de un convenio bilateral, cuando se interponía una o más sociedades para enajenar bienes inmuebles con la intención de impedir que el Estado en el cual se situaban dichos bienes grave su transferencia. El texto normativo del indicado párrafo es el siguiente:

*“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, de forma directa o indirecta, de propiedad inmobiliaria situada en el otro Estado contratante, pueden gravarse en este último”.*

Es de resaltar que la reforma antes mencionada implicó incorporar un supuesto de renta que pueden gravarse sin limitación en el Estado de la fuente. En congruencia con la sustitución del cuarto párrafo, se adiciona un quinto párrafo al mencionado artículo 13, conteniendo esencialmente el texto del antiguo cuarto párrafo, el cual se lee como sigue:

*“Las ganancias derivadas de la enajenación de cualquier otro bien distinto de los mencionados apartados 1, 2, 3 y 4 sólo pueden someterse a imposición en el Estado contratante en que resida el transmitente”.*

De lo anterior se puede decir que, hasta el 2003, el artículo 13 “Ganancias de Capital” del Modelo de Convenio elaborado por la OCDE tenía cuatro reglas de distribución de la potestad tributaria, siendo que, si no es posible aplicar las tres primeras reglas, se asigna la regla general de distribución de la potestad tributaria contenida en el cuarto párrafo de dicho artículo. En este supuesto, las ganancias de capital sólo pueden someterse a imposición en el Estado de residencia del enajenante. En otras palabras, como resalta la OCDE, el derecho exclusivo de imposición se otorga al Estado de la residencia. De ahí que, en la medida que las acciones u otros valores mobiliarios son bienes distintos de los que se mencionan en los tres primeros párrafos del multicitado artículo 13, el derecho a someter las ganancias de capital obtenidas por la enajenación de estos bienes es del Estado de residencia del transmitente. A partir del 2003, establecida la regla de distribución de la potestad tributaria de



las ganancias de capital de la enajenación de acciones cuyo valor esté conformado principalmente por bienes inmuebles situados en un Estado contratante, mediante la cual se otorga el derecho de imposición a este último, se instaura una regla especial para las ganancias de capital obtenidas por la enajenación de acciones de una sociedad. Así las cosas, en caso que las acciones enajenadas no representen sustancialmente una participación en una propiedad inmobiliaria situada en un Estado contratante, en forma directa o indirecta, la potestad para gravar las ganancias de capital obtenida en la enajenación de las mismas continuará siendo derecho exclusivo del Estado de residencia del enajenante.

#### **4.3. Análisis del quinto párrafo del artículo 13 del Modelo de Convenio elaborado por la OCDE respecto de la enajenación de acciones de una sociedad (distintas de las de una sociedad, contemplada en el párrafo 4)**

El párrafo 5 del artículo 13 del Modelo de Convenio elaborado por la OCDE dispone lo siguiente:

*“5. Las ganancias derivadas de la enajenación de cualquier otro bien distinto de los mencionados apartados 1, 2, 3 y 4 sólo pueden someterse a imposición en el Estado contratante en que resida el transmitente”.*

Como se desprende de lo transcrito, en caso que las ganancias de capital sean obtenidas como consecuencia de la enajenación de bienes distintos a bienes inmuebles, bienes muebles que formen parte del activo de un establecimiento permanente o el mismo establecimiento permanente, buques o aeronaves explotados en tráfico internacional, o de embarcaciones dedicadas al transporte por aguas interiores, o acciones que representen en más del 50 por ciento de su valor, de forma directa o indirecta, bienes inmuebles, la potestad tributaria sobre estas ganancias se asigna al Estado en el que resida la persona que efectúa la enajenación. En estos términos, es necesario mencionar que cuando el derecho de imposición se otorga al Estado de la residencia, este es atribuido en forma exclusiva y, por tanto, el Estado de la fuente pierde su potestad tributaria.

No pasa desapercibido que algunos académicos conceptúan esta regla como residual, secundaria o complementaria. Sin embargo, en mi opinión, podría pensarse que la regla contenida en el quinto párrafo del citado artículo 13 del Modelo de Convenio es la regla primaria de la distribución de la potestad tributaria de las ganancias de capital, pues las cuatro primeras reglas son supuestos de exclusión derivadas de la atribución de la potestad tributaria al Estado de la fuente respecto de otras rentas. Efectivamente, teniendo en cuenta la evolución del contenido del artículo 13 “Ganancias de capital”, se puede deducir que la misma ha estado supeditada a las reglas de reparto de la potestad tributaria de los artículos 6, 7, 8 y 14 relativos a la imposición de los rendimientos inmobiliarios, beneficios empresariales, navegación marítima, interior y aérea y servicios personales independientes, respectivamente.

En el proyecto de modelo de convenio de México de 1943, su artículo XII (antecesor del mencionado artículo 13 “Ganancias de capital” ) sólo comprendía la regla de distribución de la potestad tributaria de las ganancias provenientes de la venta o de la permuta de inmuebles, estableciéndose que éstas serían gravables únicamente en el Estado en que dichos inmuebles estuviesen situados. Sobre este particular, no debe perderse de vista el contexto del referido proyecto en el sentido que el mismo disponía que el Estado del domicilio fiscal del contribuyente conservaba el derecho de gravar la renta global de éste, obtenida en el propio territorio y en el del otro Estado contratante, pero obligándolo a efectuar ciertas deducciones, no siendo necesario, entonces, preceptuar una regla de potestad tributaria de las ganancias de capital obtenidas de la enajenación de cualquier otro bien distinto de los inmuebles. En otras palabras, la regla de distribución de la potestad tributaria de las ganancias de capital se encontraría comprendida en la regla general de reparto de la potestad tributaria contenida en el artículo XII del indicado proyecto, siendo ineludible para los creadores de dicho modelo hacer constar en un artículo particular el supuesto de exclusión de la misma, esto es, el derecho de imposición sobre las ganancias de capital de la venta o permuta de inmuebles a favor del Estado de la fuente. Es claro que habiendo sido otorgado el derecho de imposición sobre las rentas provenientes de bienes inmuebles al Estado donde se sitúan dichos bienes conforme los términos del artículo II del citado proyecto, resulta coherente que este mismo Estado tuviese la facultad de gravar las ganancias de capital obtenidas por la enajenación de dichos bienes. Postura que responde al criterio de dependencia económica sobre el cual se sustentan las reglas de reparto de la

potestad tributaria de los Estados, establecidas en el proyecto de modelo de convenio de México de 1943.

Aun cuando el artículo IV del aludido proyecto dispone que las rentas de empresas industriales, comerciales o agrícolas y de cualquier otra actividad lucrativa serían gravables en el Estado en que se explota la empresa o se ejerza la actividad; y, en caso el desarrollo de sus actividades se efectúe por medio de un establecimiento permanente situado en el otro Estado, el derecho de imposición sería atribuido a este último, no existía certeza si las ganancias originadas en la venta o permuta de otros bienes que no sean inmuebles pertenecientes a una empresa o establecimiento permanente calificarían como rentas de las empresas industriales, comerciales o agrícolas y de cualquier otra actividad lucrativa en los términos del indicado artículo. Ello venía motivado porque la imposición de las ganancias de capital no era uniforme en los Estados para ese entonces, siendo que algunos de ellos gravaban como rentas ordinarias las ganancias de capital obtenidas de la enajenación de los activos de una empresa o sociedad. De esta manera, no resulta extraño que a inicios de la década de los cuarenta, Carroll hubiese sugerido indicar expresamente en el texto del proyecto de modelo de convenio no sólo la regla de distribución de la potestad tributaria de las ganancias de capital conseguidas en la enajenación de bienes inmuebles sino también de los activos de capital propiedad de una empresa o sociedad.

En el proyecto de modelo de convenio de Londres de 1946 se atendió la problemática antes descrita, modificando el texto del citado artículo XII. Asimismo, a causa del cambio de la regla de reparto de la potestad tributaria de las rentas provenientes de la explotación en tráfico internacional de buques y aeronaves contemplado en el artículo V de dicho convenio, la incidencia del referido cambio fue incluido en el texto modificado del multicitado artículo XII. Para dar efectividad a esta reforma, los creadores de este documento consideraron conveniente añadir un segundo párrafo que cubra ambas cuestiones:

*“2. Las ganancias provenientes de ventas o permutas de otros bienes que no sean inmuebles, que pertenezcan a una empresa industrial, comercial o agrícola o a cualquier otra empresa independiente, serán gravables conforme a las disposiciones de los artículos IV y V”.*

Entonces, este párrafo fue pensado para reafirmar la atribución al Estado de la fuente de las ganancias de capital obtenidas de la originadas en la venta o permuta de otros bienes

que no sean inmuebles pertenecientes a una empresa o establecimiento permanente; y, de ese modo, enmendar cualquier laguna o imperfección en el texto normativo del proyecto de modelo de convenio que propiciara una controversia entre los Estados. Por esa razón, este párrafo no contiene una regla autónoma de reparto de la potestad tributaria sino completa consecuentemente los criterios aplicables a los beneficios empresariales y beneficios procedentes de la explotación de buques o aeronaves en tráfico internacional o embarcaciones dedicadas al transporte por aguas interiores.

En tales circunstancias, teniendo como propósito clarificar las reglas de distribución de la potestad tributaria respecto de las ganancias de capital para frenar alguna posibilidad de polémica entre los Estados, los creadores del indicado proyecto estimaron adecuado agregar un tercer párrafo que consolide el derecho a gravar las ganancias de capital al Estado de residencia del transmitente, con excepción de los supuestos de los bienes inmuebles o de los bienes distintos a los primeros que sean propiedad de una empresa industrial, comercial o agrícola o a cualquier otra empresa independiente:

*“3. Las ganancias provenientes de ventas o permutas de bienes de capital, distintos de los mencionados en los párrafos precedentes de este artículo, no serán gravables sino en el Estado del domicilio fiscal del beneficiario”.*

Es sabido que los citados párrafos fueron fundamento del “Proyecto de Convenio de Doble Imposición sobre la Renta y el Patrimonio”, informe final del Comité Fiscal de la OCDE de 1963. Así, introducido los comentarios a cada uno de los artículos del citado informe, con el fin de ilustrar o interpretar el contenido de sus disposiciones, los autores del Modelo de Convenio argumentaron en el párrafo 4 de los propios comentarios al artículo 13 relativo a la imposición de las ganancias de capital que “está justificado atribuir el derecho a gravar las ganancias de capital al Estado al que le corresponde el derecho a gravar ese bien y sus rentas antes que tal bien fuese enajenado”<sup>10</sup>. Este comentario nos confirma que los dos primeros párrafos de su artículo 13 no contenían una regla autónoma de reparto de la potestad tributaria. Precisan, además, en su párrafo 9 que “En general, el derecho a gravar se atribuye por las disposiciones mencionadas más arriba al Estado de residencia del transmitente, con excepción del caso de los bienes inmuebles o de los bienes muebles que

---

<sup>10</sup> Comentario modificado a partir del 11 de abril de 1977 por el siguiente texto “Es normal atribuir el derecho a gravar las ganancias de capital obtenidas por bienes de una naturaleza determinada al Estado al que, según el Convenio, corresponde el derecho a gravar ese bien y sus rentas”

formen parte del activo de un establecimiento permanente o que pertenezcan a una base fija en que el derecho de gravamen corresponderá en primer lugar al Estado donde esté situado el bien considerado. Debe prestarse, sin embargo, especial atención a los casos a que se refieren los párrafos 13 a 17 siguientes”. Es así pues que, en mi opinión, la intención de los hacedores del Modelo de Convenio y sus comentarios ratifican el derecho a gravar las ganancias de capital al Estado de residencia del transmitente, siendo las disposiciones normativas en los demás párrafos, supuestos de exclusión derivadas de la atribución de la potestad tributaria sin ninguna limitación al Estado de la fuente respecto de dichas rentas. Nada más lógico teniendo en cuenta que si bien el Modelo de Convenio reconoce el derecho de gravar del Estado donde se ubica la fuente generadora de la renta y del país de residencia del sujeto que la obtuvo, sus reglas de distribución de la potestad tributaria favorecen la imposición en el Estado de la residencia.

Acorde con los argumentos expuestos, el reordenamiento del tercer al quinto párrafo del artículo 13 “Ganancias de Capital” responde a la inserción de dos párrafos relacionados con las reglas de asignación de potestad tributaria de otras rentas tal como ocurrió en los modelos de convenios iniciales, manteniendo la estructura ordenada y metódica adoptada por los creadores de los mismos. En efecto, en primer lugar, en 1977 se precisa que las ganancias derivadas de la enajenación de buques o aeronaves explotados en tráfico internacional, o de embarcaciones dedicadas al transporte por aguas interiores, sólo pueden someterse a imposición en el Estado en que esté situada la sede de dirección efectiva de la empresa; y, posteriormente, en el 2003, se instaura una medida antiabuso con el objeto de dar término a las prácticas elusivas de orden internacional efectuadas por los sujetos a fin de sortear la imposición en el Estado de la fuente en el cual se sitúa una propiedad inmobiliaria, cuando se valen de la regla exclusiva de reparto de potestad tributaria asignada al Estado de residencia.

Otra postura sobre la naturaleza de la regla contenida en el mencionado quinto párrafo es la aportada por Lang (2014) quien, posiblemente siguiendo los comentarios del Modelo de Convenio de 1963, afirma que “El artículo 13 (5) del Modelo OCDE constituye una cláusula general. La enajenación de cualquier activo que no se encuentre cubierto por los artículos 13(1) a 13(4) del Modelo OCDE se regula en el artículo 13(5) del Modelo OCDE. La potestad tributaria sobre estas ganancias de capital se asigna de manera exclusiva al Estado de la residencia del receptor (..)”. Ello supone que la citada regla es de índole común,

frecuente, usual, no siendo ni imperiosa o primera en orden o grado; o secundaria o complementaria.

Todo lo anterior refleja las posiciones divergentes que pudiesen surgir respecto del carácter del aludido quinto párrafo del artículo 13 “Ganancias de Capital” del Modelo de Convenio elaborado por la OCDE. En todo caso, en lo que sí existe consenso es en reconocer que las reglas de distribución de la potestad tributaria de las ganancias de capital son sumamente limitadas a favor del Estado de la fuente.

Lo que igualmente está claro es que las ganancias de capital derivadas de la enajenación de acciones de una sociedad (distintas de las de una sociedad, contemplada en el apartado 4) o de valores mobiliarios, bonos, obligaciones u otros títulos están comprendidas en el multicitado quinto párrafo del indicado artículo 13. Por tanto, bajo las reglas de asignación de la potestad tributaria sugerida por el Modelo de Convenio elaborado por la OCDE, las referidas ganancias de capital sólo pueden someterse a imposición en el Estado de residencia del enajenante. En otras palabras, como manifiestan los creadores del referido modelo en el párrafo 30 de los comentarios a las disposiciones del artículo 13 sobre la imposición de las ganancias de capital de dicho modelo, en la medida que el citado artículo “no contiene reglas especiales para las ganancias resultantes de la enajenación de acciones de una sociedad (distintas de las de una sociedad, contempladas en el apartado 4) o de valores mobiliarios, bonos, obligaciones u otros títulos, tales ganancias sólo pueden someterse a imposición en el Estado de residencia del cedente”.

Se debe recordar lo que comentaba al principio, la regla general de la distribución de la potestad tributaria de las ganancias de capital favorece la imposición en el Estado de la residencia del transmitente, pues las cuatro primeras reglas son supuestos de exclusión derivadas de la atribución de la potestad tributaria sin ninguna limitación al Estado de la fuente respecto de otras rentas. Los autores del Modelo de Convenio elaborado por la OCDE dejan claro que esos supuestos de exclusión están totalmente justificados puesto que la potestad tributaria es asignada al Estado al que le corresponde sin ninguna limitación el derecho de imposición sobre las rentas que producían los bienes antes de su enajenación. Desde este punto de vista, siendo la imposición exclusiva de los dividendos en el Estado de la fuente o situación no aceptable como principio general conforme las reglas de distribución de la potestad tributaria sugerida por la OCDE, es coherente que el derecho de imposición sobre las ganancias de capital logradas en la enajenación de las acciones u otros valores

que permitieron a los tenedores de las mismas obtener dividendos no sea atribuida al Estado de residencia de la sociedad que abona los dividendos. Si bien es cierto que la OCDE tampoco admite como regla general la imposición exclusiva de los dividendos en el Estado de residencia del beneficiario, también lo es que el derecho de imposición reservado para el Estado de la fuente o situación está limitado considerablemente. Confirma este sentido de la regla en análisis, el párrafo 23 de los comentarios a la introducción del Modelo de Convenio, en el cual los hacedores del referido modelo manifiestan que “los restantes elementos de renta o de patrimonio no pueden someterse a imposición en el Estado de la fuente o situación; como regla general, sólo se someten a imposición en el Estado de residencia del contribuyente. Esto es válido, por ejemplo, para las regalías (artículo 12), las ganancias derivadas de la enajenación de acciones y otros valores mobiliarios (apartado 5 del artículo 13), (...)”.

En este orden de ideas, en congruencia con el contexto del Modelo de Convenio y teniendo en cuenta su objeto y fin, es posible corroborar que la atribución de la potestad tributaria de las ganancias de capital derivadas de la enajenación de acciones de una sociedad (distintas de las de una sociedad, contempladas en el apartado 4) corresponde al Estado de la residencia del transmitente.

Normalmente, las legislaciones internas de los Estados de la fuente o situación han incorporado como supuesto imponible las ganancias de capital obtenidas por sujetos no residentes en los mismos como resultado de la enajenación de acciones o valores mobiliarios representativos del capital de empresas o sociedades residentes en dichos Estados. Igualmente es común en los tiempos recientes que los Estados de la fuente o situación, con el propósito de impedir prácticas de elusión fiscal internacional mediante la cual el contribuyente sitúa el hecho imponible en aquel ordenamiento tributario cuya aplicación le resulta más favorable, hubieran instaurado como rentas las ganancias de capital logradas en la enajenación que efectúe una persona no residente en ese Estado de acciones, derechos u otros títulos valores representativos del capital de una sociedad residente, domiciliada o constituida en el extranjero, cuyo valor esté explicado sustancialmente por el valor de acciones, derecho u otros títulos valores representativos del capital de una empresa o sociedad residente, domiciliada o constituida en los citados Estados. Esto quiere decir que estos supuestos, complementarios entre sí, podrían ser los factores de conexión que los Estados de la fuente o situación hubiesen fijado para gravar las

rentas obtenidas por los sujetos no residentes cuando se trata de la enajenación de acciones u otros valores mobiliarios representativos del capital de una empresa o sociedad residente, domiciliada o constituida en esos Estados. Y, por tanto, conforme los términos usados en el Modelo de Convenio, son las rentas que pueden someterse a imposición en el otro Estado contratante.

Entonces, el efecto del Modelo de Convenio entre el Estado contratante (Estado de residencia) y el otro Estado contratante (Estado de la fuente) implicaría que, de acuerdo con el párrafo 5 del artículo 13 “Ganancias de Capital” el Estado de la fuente pierde su potestad tributaria de uno u otro supuesto imponible que podría haber sometido a imposición en aplicación de las disposiciones normativas de su legislación interna, toda vez que es al Estado de residencia del transmitente a quien se le ha otorgado el derecho de imposición en forma exclusiva.

Siendo ello así, es entendible que ciertos países miembros formulen reservas en relación con dicha disposición con la finalidad de retener parcial o totalmente su potestad tributaria respecto de las ganancias de capital obtenidas en la enajenación de acciones o otros derechos representativos del capital de sociedades residentes en el Estado de la fuente. Es de señalarse que tal cual surgieron estas reservas, la OCDE asiente que los demás países miembros tendrán libertad de acción en el curso de las negociaciones de sus convenios bilaterales con aquéllos países miembros que hubiesen enunciado reservas, de acuerdo con el principio de reciprocidad. Vale la pena resaltar que las reservas no tienen carácter jurídico y como bien anota Calderón (2011), “sólo acreditan la existencia de una declaración unilateral de desacuerdo con la disposición del Modelo de Convenio”. Una reserva sólo es obligatoria cuando ha sido ejercida en los convenios para evitar la doble imposición celebrados entre los Estados.

Para 1977, las reservas al cuarto apartado (antecesor del quinto párrafo) del artículo 13 “Ganancias de Capital” asociados con la potestad tributaria de las ganancias de capital derivadas de la enajenación de acciones o participaciones consistían principalmente en retener el derecho a gravar las ganancias de capital derivadas de la enajenación de los indicados valores en sociedades constituidas en el Estado de la fuente o situación cuando la propiedad de dichas acciones o participaciones dé derecho al disfrute de bienes inmuebles situados en este Estado; o mantener el derecho de imposición sobre las ganancias de capital obtenidas en la enajenación de acciones o participaciones que integren una participación



sustantiva en el capital de una sociedad residente en el Estado de la fuente o situación. Ya se ha mencionado la problemática que hacían frente los Estados, cuando los sujetos interponían una o más sociedades para enajenar bienes inmuebles con la intención de impedir que el Estado en el cual se situaban dichos bienes grave su transferencia, por tanto en su legislación interna dispusieron normas para interrumpir o concluir estas prácticas elusivas, siendo que este objetivo se vería afectado en caso resultase aplicable la regla de reparto de la potestad tributaria a favor del Estado de la residencia del transmitente de haber sido suscrito un convenio para evitar la doble imposición conforme con el Modelo de Convenio elaborado por la OCDE, estos Estados formularon las reservas respectivas. Sobre la segunda reserva, la misma es una medida antiabuso de un convenio para evitar la doble imposición que, como apunta Lang (2014), “parte de la premisa de que un accionista de este tipo puede controlar la política de dividendos de la sociedad y, por lo tanto, está en una posición desde la cual puede transformar los dividendos, que se encuentran sujetos a gravamen mediante la retención en el Estado de la fuente, en ganancias de capital, que, en virtud del Modelo OCDE, resultan gravables únicamente en el Estado de residencia en el enajenante”. Justamente, bajo la legislación interna del Estado de la fuente o situación se perjudicaría el gravamen de los dividendos, el cual como sabemos, en el contexto de un convenio para evitar la doble imposición, se somete a una imposición limitada en el Estado de la fuente.

Las reservas mencionadas fueron generalmente adoptadas por los países miembros que se fueron adhiriendo a la OCDE. Así, tratándose de los países de interés de la presente tesis, tanto México como Chile son miembros de la OCDE, habiéndose sumado a este organismo en 1994 y 2010, respectivamente.

En efecto, el 18 de mayo de 1994 México se convierte en el miembro número 25 de la OCDE. En razón de esa adhesión, la reserva que formularon al indicado cuarto apartado (antecesor del quinto apartado) se manifiesta en el párrafo 49 de los comentarios a las disposiciones del artículo 13 sobre la imposición de las ganancias de capital del Modelo de Convenio elaborado por la OCDE, en los siguientes términos: “49. México reserva su posición para retener la posibilidad de aplicar las disposiciones de su legislación relativas a la imposición de las ganancias de capital derivadas de la enajenación de acciones o derechos que formen parte de una participación sustantiva en una sociedad residente en México, o de acciones o derechos de sociedades cuyos activos consisten principalmente en

bienes inmuebles situados en México”. Luego, una vez hecha la incorporación de la disposición antiabuso para homologar el tratamiento de las ganancias obtenidas en la enajenación de bienes inmuebles con aquellas ganancias que se lograrían de la enajenación de acciones que representan la propiedad de tales bienes, también fue reformado el texto de la reserva formulada a fin de eliminar la mención relacionada con la retención del derecho a gravar las ganancias de capital derivadas de la enajenación de los indicados valores en sociedades constituidas en el Estado de la fuente cuando la propiedad de dichas acciones o participaciones dé derecho al disfrute de bienes inmuebles situados en este Estado. Asimismo, México cambió su posición referente a la reserva que habían formulado sobre las ganancias de capital obtenidas en la enajenación de acciones o derechos en una sociedad mexicana que no tenían como activo subyacente, bienes inmuebles situados en México. Así, la reserva quedó redactada de la siguiente forma: “México reserva su posición para retener la posibilidad de aplicar las disposiciones de su legislación relativa a la imposición de las ganancias de capital derivadas de la enajenación de acciones o derechos similares en una sociedad residente en México”. Bajo esta reserva reformada, México ha retenido su potestad tributaria respecto de las ganancias de capital derivadas de la enajenación de acciones o derechos de sociedades residentes en México, sin que tales valores mobiliarios representen una participación sustantiva de las citadas sociedades a partir del 28 de enero de 2003.

Por su parte, Chile firma el convenio de adhesión a la OCDE con fecha 11 de enero de 2010, convirtiéndose en el miembro 31 de la OCDE y el primero de América del Sur de esta organización. La reserva formulada sobre el quinto apartado se señala en el párrafo 39 de los comentarios a las disposiciones del artículo 13 relativo a la imposición de las ganancias de capital del Modelo de Convenio elaborado por la OCDE: “39. Chile y Suecia se reservan el derecho a gravar las ganancias de capital resultantes de la enajenación de acciones u otras participaciones en sus sociedades”. Ello supone que, de la misma forma como México, Chile mantiene su derecho de imposición sobre las ganancias de capital obtenidas en la enajenación de acciones o otros derechos representativos del capital de sus sociedades.

En función de lo expuesto, en línea con las recomendaciones de la OCDE, el Modelo de Convenio prevé que las ganancias derivadas de la enajenación de acciones de sociedades residentes en los Estados de la fuente o situación sólo pueden someterse a imposición en el Estado de residencia del transmitente. No obstante, es posible que los

Estados miembros de la OCDE formulen reservas en relación con dicha disposición con la finalidad de retener parcial o totalmente su potestad tributaria, las cuales, si bien no son disposiciones de observancia obligatoria para dichos Estados, algunas o todas pueden llegar a transformarse en disposiciones normativas en los respectivos convenios si así lo acuerdan los Estados Contratantes.

#### **4.4. Análisis del cuarto párrafo del artículo 13 “Ganancias de Capital” del Convenio entre la República de Chile y los Estados Unidos Mexicanos para evitar la doble imposición e impedir la evasión fiscal en materia de Impuesto sobre la Renta y al Patrimonio**

Siendo reconocido que a lo largo de los años 1992 a 1997 el intercambio comercial entre Chile y México se incrementó significativamente, registrándose un aumento igualmente sustancial en el ámbito de las IED recíprocas como consecuencia del Primer Acuerdo de Complementación Económica (ACE) suscrito el 22 de setiembre de 1991; el Presidente de México, Ernesto Zedillo Ponce de León programa una visita de Estado a Chile, del 15 al 17 de marzo de 1998, la cual, entre otros propósitos, tenía como objeto promover la celebración de un Tratado de Libre Comercio con Chile, el cual permitiría fortalecer el intercambio comercial con México e incrementar las oportunidades de mutua inversión.

En enero de 1998 la Dirección de América del Norte, Centroamérica y Caribe (DIRAMENORTE) de la Dirección General de Política Exterior del Ministerio de Relaciones Exteriores de Chile reinicia la coordinación de las negociaciones de un acuerdo de doble tributación en materia de transporte aéreo y marítimo con la finalidad de que el mismo sea suscrito durante la visita oficial del Presidente de México. Este acuerdo había sido solicitado por las empresas aéreas de ambos países durante una reunión de consulta bilateral llevada a cabo en Santiago de Chile, entre los días 15 y 17 de julio de 1996; y, a pesar de haber sido calificada de atendible por la aludida Dirección General de Política Exterior, la negociación del mismo fue postergado a causa de la ausencia de un marco general que permita al Gobierno de Chile negociar en cada caso concreto los convenios para evitar la doble tributación que corresponda. Ciertamente, si bien ese vacío legal fue tomado en

consideración con motivo de las discusiones de los textos normativos modificatorios del Decreto Ley N° 824 Ley sobre el Impuesto a la Renta desde el mes de setiembre de 1996, el mismo fue subsanado en la reforma tributaria promulgada el 18 de julio de 1997. Así, como parte de las medidas fiscales de la Ley N° 19.506 “Modifica el Decreto Ley N° 824, sobre Impuesto a la Renta; el Decreto Ley N° 825, sobre Impuestos a las Ventas y Servicios, de 1974, el Código Tributario, la Ley Orgánica de Servicios de Impuestos Internos y otras normas legales”, se instauró el crédito por los impuestos a la renta pagados en los países con los cuales se suscribiría convenios para evitar la doble imposición; y, se incorporó dentro de las atribuciones del Director Nacional del Servicio de Impuestos Internos, asesorar al Ministerio correspondiente en la negociación de convenios internacionales que versen sobre materias tributarias, interpretar sus disposiciones, impartir instrucciones para su aplicación, adoptar las medidas necesarias y mantener los contactos con el extranjero que sean convenientes para evitar la elusión y la evasión de impuestos en el ámbito internacional.

Aun y cuando el citado acuerdo sería afectado por la celebración de un acuerdo general para evitar la doble tributación entre Chile y México, también se entablaron las negociaciones para suscribir dicho acuerdo siguiendo los lineamientos del Modelo de Convenio elaborado por la OCDE. Ello debido a que México era un estado miembro de la OCDE y, por su parte, Chile era un estado participante en la OCDE en calidad de observador. Es de destacar que, en comparación con la fecha planificada de firma del acuerdo específico, se estimaba concluir las negociaciones de las reglas de distribución de la potestad tributaria del referido acuerdo general hacia mediados de 1998.

De ahí que, frente a la imposibilidad de firmar el “Convenio para evitar la doble tributación en materia de impuestos sobre la renta provenientes de la operación de buques y aeronaves en el transporte internacional” conforme lo planificado, en la visita oficial del Presidente Ernesto Zedillo Ponce de León, Luis Maira Aguirre, Embajador de Chile en México, reitera su sugerencia en insistir en la celebración del acuerdo genérico en lugar del acuerdo específico, en la medida que si ambos acuerdos fueran aprobados durante el transcurso del año 1998, entrarían en vigor el 1 de enero de 1999, lo cual implicaría que aunque el acuerdo específico se entendería incorporado bajo las normas de la legislación interna de cada Estado contratante, éste nunca entraría en aplicación como cuerpo separado.

En torno a estas circunstancias, con ocasión de la mencionada visita oficial, el 16 de marzo de 1998 Ernesto Zedillo Ponce de León y Eduardo Frei Ruiz-Tagle, presidentes de México y Chile, respectivamente, únicamente atestiguaron la firma del protocolo de inicio de las negociaciones para un tratado de libre comercio. La proximidad de la II Cumbre de las Américas a ser llevada a cabo en la ciudad de Santiago de Chile los días 18 y 19 de abril de 1998 fue un factor determinante para que ambos presidentes dispusieran que la firma del auspicioso tratado se produciría en el marco de la citada cumbre; y, dado que la materia tributaria no ha sido meramente aislada a la celebración de los tratados de libre comercio, igualmente ordenaron acelerar las negociaciones para suscribir el convenio para evitar la doble tributación entre ambos países en la aludida cumbre.

Así las cosas, el 17 de abril de 1998 fue firmado el Tratado de Libre Comercio entre el Gobierno de Chile y el Gobierno de México y atestiguada la rúbrica del Convenio entre la República de Chile y los Estados Unidos Mexicanos para Evitar la Doble Imposición e Impedir la Evasión Fiscal en Materia de Impuestos sobre la Renta y al Patrimonio (Convenio), por los Jefes de Estado de ambos países en la ciudad de Santiago de Chile.

Mediante Mensaje Presidencial N° 195-339 del 19 de enero de 1999, el Poder Ejecutivo del Gobierno del Presidente Eduardo Frei Ruiz-Tagle somete a consideración de la Cámara de Diputados del Gobierno de Chile el citado convenio y su protocolo. A través de la presentación del Convenio se puede apreciar que el Poder Ejecutivo reafirma que el mismo fue elaborado tomando en cuenta el Modelo de Convenio elaborado por la OCDE, expresamente señala lo siguiente: “Este instrumento es el segundo convenio de esta naturaleza firmado por Chile, modelo elaborado por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), y que considera además las adecuaciones que para estos efectos introdujo la Ley N° 19.506. Presenta, asimismo, algunas diferencias menores con el convenio firmado con Canadá y resulta, a juicio del Gobierno un medio fundamental en la remoción de las barreras tributarias a las que ven afectas las operaciones transnacionales, tanto de comercio, como de servicios o capitales, aumentando substancialmente las oportunidades de inversión e intercambio económico entre los Estados Contratantes”. Asimismo, el Poder Ejecutivo reconoce el uso de los comentarios formulados por la OCDE para ilustrar o interpretar el contenido del Modelo de Convenio en los siguientes términos: “Finalmente, cabe hacer presente que el Convenio se ha negociado utilizando un lenguaje aceptado y reconocido internacionalmente, como lo es el contenido en el Modelo y

Comentarios de la OCDE. Lo anterior es sumamente importante a fin de otorgar certeza y estabilidad a los contribuyentes, uno de los objetivos perseguidos por este Convenio, conforme lo ya señalado al inicio de este Mensaje”.

El Convenio y su protocolo fueron aprobados por el Congreso Nacional el 20 de octubre de 1999, entrando en vigor internacional el 15 de noviembre de 1999. Las disposiciones normativas del Convenio fueron promulgadas mediante Decreto N° 1.943 del 16 de noviembre de 1999 y publicadas el 8 de febrero de 2000.

En relación con el artículo 13 “Ganancias de Capital” del Convenio entre la República de Chile y los Estados Unidos Mexicanos para Evitar la Doble Imposición e Impedir la Evasión Fiscal en Materia de Impuestos sobre la Renta y al Patrimonio, se establece lo siguiente:

*“1. Las ganancias que un residente de uno de los Estados Contratantes obtenga de la enajenación de bienes inmuebles situados en el otro Estado Contratante pueden someterse a imposición en ese otro Estado.*

*2. Las ganancias derivadas de la enajenación de bienes muebles que formen parte del activo de un establecimiento permanente que una empresa de un Estado Contratante tenga en el otro Estado Contratante, o de bienes muebles que pertenezcan a una base fija que un residente de un Estado Contratante tenga en el otro Estado Contratante para la prestación de servicios personales independientes, comprendidas las ganancias derivadas de la enajenación de este establecimiento permanente (sólo o con el conjunto de la empresa de la que forme parte) o de esta base fija, pueden someterse a imposición en ese otro Estado.*

*3. Las ganancias derivadas de la enajenación de buques o aeronaves explotados en tráfico internacional, o de bienes muebles afectos a la explotación de dichos buques o aeronaves, sólo pueden someterse a imposición en el Estado Contratante donde resida el enajenante.*

*4. Nada de lo establecido en el presente Convenio afectará la aplicación de la legislación de un Estado Contratante para someter a imposición las ganancias de capital provenientes de la enajenación de cualquier otro tipo de propiedad distinta de las mencionadas en este artículo”.*

Es fácil apreciar que las disposiciones normativas del artículo 13 “Ganancias de Capital” del Convenio no regulan manifiestamente la regla de distribución de la potestad tributaria aplicable a las ganancias de capital obtenidas de la enajenación de acciones de sociedades anónimas, materia de la presente tesis y, por tanto, el derecho de imposición sobre dichas ganancias estará sujeto a los términos del cuarto apartado del aludido artículo.

Sobre el contenido de este cuarto párrafo, no debe llamar la atención que el mismo no adopte la regla general de distribución de la potestad tributaria sugerida en el cuarto párrafo del artículo 13 “Ganancias de Capital” del Modelo de Convenio elaborado por la OCDE vigente hasta el 2003, esto es, otorgar el derecho exclusivo de imposición al Estado de la residencia del enajenante cuando las ganancias de capital sean obtenidas como consecuencia de la enajenación de bienes distintos a bienes inmuebles, bienes muebles que formen parte del activo de un establecimiento permanente o de las denominadas bases fijas o de los mismos, buques o aeronaves explotados en tráfico internacional, o de embarcaciones dedicadas al transporte por aguas interiores, toda vez que, como he mencionado, México, cuando se adhiere a la OCDE en 1994, manifiesta su reserva al indicado cuarto párrafo, reteniendo su potestad tributaria respecto de las ganancias de capital derivadas de la enajenación de acciones o derechos de sociedades cuyos activos consistan principalmente en bienes inmuebles situados en México, o aquellas ganancias conseguidas en la enajenación de acciones o derechos que formen parte de una participación sustantiva en una sociedad residente en México. En consideración de tal declaración, uno esperaría un apartado en el cual como el Estado de fuente o situación retenga su potestad tributaria para gravar dichas ganancias conforme su legislación interna. No obstante ello, se entiende que, como consecuencia del proceso de negociación, ambos Estados contratantes han resuelto mantener su potestad tributaria para gravar las ganancias de capital derivadas de la enajenación no sólo de las acciones o derechos de sociedades sino de cualquier otro tipo de propiedad distinta a bienes inmuebles, bienes muebles que formen parte del activo de un establecimiento permanente o de las denominadas bases fijas o de los mismos, buques o aeronaves explotados en tráfico internacional, o de embarcaciones dedicadas al transporte por aguas interiores. En suma, tanto México como Chile tienen potestad tributaria ilimitada para gravar estas ganancias de capital.

Para ese entonces, por lo que respecta a las ganancias de capital obtenidas en la enajenación de acciones de una sociedad anónima constituida en Chile por un no residente

en dicho Estado, su legislación interna establecía que las citadas ganancias calificaban como rentas de fuente chilena aun cuando la misma no cumplierse ciertos criterios de habitualidad; y, por su parte, tratándose de la enajenación de acciones o de títulos valor que representasen la propiedad de bienes, se consideraba que la fuente de riqueza se encontraba en México, cuando era residente en dicho Estado las personas que los hayan emitido o cuando el valor contable de dichas acciones provenía en más de un 50% de bienes inmuebles ubicados en el citado país.

A la luz del contenido del cuarto párrafo del artículo 13 del Convenio es correcto concluir que las ganancias de capital derivadas de la enajenación de acciones de una sociedad anónima constituida en Chile o en México, o cuando el valor contable de las citadas acciones provengan en más de un 50% de bienes inmuebles ubicados en este último Estado, estarán sometidas a imposición en cada uno de los Estados contratantes, siendo eliminada la doble imposición mediante la acreditación contra los impuestos chilenos o mexicanos, los impuestos mexicanos o chilenos correspondientes a esas rentas, según sea el caso.

Naturalmente, desde la entrada en vigor del Convenio, tanto Chile como México han modificado su legislación interna a fin de incorporar supuestos imponibles en relación con las rentas de fuente mexicana o chilena, respectivamente. Es de recordar que, como ha quedado reseñado en el Capítulo II de la presente tesis, frente a prácticas elusivas adoptadas por personas residentes en el extranjero en materia de enajenación de acciones o derechos representativos de capital de sociedades constituidas en uno u otro Estado, fueron adoptadas ciertas reglas antielusivas en su legislación interna con el firme propósito de impedir que los contribuyentes continúen eludiendo el pago del impuesto.

Chile fue el primero de los dos Estados contratantes en reformar el hecho imponible relacionado con las ganancias de capital obtenidas en la enajenación de acciones o derechos representativos de capital de sociedades constituidas en ese Estado. Así, a partir del 23 de noviembre de 2002, la legislación chilena incorpora también la ganancia de capital obtenida por un sujeto no residente en Chile con motivo de la enajenación de acciones representativas del capital de una persona jurídica constituida en el extranjero, efectuada a una persona domiciliada, residente o constituida en Chile, cuya adquisición le permita, directa o indirectamente, tener participación en la propiedad o en las utilidades de otra sociedad, entre otros, acciones de una sociedad anónima, constituida en Chile. Este mismo



presupuesto de hecho fue modificado mediante Ley N° 20.630 “Perfecciona la legislación tributaria y financia la reforma educacional”, publicada el 27 de setiembre de 2012, con el propósito que el mismo sea ampliado, toda vez que el hecho imponible prescrito inicialmente únicamente se configuraba en caso el adquirente fuese una persona domiciliada, residente o constituida en Chile, siendo imposible de gravar en Chile el mayor valor obtenido en la enajenación de activos extranjeros que provengan en forma sustancial de activos subyacentes situados en ese Estado cuando el adquirente fuese una persona residente en el extranjero. Por ello, como afirmamos en el Capítulo II, claramente, el objetivo perseguido por el legislador chileno para proponer la aludida modificación fue la ampliación del supuesto imponible descrito en el mismo. En ese sentido, el primer párrafo del supuesto imponible fue modificado en su legislación interna en los siguientes términos: “Se encontrarán afectas al impuesto establecido en el artículo 58 número 3), las rentas obtenidas por un enajenante no residente ni domiciliado en el país, que provengan de la enajenación de derechos sociales, acciones, cuotas, bonos u otros títulos convertibles en acciones o derechos sociales, o de la enajenación de otros derechos representativos del capital de una persona jurídica constituida o residente en el extranjero, o de títulos o derechos de propiedad respecto de cualquier tipo de entidad o patrimonio, constituido, formado o residente en el extranjero, en los siguientes casos (..)”. Tales casos describen los criterios para determinar si los activos chilenos son sustanciales o de relevancia para la transacción en cuestión. Como señalan Winter y Lecaros (2015), “estos criterios están en función de la participación o peso de los activos chilenos en el valor total de la entidad extranjera, el valor absoluto de los activos chilenos, o la residencia o domicilio de la entidad que se enajena en el extranjero”.

México modificó su legislación interna con la finalidad de ampliar el hecho imponible relacionado con la enajenación de acciones o de títulos cuando sea residente en México la persona que los haya emitido o cuando el valor contable de dichas acciones provenga en más de un 50% de bienes inmuebles ubicados en el citado país. El 1 de diciembre de 2004 fue reformado el mismo en los siguientes términos: “Tratándose de la enajenación de acciones o títulos valores que representen la propiedad de bienes, se considerará que la fuente de riqueza se encuentra ubicada en territorio nacional, cuando sea residente en México la persona que los haya emitido o cuando el valor contable de dichas acciones o títulos provenga directa o indirectamente en más de un 50% de bienes inmuebles ubicados en el país”. En ese sentido, sobre esta última hipótesis de fuente de riqueza se comprende igualmente la enajenación de acciones o de títulos cuando siendo o no residente en ese

Estado, los valores contables de dichas acciones provengan indirectamente en más de un 50% de bienes inmuebles ubicados en el país.

Se aprecia, entonces, que el legislador interno de Chile y México han redefinido sus presupuestos de hechos inicialmente tipificados para hacer frente a las prácticas elusivas adoptadas por personas residentes en el extranjero cuando éstos interponen una sociedad intermedia situada en otro Estado para llevar a cabo la enajenación de acciones o derechos representativos de capital de sociedades constituidas en uno u otro Estado.

Como se ha descrito en el capítulo 2, esta redefinición implicó incorporar hechos imponibles complementarios, toda vez que los citados supuestos imponibles permiten a ambos Estados imponer gravamen sobre la enajenación de acciones u otros valores con la que el administrado pueda conseguir resultados económicos equivalentes a si se hubiese producido el hecho imponible inicialmente tipificado en la legislación interna de uno u otro Estado. Sabido es que un hecho imponible complementario es aquel que complementa o perfecciona el hecho imponible principal, ampliando sus efectos jurídicos a otros actos que con distinta forma exhiben el mismo perfil económico y, por tanto, si bien un hecho imponible complementario es un presupuesto de hecho distinto del tipificado como hecho imponible principal, su configuración se encuentra estrechamente relacionado con este último. De la misma forma es conocido que un hecho imponible complementario es una forma de configurar una cláusula antielusiva específica que emana del ordenamiento jurídico interno. Y, precisamente, por esa cualidad de cláusula antielusiva específica, mucho se ha discutido si las disposiciones normativas internas que incorporan la misma pueden ser aplicadas cuando el Estado de la fuente o situación habiendo suscrito un convenio para evitar la doble imposición con el Estado de la residencia, no ha incluido manifiestamente en el texto normativo del mismo la regla de distribución de la potestad tributaria de la citada cláusula, más aún cuando la aplicación de la misma podría suponer que el Estado de la fuente o situación niegue el beneficio que está obligado a otorgar en cumplimiento del referido convenio.

Tanto Chile como en México no han sido ajenos a esta problemática y, en tal sentido, en la presente tesis, la cuestión planteada en relación con las cláusulas antielusivas específicas que permite a ambos Estados imponer gravamen sobre la enajenación de acciones u otros valores con la que el administrado pueda conseguir resultados económicos equivalentes a si se hubiese producido el hecho imponible vigente a la fecha de celebración

del Convenio es sí resultaría aplicable las reglas de distribución de la potestad tributaria contempladas en el artículo 13 “Ganancias de Capital” del Convenio entre la República de Chile y los Estados Unidos Mexicanos para Evitar la Doble Imposición e Impedir la Evasión Fiscal en Materia de Impuestos sobre la Renta y al Patrimonio.

Lo primero a mencionar es que en Chile y México se ha admitido que en cumplimiento de las disposiciones normativas emanadas de su legislación interna no pueden sustraerse a las obligaciones que impone el Derecho Internacional Público a los tratados válidamente celebrados y cuyo incumplimiento supone una responsabilidad internacional del Estado contratante, asegurando, en consecuencia, la plena eficacia de los textos normativos de los mismos en el ordenamiento jurídico interno de los aludidos Estados. Ello supone que el cumplimiento de los textos normativos contenidos en los tratados, entre otros, los convenios para evitar la doble imposición, no sólo se producirá sobre las disposiciones normativas previstas en su legislación interna a su entrada en vigor, sino, lógicamente, prevalecerá por sobre aquellos preceptos normativos internos sobrevinientes. En ese sentido, los textos normativos establecidos en el Convenio igualmente producen efectos jurídicos sobre las cláusulas antielusivas específicas materia de estudio, aun cuando estas han entrado en vigencia en forma posterior a la celebración del mismo, previniendo que el cumplimiento de dichas cláusulas no permita al Estado de la fuente o situación sustraerse de su obligación de otorgar el beneficio al cual tiene derecho el sujeto activo de la disposición prevista en el Convenio, de ser el caso, lo cual supondría una responsabilidad internacional del Estado contratante.

Ciertamente, las cláusulas antielusivas específicas materia de estudio son, en suma, hechos imponibles complementarios tipificados en el ordenamiento jurídico interno, las cuales ponen de manifiesto la misma relación que existe entre las disposiciones normativas de la legislación interna que preceptúan el hecho imponible principal y aquellas establecidas en los convenios para evitar la doble imposición para limitar o eliminar tal imposición en función de las reglas de distribución de la potestad tributaria acordadas por los Estados contratantes respecto de los referidos presupuestos de hecho, o si, por el contrario, esta imposición puede ser ejercida sin ninguna limitación en el Estado de la fuente o situación. A este respecto, como lo resalta García (2008), “cuando la autoridad tributaria emplee una cláusula antielusiva específica no estaría desarrollando ninguna actuación específica de combate de la elusión, sino aplicando, lisa y llanamente, la norma reguladora de un hecho

imponible del tributo”. Y, por tanto, es ineludible verificar si esta ampliación del hecho imponible, en cuanto supone la configuración de un presupuesto de hecho distinto del tipificado como hecho imponible principal empero que su configuración se encuentra estrechamente relacionado con este último, es compatible con los preceptos normativos contenidos en el Convenio. Vale decir, si las aludidas cláusulas antielusivas específicas puedan estar, actuar o coexistir sin entrar en conflicto con las disposiciones normativas del Convenio.

Evaluar la compatibilidad de los indicados textos normativos es una labor de interpretación del Convenio teniendo en cuenta la regla general de interpretación y los medios de interpretación complementarios consagrados en los artículos 31 y 32 de la Sección Tercera de la Parte II “Celebración y entrada en vigor de los tratados” de la Convención de Viena, denominada “Interpretación de los Tratados”, los mismos que tienen como únicos límites el texto mismo del Convenio, su contexto, objeto y fin. Es de precisar que sólo después de haber obtenido el resultado de interpretación conforme con la regla general de interpretación, se puede aplicar los medios de interpretación complementarios, de ser el caso.

Por ello, teniendo en cuenta que los ingresos o las ganancias derivadas de la enajenación de cualquier bien se encuentran sujetos a las reglas de distribución de la potestad tributaria contenidas en el artículo 13 “Ganancias de Capital” del Convenio, lo segundo es interpretar las disposiciones normativas de dicho artículo conforme la regla general de interpretación prescrita en el numeral 1 del artículo 31 de la Convención de Viena, la cual establece que un tratado deberá interpretarse de buena fé conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin. Y, de ahí establecer si la imposición contenida en las cláusulas antielusivas específicas materia de estudio tipificados en el ordenamiento jurídico interno se encuentra limitada, eliminada o si, por el contrario, esta imposición puede ser ejercida sin ninguna limitación en el Estado de la fuente o situación, conforme las reglas de distribución de la potestad tributaria de las ganancias de capital obtenidas por residentes en uno u otro Estado convenidas por Chile y México y manifestadas en el texto del Convenio.

Recordemos que el artículo 13 del Convenio no regula expresamente una regla de distribución de la potestad tributaria aplicable a las ganancias de capital obtenidas de la enajenación de acciones u otros valores mobiliarios, entre otros, acciones de sociedades

anónimas, por lo tanto, el derecho de imposición sobre dichas ganancias estará sujeto a los términos del cuarto apartado del aludido artículo, el cual señala lo siguiente:

*“4. Nada de lo establecido en el presente Convenio afectará la aplicación de la legislación de un Estado Contratante para someter a imposición las ganancias de capital provenientes de la enajenación de cualquier otro tipo de propiedad distinta de las mencionadas en este artículo”.*

Así, bajo el sentido corriente de este texto normativo, se puede interpretar que ambos Estados han resuelto retener su potestad tributaria para gravar las ganancias de capital derivadas de la enajenación no sólo de las acciones u otros valores mobiliarios representativos del capital de empresas o sociedades residentes en sus Estados sino de cualquier otro tipo de propiedad distinta a bienes inmuebles, bienes muebles que formen parte del activo de un establecimiento permanente o de las denominadas bases fijas o de los mismos, buques o aeronaves explotados en tráfico internacional, o de embarcaciones dedicadas al transporte por aguas interiores, sobre los cuales manifiestamente se han establecido las reglas de distribución de la potestad tributaria de los Estados. Es decir, la intención de Chile y México, manifestada en el texto del Convenio, fue que este tipo de rentas puedan gravarse sin ninguna limitación en el Estado de la fuente o situación. Y, en cuanto el Convenio tiene como objeto y fin principal evitar la doble imposición internacional, es preciso considerar las demás disposiciones normativas de su contexto para determinar la medida consensuada por ambos Estados para lograr dicho propósito, siendo ésta prescrita en su artículo 23 y en función del mismo, se elimina la doble imposición mediante la acreditación contra los impuestos chilenos o mexicanos, los impuestos mexicanos o chilenos correspondientes a esas rentas, según sea el caso.

De esta forma, interpretado en el sentido corriente u ordinario de los términos del cuarto párrafo del aludido artículo 13 del Convenio, no se prevé ninguna restricción a la imposición de las ganancias de capital derivadas de la enajenación directa o indirecta de acciones u otros derechos representativos del capital de empresas o sociedades residentes en uno u otro Estado, entre otros, acciones de sociedades anónimas, prescritas en su legislación interna. En otras palabras, como fuera anticipado, tanto Chile como México tienen potestad tributaria ilimitada para gravar las referidas ganancias de capital según las disposiciones normativas contenidas en su legislación interna. En este caso, el beneficio al cual tiene derecho el enajenante residente en Chile o México, en su condición de sujeto

activo del mismo, es acreditar contra los impuestos chilenos o mexicanos, los impuestos mexicanos o chilenos correspondientes a esta renta, según sea el caso, de acuerdo con las disposiciones normativas aplicables de la legislación interna de uno u otro Estado contratante.

Por ello, en caso Chile o México, en su calidad de Estados de la fuente o situación, ampliasen los presupuestos de hecho para gravar las rentas obtenidas por los sujetos no residentes cuando se trata de la enajenación directa o indirecta de acciones u otros derechos representativos del capital de una empresa o sociedad residente, domiciliada o constituida en esos Estados, no se restringiría dicho gravamen en cumplimiento de lo dispuesto por el cuarto párrafo del mencionado artículo 13 del Convenio. Pero, con el propósito de evitar la doble imposición internacional, Chile o México, en su posición de Estado de residencia del enajenante, se encontrará obligado a conceder contra su impuesto, el crédito tributario conformado por los impuestos pagados por el enajenante en el Estado de la fuente o situación, imputación que se efectuará según las disposiciones previstas en su legislación interna.

En mi opinión, el sentido de los textos normativos del citado cuarto párrafo del artículo 13 del Convenio ha sido posible ser interpretado mediante el significado corriente u ordinario de los términos empleados en su contexto, objetivo y fin, razón por la cual, no resulta necesario recurrir a los medios complementarios de interpretación.

En ese sentido, la imposición contenida en la incorporación de las cláusulas antielusivas específicas materia de estudio tipificados en el ordenamiento jurídico interno puede ser ejercida sin ninguna limitación en Chile o México en cumplimiento de lo dispuesto por el cuarto párrafo del mencionado artículo 13 del Convenio y los impuestos pagados por el enajenante residente en uno u otro Estado por aplicación de dichas cláusulas podrán ser imputados como crédito tributario en el Estado de su residencia para evitar una doble imposición.

Vemos, entonces, que las referidas cláusulas antielusivas no se contraponen o conflictúan con lo pactado en el Convenio. En efecto, estas cláusulas no impiden al enajenante residente en Chile o México ejercer su derecho a los beneficios tributarios consensuados por estos Estados para evitar una doble imposición sobre las ganancias de capital que obtendría en la enajenación directa o indirecta de acciones u otros valores

mobiliarios representativos del capital de empresas o sociedades residentes en uno u otro Estado, entre otros, acciones de sociedades anónimas.

Es fundamental señalar que, mediante la Circular N° 59 del 14 de noviembre de 2014, la cual reemplaza la instrucción contenida en el inciso h) del numeral 1 de la Circular N° 14 del 7 de marzo de 2014, el SII manifiesta una interpretación semejante a la expuesta precedentemente, toda vez que, tratándose de las ganancias de capital, reconoce que se debe atender a lo dispuesto en cada convenio para determinar la situación tributaria de tales rentas. En efecto, respecto de la aplicación de los convenios para evitar la doble tributación internacional a las rentas e impuesto que establecen los artículos 10 y el numeral 3 del artículo 58 de la LIR, el segundo párrafo del vigente inciso h) del numeral 1 de la aludida Circular N° 59 señala lo siguiente:

*“Ahora bien, en virtud de lo estipulado en los Convenios para evitar la doble tributación internacional suscritos por Chile que se encuentren vigentes, se estima que los términos de éstos podrían ser aplicables a las rentas e impuesto referido, en particular cuando el enajenante sea una persona residente del otro estado contratante. Para los efectos indicados, se debe recurrir a lo dispuesto en cada convenio para determinar la situación tributaria de la renta que se determine. Ello, por cuanto las normas de los Convenios para evitar la doble imposición suscritos por Chile, que se refieren a las ganancias de capital, presentan diferencias importantes entre sí, y por ello no se puede establecer una regla única de aplicación del impuesto del artículo 58 N°3 de la LIR en el contexto de los Convenios, sino que se debe considerar lo que dispone cada uno de ellos en particular”.*

En ese orden de ideas, frente a las ganancias de capital obtenidas por sujetos no domiciliados en Chile por concepto de la enajenación de acciones u otros derechos representativos del capital de una sociedad que provengan en forma sustancial de activos subyacentes situados en ese Estado, es necesario valorar si existe alguna limitación para que Chile ejerza su derecho de imposición sobre dichas rentas atendiendo a las reglas de reparto de potestad tributaria que han previsto y pactado en cada uno de los convenios para evitar la doble imposición suscritos con otros Estados.

Las consideraciones de esta instrucción tienen sentido en tanto que, como he manifestado en párrafos precedentes, la incorporación de un presupuesto de hecho en el

ordenamiento jurídico interno hace ineludible verificar si éste es compatible con los preceptos normativos consensuados en cada convenio celebrado por Chile, de tal modo, determinar si Chile puede ejercer su derecho de imposición sin ninguna limitación como Estado de la fuente o situación.

Todo lo anterior nos permite concluir que las cláusulas antielusivas específicas materia de estudio son compatibles con los preceptos normativos contenidos en el Convenio y, en consecuencia, nada impide la aplicación del gravamen establecido en tales cláusulas relacionadas con la imposición de las ganancias de capital obtenida en la enajenación directa o indirecta de acciones u otros derechos representativos del capital de una sociedad, entre otras, acciones de sociedades anónimas, incorporadas con posterioridad a la entrada en vigor del Convenio. Y, en cuanto el Convenio tiene como objetivo y fin principal evitar la doble imposición internacional, es preciso considerar los demás textos normativos de su contexto para determinar la medida consensuada por ambos Estados para lograr dicho propósito, siendo ésta prescrita en su artículo 23 y en función del mismo, se elimina la doble imposición mediante la acreditación contra los impuestos chilenos y mexicanos, los impuestos mexicanos o chilenos correspondiente a esas rentas, según sea el caso.

#### **4.5. Análisis del cuarto y quinto párrafo del artículo 13 “Ganancias de Capital” del Convenio entre la República del Perú y la República de Chile para evitar la doble tributación y para prevenir la evasión fiscal en relación al Impuesto a la Renta y al Patrimonio**

En Perú, una de las acciones para promover la inversión privada nacional y extranjera asumida por el Gobierno de Transición de Valentín Paniagua Corrao fue iniciar la celebración de tratados para evitar la doble tributación y la evasión fiscal internacional por el Estado peruano. Así, el 23 de febrero de 2001 fue designada una Comisión Técnica, conformada por representantes del Ministerio de Economía y Finanzas, Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (SUNAT) y del sector privado encargada de evaluar la conveniencia de celebrar los citados tratados. El 5 de abril y el 24 de mayo de 2001, el Ministerio de Economía y Finanzas sometió a consulta ciudadana los documentos de trabajo



“Informe sobre Convenios para Evitar la Doble Tributación Internacional y prevenir la Evasión Fiscal” y la “Propuesta del Modelo Peruano de Convenio para Evitar la Doble Tributación Internacional y prevenir la Evasión Fiscal”. Entretanto, el 11 de abril y 25 de mayo de 2001 fueron designados representantes del Ministerio de Economía y Finanzas a efecto de que intervengan en las negociaciones de los Convenios para evitar la doble imposición fiscal con Chile y Canadá, respectivamente. Las primeras rondas de negociaciones con Chile y Canadá fueron llevadas a cabo en Lima entre el 17 y 20 de abril de 2001 y entre el 28 de mayo y 1 de junio de 2001, respectivamente. Es de conocimiento público que Perú escogió un grupo de tres países para una primera fase de negociación, basado en niveles de inversión y comercio, compatibilidad de política tributaria internacional y los beneficios que el otro Estado contratante pudiera ofrecer. El tercer país seleccionado fue España cuyo proceso de negociación empezaría el 16 de julio de 2001.

Los resultados de la consulta ciudadana, así como de los avances en el proceso de negociación de los convenios para evitar la doble imposición con la República de Chile y Canadá fueron publicados mediante el documento “Resultado de la Consulta Ciudadana: Los Convenios para evitar la doble tributación y para prevenir la evasión fiscal” de fecha 20 de junio de 2001. Tal como refiere dicho documento, “La propuesta peruana de convenio para evitar la doble tributación internacional y prevenir la evasión fiscal ha sido elaborada en base al modelo de la OCDE, modelo que sirve actualmente de guía a la mayoría de países que celebran este tipo de convenios. No obstante, se incorporan algunos aportes del Modelo de la ONU y otras características en base a un riguroso estudio de nuestra realidad tributaria”. Específicamente, sobre la imposición de las ganancias de capital, se indica que “Asimismo, se modifica el Modelo de la OCDE respecto a ganancias derivadas de la enajenación de otros bienes distintos a los previstos por este artículo, las cuales sólo pueden someterse a imposición en el Estado contratante en el que reside el transmitente. El modelo propuesto deja abierta la posibilidad de gravar en fuente dichas ganancias de capital”.

En Chile, como he mencionado en la sección precedente, la celebración de tratados para evitar la doble tributación y la evasión fiscal internacional fue iniciada en 1998, aplicando en términos generales los lineamientos del Modelo de Convenio elaborado por la (OCDE), pero efectuando ciertas desviaciones conforme su ordenamiento jurídico interno y a políticas tributarias previamente definidas a la negociación de los mismos. Ciertamente, cuando Chile inicia las rondas de negociación con Perú para suscribir un convenio para

evitar la doble imposición entre ambos Estados, Chile había firmado convenios de igual naturaleza con Canadá (1998), México (1998), Ecuador (1999), Polonia (2000) y la República Federativa del Brasil (2001); y, se encontraba en proceso de negociación con el Gobierno del Reino de Noruega (2001).

Así como Perú tenía interés en suscribir un convenio con Chile por ser éste el sexto país de IED en su territorio, las autoridades chilenas igualmente reconocían la trascendencia del aludido convenio en tanto Perú era el tercer destino de las inversiones chilenas en el extranjero para el periodo acumulado de 1989-2000. Sin duda, en un entorno de alto nivel de integración económica e intercambio comercial entre ambos Estados, el interés manifiestamente mutuo fue un factor determinante para que los representantes de ambos Estados impulsen las negociaciones para suscribir el convenio para evitar la doble tributación entre ambos países en el menor tiempo posible. En efecto, casi a dos meses de iniciadas las rondas de negociaciones, se firma el 8 de junio de 2001 en Santiago de Chile, entre la República de Chile y la República del Perú el Convenio para evitar la doble tributación y para prevenir la evasión fiscal en relación al impuesto a la renta y al patrimonio (Convenio).

Mediante Mensaje Presidencial N° 47-348 del 30 de setiembre de 2002, el Poder Ejecutivo del Gobierno del Presidente Ricardo Lagos Escobar somete a consideración de la Cámara de Diputados del Gobierno de Chile el citado convenio y su protocolo. De la misma manera como aconteció con México, a través de la presentación del Convenio se puede apreciar que el Poder Ejecutivo reafirma que el mismo fue elaborado tomando en cuenta el Modelo de Convenio elaborado por la OCDE, que expresamente manifiesta lo siguiente: “Dicho instrumento es similar a los suscritos con Canadá, México, Ecuador, Polonia, Noruega y Brasil, que se basan en el modelo elaborado por la OCDE; con diferencias específicas derivadas de la necesidad de cada país de adecuarlo a su propia legislación y política impositiva”. Asimismo, el Poder Ejecutivo reconoce el uso de los comentarios formulados por la OCDE para ilustrar o interpretar el contenido del Modelo de Convenio en los siguientes términos: “En mérito de lo precedentemente expuesto, y teniendo presente que el Convenio utiliza un lenguaje aceptado y reconocido internacionalmente, como lo es el contenido en el Modelo y Comentarios de la OCDE, lo que otorga certeza y estabilidad a los contribuyentes, someto a vuestra consideración para ser tratado en la actual legislatura”.

El Convenio y su protocolo fueron aprobados por el Congreso Nacional de Chile el 8 de julio de 2003, entrando en vigor internacional el 5 de enero de 2004. Las disposiciones

normativas del Convenio fueron promulgadas mediante Decreto N° 297 del 19 de noviembre de 2003 y publicadas el 5 de enero de 2004.

En relación con el artículo 13 “Ganancias de Capital” del Convenio se establece lo siguiente:

*“1. Las ganancias que un residente de un Estado Contratante obtenga de la enajenación de bienes inmuebles situados en el otro Estado Contratante pueden someterse a imposición en este último Estado.*

*2. Las ganancias derivadas de la enajenación de bienes muebles que formen parte del activo en un establecimiento permanente que una empresa de un Estado Contratante tenga en el otro Estado Contratante, o de bienes muebles que pertenezcan a una base fija que un residente de un Estado Contratante tenga en el otro Estado Contratante para la prestación de servicios personales independientes, comprendidas las ganancias derivadas de la enajenación de este establecimiento permanente (sólo o con el conjunto de la empresa de la que forme parte) o de esta base fija, pueden someterse a imposición en ese otro Estado.*

*3. Las ganancias derivadas de la enajenación de naves o aeronaves explotadas en tráfico internacional, o de bienes muebles afectos a la explotación de dichas naves o aeronaves, sólo pueden someterse a imposición en el Estado Contratante donde resida el enajenante.*

*4. 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.*

*5. Las ganancias derivadas de la enajenación de cualquier otro bien distinto de los mencionados párrafos anteriores sólo pueden someterse a imposición en el Estado Contratante en que resida el enajenante”.*

De la lectura que se realice al artículo 13 “Ganancias de Capital” del Convenio, se desprende que sus disposiciones normativas si regulan expresamente la regla de distribución de la potestad tributaria aplicable a las ganancias de capital obtenidas por la enajenación de títulos u otros derechos representativos del capital de una sociedad o de

cualquier otro tipo de instrumento financiero, entre otros, acciones de sociedades anónimas, materia de la presente tesis y, por tanto, el derecho de imposición sobre dichas ganancias estará sujeto a los términos del cuarto párrafo del citado artículo. En virtud de tal regla, resulta, entonces, que ambos Estados contratantes como Estados de la fuente o situación consensuaron en compartir la potestad tributaria respecto de este tipo de rentas sin ninguna limitación. Es claro que la intención de los Estados contratantes fue mantener su potestad tributaria sobre las citadas ganancias dentro de lo previsto por su legislación interna; y, con ese acuerdo que consta en el texto del Convenio, se comprueba que Chile y Perú han tomado distancia de la recomendación de la OCDE en el sentido que la ganancia de capital derivada de la enajenación de las acciones u otros derechos representativos del capital de una sociedad sea gravada exclusivamente en el Estado de la residencia del enajenante, salvo que el subyacente del valor enajenado se constituya principalmente (50%) de propiedad inmueble situada en el Estado de la fuente o situación.

A este respecto, recordemos que aunque Chile era un estado participante en la OCDE en condición de observador no compartía la posición de este organismo de otorgar el derecho exclusivo de imposición al Estado de la residencia del enajenante cuando las ganancias de capital fuesen obtenidas como consecuencia de la enajenación de bienes distintos a bienes inmuebles, bienes muebles que formen parte del activo de un establecimiento permanente o de las denominadas bases fijas o de los mismos, buques o aeronaves explotados en tráfico internacional, o de embarcaciones dedicadas al transporte por aguas interiores, razón por la cual la tendencia de Chile en la firma de convenios de doble imposición, cuando no lograba una imposición compartida sobre estas ganancias de capital, era añadir una disposición normativa en el referido artículo 13 con la finalidad de retener su derecho de imposición sobre las ganancias de capital obtenidas por la enajenación de títulos u otros derechos representativos del capital de una sociedad o de cualquier otro tipo de instrumento financiero situados en su territorio. Similar posición, como he apuntado anteriormente, fue asumida por Perú respecto a ganancias de capital derivadas de la enajenación de otros bienes distintos a los previstos en las reglas especiales del artículo 13 “Ganancias de capital” del Modelo de Convenio elaborado por la OCDE, esto es, gravar en fuente o situación las citadas ganancias de capital.

Para ese entonces, por lo que respecta a la ganancia de capital obtenida en la enajenación de acciones de una sociedad anónima constituida en Chile por un no residente

en dicho Estado, su legislación interna establecía que la citada ganancia calificaba como rentas de fuente chilena aun cuando la misma no cumplierse ciertos criterios de habitualidad; y, por su parte, la ganancia de capital conseguida en la enajenación de acciones de una sociedad anónima constituida en Perú por un no residente en dicho Estado calificaría como renta de fuente peruana sólo si se verificaba el cumplimiento de ciertos requisitos previstos en su legislación interna empero, como se ha reseñado el capítulo II de la presente tesis, este presupuesto de hecho acaeció en inaplicable a causa de que los indicados requisitos estaban destinados a personas jurídicas que desarrollasen actividades generadoras de rentas de tercera categoría en el Perú y, habiendo sido establecido también que sólo constituiría renta gravada, los resultados de la venta, cambio o disposición habitual de bienes, si los sujetos no domiciliados en Perú disponían por primera vez de sus acciones, la ganancia de capital se encontraría inafecta del Impuesto a la Renta peruano.

Basado en el contenido del cuarto párrafo del artículo 13 del Convenio es correcto afirmar que la ganancia de capital obtenida en la enajenación de acciones de una sociedad anónima constituida en Chile por un residente en Perú estará sometida a imposición en Chile en su calidad de otro Estado contratante o Estado de la fuente o situación, siendo eliminada la doble imposición mediante la acreditación contra el impuesto peruano, el impuesto chileno pagado por la indicada renta.

Recién con la promulgación del Decreto Legislativo N° 945, publicado el 23 de diciembre de 2003, vigente a partir del 1 de enero de 2004, se elimina los requisitos precedentemente mencionados en la enajenación de acciones o participaciones representativas del capital de empresas o sociedades constituidas en el Perú; y, por tanto, a partir de esa fecha, en la cual también entró en aplicación el Convenio, la ganancia de capital causada en la enajenación de acciones de una sociedad anónima constituida en Perú por un residente en Chile estará sujeta a imposición en Perú en su calidad de otro Estado contratante o Estado de la fuente o situación, siendo eliminada la doble imposición mediante la acreditación contra el impuesto chileno, el impuesto peruano pagado por la citada renta.

De la misma forma como aconteció en Chile y México, Perú también ha modificado su legislación interna a fin de incorporar presupuestos de hecho en relación con las rentas de fuente peruana con el objeto de dar término a las prácticas elusivas de orden internacional efectuadas por personas residentes en el extranjero. Tal como ocurrió en Chile en el 2002, algunas sociedades o empresas domiciliada en el exterior, propietarias de acciones o

participaciones u otros derechos representativos del capital de empresas o sociedades constituidas en Perú, optaron por enajenarlos mediante la interposición de una sociedad intermedia situada en otro Estado, la cual, para tal efecto, tiene participación u control de la empresa o sociedad peruana, todo ello con la finalidad de sortear la imposición en el Estado de la fuente o situación. No obstante, estas transacciones eran cuestionadas por la opinión pública, ningún cambio normativo fue propuesto sea por iniciativa legal del Poder Ejecutivo o Poder Legislativo del Gobierno de Alejandro Toledo Manrique (2001-2006). Y, como extensamente se ha reseñado en el Capítulo II, fueron años de persistencia de la minoría parlamentaria del Poder Legislativo del Gobierno de Alán García Pérez (2006-2011) para que se efectúe la modificatoria de la Ley del Impuesto a la Renta que permitiese gravar las enajenaciones efectuadas por empresas o sociedades extranjeras que involucraran a empresas o sociedades constituidas en el Perú, es decir, ampliar el hecho imponible tipificado en la legislación interna. Recién el 15 de febrero de 2011 es publicada la Ley N° 29663 mediante la cual se incorpora como renta de fuente peruana, las obtenidas por la enajenación indirecta de acciones y participaciones representativas del capital de personas jurídicas domiciliadas en Perú, la misma que se produce cuando se enajenan acciones y participaciones representativas del capital de una empresa no domiciliada en el país que a su vez es propietaria –en forma directa o por intermedio de otra u otras empresas- de acciones o participaciones representativas del capital de personas jurídicas domiciliadas en el país, siempre que se produzcan cualquier de las condiciones establecidas en dicho texto normativo. Luego, mediante Ley N° 29757, publicada el 21 de julio de 2011, se dispone que las condiciones sean concurrentes y, por lo cual, se origina la citada enajenación siempre que en cualquiera de los doce (12) meses anteriores a la enajenación el valor de mercado de las acciones o participaciones de las personas jurídicas domiciliadas en el país de las que la empresa no domiciliada sea propietaria en forma directa o por intermedio de otra u otras empresas, equivalga al cincuenta por ciento (50%) o más del valor de mercado de todas las acciones o participaciones representativas del capital de la empresa no domiciliada; y, en un periodo cualquiera de doce meses se enajenen acciones o participaciones que representen el diez por ciento (10%) o más del capital de la persona jurídica no domiciliada.

Así las cosas, desde la entrada en vigor del Convenio, tanto Chile como Perú han redefinido su hecho imponible inicialmente tipificado para hacer frente a las prácticas elusivas adoptadas por personas residentes en el extranjero, cuando éstos interponen una sociedad intermedia situada en otro Estado para llevar a cabo la enajenación de acciones o

derechos representativos de capital de sociedades constituidas en uno u otro Estado. Y, como se ha explicado en la sección precedente, en cuanto esta redefinición implica incorporar un supuesto imponible que le permita imponer gravamen sobre la enajenación de acciones u otros valores con la que el administrado pueda conseguir resultados económicos equivalentes a si se hubiese producido el hecho imponible inicialmente definido, estamos ante los conocidos hechos imponibles complementarios.

Asimismo, se ha comentado que un hecho imponible complementario es una forma de configurar una cláusula antielusiva específica que emana del mismo ordenamiento jurídico interno y, precisamente, por esa cualidad, mucho se ha discutido si las disposiciones normativas internas que incorporan la misma pueden ser aplicadas cuando el Estado de la fuente o situación habiendo suscrito un convenio para evitar la doble imposición con el Estado de la residencia, no ha incluido manifiestamente en el texto normativo del mismo la regla de distribución de la potestad tributaria de la citada cláusula, más aún cuando la aplicación de la misma podría suponer que el Estado de la fuente o situación niegue el beneficio que está obligado a otorgar en cumplimiento del citado convenio.

Tanto Chile como Perú no han estado indiferentes a esta problemática y, en tal sentido, en la presente tesis, la cuestión planteada en relación con las cláusulas antielusivas específicas que permite a ambos Estados imponer gravamen sobre la enajenación de acciones u otros valores con la que el administrado pueda conseguir resultados económicos equivalentes a si se hubiese producido el hecho imponible vigente a la fecha de celebración del Convenio es sí resultaría aplicable las reglas de distribución de la potestad tributaria contempladas en el artículo 13 “Ganancias de Capital” del Convenio entre la República de Chile y la República del Perú para evitar la doble tributación y para prevenir la evasión fiscal en relación al impuesto a la renta y al patrimonio.

Lo primero a señalar es que Perú también ha admitido que en cumplimiento de las disposiciones normativas emanadas de su legislación interna no puede sustraerse a las obligaciones que impone el Derecho Internacional Público a los tratados válidamente celebrados y cuyo incumplimiento supone una responsabilidad internacional del Estado contratante, asegurando, en consecuencia, la plena eficacia de los textos normativos de los mismos en el ordenamiento jurídico interno de los aludidos Estados. Por ello, tal cual como acontece en México y Chile, el cumplimiento de los textos normativos contenidos en los tratados, entre otros, los convenios para evitar la doble imposición, no sólo se producirá

sobre las disposiciones normativas previstas en su legislación interna a su entrada en vigor, sino, lógicamente, prevalecerá por sobre aquellos preceptos normativos internos sobrevinientes. En ese sentido, los textos normativos establecidos en el Convenio igualmente producen efectos jurídicos sobre las cláusulas antielusivas específicas materia de estudio, aun cuando estas han entrado en vigencia en forma posterior a la celebración del mismo, previniendo que el cumplimiento de dichas cláusulas no permita al Estado de la fuente o situación sustraerse de su obligación de otorgar el beneficio al cual tiene derecho el sujeto activo de la disposición prevista en el Convenio, de ser el caso, lo cual supondría una responsabilidad internacional del Estado contratante.

Considerando que las cláusulas antielusivas específicas materia de estudio son, en suma, hechos imposables complementarios tipificados en el ordenamiento jurídico interno, en la práctica, ello supone que de la misma manera cómo se verifica si el Estado de la fuente o situación puede ejercer o no su potestad tributaria sobre el hecho imponible principal conforme las reglas de distribución de la potestad tributaria acordadas por los Estados contratantes respecto de los referidos presupuestos de hecho en un convenio para evitar la doble imposición, es necesario comprobar si esta ampliación del hecho imponible, en cuanto supone la configuración de un presupuesto de hecho distinto del tipificado como hecho imponible principal, es compatible con los preceptos normativos contenidos en el Convenio. En otras palabras, si las indicadas cláusulas antielusivas específicas puedan estar, actuar o coexistir sin entrar en conflicto con las disposiciones normativas del Convenio.

Evaluar la compatibilidad de los indicados textos normativos es una labor de interpretación del Convenio teniendo en cuenta la regla general de interpretación y los medios de interpretación complementarios consagrados en los artículos 31 y 32 de la Sección Tercera de la Parte II “Celebración y entrada en vigor de los tratados” de la Convención de Viena, denominada “Interpretación de los Tratados”, los mismos que tienen como únicos límites el texto mismo del Convenio, su contexto, objeto y fin. Es de precisar que sólo después de haber obtenido el resultado de interpretación conforme con la regla general de interpretación, se puede aplicar los medios de interpretación complementarios, de ser el caso.

En razón de lo expuesto y considerando que los ingresos o las ganancias derivadas de la enajenación de cualquier bien se encuentran sujetos a las reglas de distribución de la potestad tributaria contenidas en el artículo 13 “Ganancias de Capital” del Convenio, lo



segundo es interpretar las disposiciones normativas de dicho artículo conforme la regla general de interpretación prescrita en el numeral 1 del artículo 31 de la Convención de Viena, la cual dispone que un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin. Y, de ahí establecer si la imposición contenida en las cláusulas antielusivas específicas materia de estudio tipificados en el ordenamiento jurídico interno se encuentra limitada, eliminada o si, por el contrario, esta imposición puede ser ejercida sin ninguna limitación en el Estado de la fuente o situación, conforme las reglas de distribución de la potestad tributaria de las ganancias de capital obtenidas por residentes en uno u otro Estado convenidas por Chile y Perú y manifestadas en el texto del Convenio.

Recordemos que el artículo 13 del Convenio si regula expresamente la regla de distribución de la potestad tributaria aplicable a las ganancias de capital obtenidas de la enajenación de títulos u otros derechos representativos del capital de una sociedad o de cualquier otro tipo de instrumento financiero y, en virtud de tal regla, contenida en el cuarto párrafo del citado artículo, ambos Estados contratantes como Estado de la fuente o situación consensuaron en compartir la potestad tributaria respecto de dichas ganancias, a saber:

*“4. 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”.*

El sentido corriente de la expresión “situados en el otro Estado contratante” se explica atendiendo al significado ordinario del término “situados” en el contexto del Convenio, en tanto la expresión “el otro Estado contratante” ha sido definido como Perú o Chile, según lo requiera el indicado contexto. Para tal efecto, como se ha resaltado en la sección 3.5 del Capítulo 3, conforme la regla general de interpretación de la Convención de Viena, no se puede sugerir que las palabras tengan por sí mismas un sentido intrínseco o de diccionario y, en ese sentido, no puede ser atribuido el significado más inmediato o ligado al uso común de la palabra, esto es, puesto en determinado sitio o situación. Así, para dilucidar cuál es el sentido corriente, usual u ordinario del término “situados” dentro del contexto del propio Convenio, es esencial constatar el uso del mismo en el Convenio en su totalidad.

El primer párrafo del artículo 4 “Residente” del Convenio señala que “la expresión “residente de un Estado Contratante” no incluye 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”. Complementando este apartado, se debe mencionar que el término “fuente” no es definido en los convenios para evitar la doble imposición empero Bernales (2011), citando a Van Raad, nos reporta que “en los tratados fiscales el concepto de “fuente” está relacionado con las reglas de atribución de la soberanía fiscal a los Estados contratantes. Efectivamente, los componentes de la renta que pueden ser sometidos a tributación por el otro Estado contratante se considera que tienen su “fuente” en ese Estado”. Asimismo, la doctrina u organismos internacionales también informan que el término “Estado de la fuente” se usa para denotar el Estado en el que fueron generados los ingresos o donde se originan los rendimientos.

El primer párrafo del artículo 6 “Rentas de bienes inmuebles” establece que “las rentas que un residente de un Estado Contratante obtenga de bienes inmuebles (incluidas las rentas de explotaciones agrícolas o forestales) “situados” en el otro Estado contratante pueden someterse a imposición en ese otro Estado. Complementando este apartado, el segundo párrafo del citado artículo indica que la expresión “bienes inmuebles” tendrá el significado que le atribuya el derecho del Estado contratante en que los bienes estén “situados”.

El primer párrafo del artículo 7 “Beneficios empresariales” dispone que “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 o ha realizado su actividad de dicha manera, los beneficios de la empresa pueden someterse a imposición en el otro Estado, pero sólo en la medida en que pueden atribuirse a ese establecimiento permanente”. Complementando este apartado, el primer párrafo del artículo 5 “Establecimiento permanente” indica que, en general, “la expresión “establecimiento permanente” significa un lugar fijo de negocios mediante el cual una empresa realiza toda o parte de su actividad”.

El primer párrafo del artículo 13 “Ganancias de capital” señala que “las ganancias que un residente de un Estado contratante obtenga de la enajenación de bienes inmuebles

“situados” en el otro Estado contratante sólo pueden someterse a imposición en este último Estado”.

El cuarto párrafo del artículo 13 “Ganancias de capital” prescribe que “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”.

El artículo 20 “Estudiantes” señala que “las cantidades que reciba para cubrir sus gastos de manutención, estudios o formación práctica un estudiante, aprendiz o una persona en práctica que sea, o haya sido inmediatamente antes de llegar a un Estado contratante, residente del otro Estado contratante y que se encuentre en el Estado mencionado en primer lugar con el único fin de proseguir sus estudios o formación práctica, no pueden someterse a imposición en ese Estado siempre que procedan de fuentes “situadas” fuera de ese Estado”.

De lo transcrito se desprende que el término “situadas” ha sido usado para hacer referencia a las rentas que son localizadas, producidas, generadas u originadas en el Estado de la fuente o situación y, en razón de ese criterio de vinculación objetivo, real o indirecto, están sometidas a imposición en ese Estado. Es de recordar que bajo este criterio, como resalta Pérez (2011), “el vínculo podrá ser más o menos explícito, desde las rentas efectivamente producidas en el territorio hasta las solamente percibidas en éste o las satisfechas por un residente de ese Estado”. Asimismo, se tiene que tomar en consideración que los factores de conexión relacionados con la situación o lugar de obtención de la renta no sólo son aquel donde se encuentren ubicados los bienes productores de riqueza o la situación o el lugar donde se desarrolle una actividad, sino también la situación o el lugar donde se han invertido los capitales. Sobre este particular, como se ha mencionado en la sección 3.4 del Capítulo 3, el Comité Financiero de la Sociedad de las Naciones fueron de la opinión que el mejor criterio para establecer las reglas de distribución de la potestad tributaria para evitar la doble imposición, era de la dependencia económica y, en línea con ello, en el informe de 1923, como reseña Rinsche y Vicente (1970), el citado comité aclara que “la sede material o “situs” no es importante desde el punto de vista de la vinculación financiera más que en la medida en que confirma la localización económica de la riqueza”. De ahí que, lógicamente, estos factores de conexión son estructurados de tal forma que

pongan de manifiesto la vinculación económica de una renta con el territorio del Estado de la fuente o situación.

En este sentido, resulta coherente cuando el término “situados” es empleado indistintamente de si los bienes productores de rentas o el establecimiento permanente, involucrados en las precedentes reglas de distribución de la potestad tributaria contenidas en el Convenio, pueden ser físicamente ubicados o desarrollada su actividad en el otro Estado contratante, toda vez que, como se ha explicado, el mismo tiene un sentido corriente más amplio dentro del contexto del Convenio, sugiriendo, en general, a las rentas vinculadas económicamente con el Estado de la fuente o situación y, por tanto, sujetas a imposición en el mismo. Un análisis similar presenta Villanueva (2014) cuando señala que “El lugar de situación en el caso de acciones que son bienes intangibles, no materiales, no es apropiado a su naturaleza, pues los intangibles no se sitúan o ubican como los bienes corporales en un determinado territorio, de modo que, el lugar de situación de bienes incorporales o intangibles, necesariamente, es un concepto normativo”.

Sin duda, en ejercicio de su potestad tributaria, el otro Estado contratante o Estado de la fuente o situación es quién establece cuáles son los hechos imposables para proceder a la imposición de las rentas que tienen su fuente de riqueza en su territorio.

Tratándose de las ganancias de capital obtenidas en la enajenación de acciones de una sociedad anónima por una persona no residente en Chile, a la entrada en aplicación del Convenio, esto es, el 1 de enero de 2004, su fuente de riqueza se encuentra en Chile cuando dicha sociedad se encuentra constituida en Chile y, cuando con motivo de la enajenación de acciones representativas de capital de una persona jurídica constituida en el extranjero, efectuada a una persona domiciliada, residente o constituida en Chile, cuya adquisición le permita, directa o indirectamente, tener participación en la propiedad o en las utilidades de otra sociedad, entre otros, de una sociedad anónima, constituida en Chile. Uno de los cuales, como se ha indicado, tiene naturaleza de cláusula antielusiva específica en la modalidad de hecho imponible complementario. Vale decir, en Chile existía dos hechos imposables o situaciones tipificados en su legislación interna que, al producirse, el residente en el extranjero tenga la obligación de pagar el impuesto chileno respecto a este tipo de renta. En Perú, por su parte, la fuente de riqueza se encuentra en su territorio cuando la sociedad anónima esté constituida en ese Estado.

Basado en el texto normativo del cuarto párrafo del artículo 13 “Ganancias de capital”, se interpreta que uno u otro Estado en su condición de otro Estado contratante o Estado de la fuente o situación pueden someter a imposición las indicadas ganancias según las disposiciones normativas previstas en su legislación interna para este tipo de ganancias, sin ninguna limitación. Y, en cuanto el Convenio tiene como objetivo y fin principal evitar la doble imposición internacional, es preciso considerar los demás textos normativos de su contexto para determinar la medida consensuada por ambos Estados para lograr dicho propósito, siendo ésta prescrita en su artículo 23 y en función del mismo, se elimina la doble imposición mediante la acreditación contra los impuestos chilenos y peruanos, los impuestos peruanos o chilenos correspondientes a esas rentas, según sea el caso.

Posteriormente a la entrada en aplicación del Convenio, tanto Perú como Chile han modificado su legislación interna a fin de reformar o incorporar hechos imposables o situaciones en relación con la enajenación de acciones o derechos representativos de capital de sociedades constituidas en uno u otro Estado con el ánimo de impedir que los contribuyentes continúen eludiendo el pago del impuesto cuando los residentes en el extranjero interponen una sociedad intermedia situada en otro Estado para llevar a cabo dicha enajenación.

En el 2011 Perú incorpora una cláusula antielusiva específica igualmente en la modalidad de hecho imponible complementario para ampliar el hecho imponible inicialmente tipificado en su legislación interna, de tal modo, califique como rentas de fuente peruana, las obtenidas por la enajenación indirecta de acciones y participaciones representativas del capital de personas jurídicas domiciliadas en Perú cuando se enajenan acciones y participaciones representativas del capital de una empresa no domiciliada en el país que a su vez es propietaria –en forma directa o por intermedio de otra u otras empresas- de acciones o participaciones representativas del capital de personas jurídicas domiciliadas en el país, siempre que en cualquiera de los doce (12) meses anteriores a la enajenación el valor de mercado de las acciones o participaciones de las personas jurídicas domiciliadas en el país de las que la empresa no domiciliada sea propietaria en forma directa o por intermedio de otra u otras empresas, equivalga al cincuenta por ciento (50%) o más del valor de mercado de todas las acciones o participaciones representativas del capital de la empresa no domiciliada; y, en un periodo cualquiera de doce meses se enajenen acciones o

participaciones que representen el diez por ciento (10%) o más del capital de la persona jurídica no domiciliada.

En el 2012 Chile reformó el hecho imponible complementario introducido en su legislación interna en el 2002, con el propósito que el mismo sea ampliado, toda vez que el hecho imponible prescrito inicialmente únicamente se configuraba en caso el adquirente fuese una persona domiciliada, residente o constituida en Chile, siendo imposible de gravar en Chile el mayor valor obtenido en la enajenación de activos extranjeros que provengan en forma sustancial de activos subyacentes, entre otros, acciones de sociedades anónimas, situados en ese Estado cuando el adquirente fuese una persona residente en el extranjero. Así, modificado el artículo 10 de la Ley del Impuesto a la Renta, se encuentran afectas al impuesto adicional, en carácter de único, las rentas obtenidas por un enajenante no residente ni domiciliado en el país, que provengan de la enajenación de derechos sociales, acciones, cuotas, bonos u otros títulos convertibles en acciones o derechos sociales, o de la enajenación de otros derechos representativos del capital de una persona jurídica constituida o residente en el extranjero, o de títulos o derechos de propiedad respecto de cualquier tipo de entidad o patrimonio, constituido, formado o residente en el extranjero, en los siguientes casos (...). Tales casos describen los criterios para determinar si los activos chilenos son sustanciales o de relevancia para la transacción en cuestión. Como señalan Winter y Lecaros (2015), “estos criterios están en función de la participación o peso de los activos chilenos en el valor total de la entidad extranjera, el valor absoluto de los activos chilenos, o la residencia o domicilio de la entidad que se enajena en el extranjero”.

Lo que ambos Estados han pretendido es que las ganancias de capital causadas en la enajenación de acciones u otros derechos representativos del capital de una sociedad sean sujetas a imposición en el Estado de la fuente o situación no sólo basado cuando las acciones son emitidas en dicho Estado sino igualmente teniendo en cuenta la situación o lugar donde se han invertido los capitales o, en palabras de Porus citado por Villanueva (2014), “en función al lugar de generación del valor económico de la inversión aun cuando las acciones objeto de enajenación hubieran sido emitidas en un país extranjero”.

Entonces, en Perú como en Chile, son dos hechos imponibles o situaciones tipificados en su legislación interna que, al producirse, el enajenante de títulos u otros derechos representativos del capital de una sociedad o de cualquier otro tipo de instrumento financiero, entre otros, acciones de sociedades anónimas, residente en Chile o Perú, tiene la

obligación de pagar el impuesto peruano o chileno respecto a la ganancia de capital obtenida en dicha enajenación. Y, como he expresado precedentemente, de acuerdo con el texto normativo del cuarto párrafo del artículo 13 “Ganancias de capital”, se interpreta que uno u otro Estado en su condición de otro Estado contratante o Estado de la fuente o situación pueden someter a imposición las indicadas ganancias según las disposiciones normativas previstas en su legislación interna para este tipo de ganancias, sin ninguna limitación. En consecuencia, en cuanto el Convenio tiene como objetivo y fin principal evitar la doble imposición internacional, es preciso considerar los demás textos normativos de su contexto para determinar la medida consensuada por ambos Estados para lograr dicho propósito, siendo ésta prescrita en su artículo 23 y en función del mismo, se elimina la doble imposición mediante la acreditación contra los impuestos chilenos y peruanos, los impuestos peruanos o chilenos correspondientes a esas rentas, según sea el caso, de acuerdo con las disposiciones normativas aplicables de la legislación interna de uno u otro Estado contratante. Es de precisar que, conforme con el inciso a) del numeral 2 del artículo 23 “Eliminación de la doble imposición”, Perú ha dejado constancia en el texto de este artículo que “el crédito considerado no podrá exceder, en ningún caso, la parte del impuesto a la renta del Perú, atribuible a la renta que puede someterse a imposición en Chile”.

De esta forma, interpretado en el sentido corriente u ordinario de los términos del cuarto párrafo del multicitado artículo 13 del Convenio, no se prevé ninguna limitación a la imposición de las ganancias de capital derivadas de la enajenación directa o indirecta de acciones o derechos representativos de capital de sociedades constituidas en uno u otro Estado, entre otros, acciones de sociedades anónimas, prescritas en su legislación interna. Es decir, como fuera anticipado, tanto Chile y Perú tienen potestad tributaria ilimitada para gravar las indicadas ganancias conforme con las disposiciones normativas contenidas en su legislación interna. En razón de esa imposición compartida sobre estas ganancias de capital es que el beneficio al cual tiene derecho el enajenante residente en Chile o Perú, en su condición de sujeto activo del mismo, es acreditar contra los impuestos chilenos o peruanos, los impuestos peruanos o chilenos correspondientes a esta renta, según corresponda, de acuerdo con las disposiciones normativas aplicables de la legislación interna de uno u otro Estado contratante y los textos normativos del Convenio.

En ese orden de ideas, Chile y Perú no han perdido su potestad tributaria como otro Estado contratante o Estado de la fuente o situación respecto de las ganancias de capital

obtenidas en la enajenación directa o indirecta de títulos u otros derechos representativos del capital de una sociedad o de cualquier otro tipo de instrumento financiero, entre otros, acciones de sociedades anónimas, situados en su territorio, en cumplimiento de lo prescrito en el cuarto párrafo del aludido artículo 13 del Convenio, y, en consecuencia, cuando se configuran los hechos imponibles o situaciones tipificadas en su legislación interna respecto de este tipo de rentas, el enajenante residente en Perú o en Chile tendrá la obligación de pagar el impuesto correspondiente en el otro Estado contratante o Estado de la fuente o situación. Siendo ello así, como el objetivo principal del Convenio es evitar la doble imposición internacional, Chile o Perú, en su posición de Estado de residencia del enajenante, se encontrará obligado a conceder contra su impuesto, el crédito tributario conformado por los impuestos pagados por el enajenante en el Estado de la fuente o situación, imputación que se efectuará según las disposiciones previstas en su legislación interna o por el mismo Convenio.

En mi opinión, el sentido de los textos normativos del citado cuarto párrafo del artículo 13 del Convenio ha sido posible ser interpretado mediante el significado corriente u ordinario de los términos empleados en su contexto, objetivo y fin, razón por la cual, no resulta necesario recurrir a los medios complementarios de interpretación.

En ese sentido, la imposición contenida en la incorporación de las cláusulas antielusivas específicas materia de estudio tipificados en el ordenamiento jurídico interno puede ser ejercida sin ninguna limitación en Chile o Perú como Estado de la fuente o situación en cumplimiento de lo dispuesto por el cuarto párrafo del mencionado artículo 13 del Convenio y los impuestos pagados por el enajenante residente en uno u otro Estado por aplicación de dichas cláusulas podrán ser imputados como crédito tributario en el Estado de su residencia para evitar una doble imposición.

Vemos, entonces, que las referidas cláusulas antielusivas no se contraponen o conflictúan con lo pactado en el Convenio. En efecto, estas cláusulas no impiden al enajenante residente en Chile o Perú ejercer su derecho a los beneficios tributarios consensuados por estos Estados para evitar una doble imposición sobre las ganancias de capital que obtendría en la enajenación directa o indirecta de títulos u otros derechos representativos del capital de una sociedad o de cualquier otro tipo de instrumento financiero situados en uno u otro Estado, entre otros, acciones de sociedades anónimas.



En virtud de lo anterior, se puede concluir que las cláusulas antielusivas específicas materia de estudio son compatibles con los preceptos normativos contenidos en el Convenio y, en consecuencia, nada impide la aplicación del gravamen establecido en tales cláusulas relacionadas con la imposición de las ganancias de capital obtenida en la enajenación directa o indirecta de títulos u otros derechos representativos del capital de una sociedad o de cualquier otro tipo de instrumento financiero situados en uno u otro Estado, entre otros, acciones de sociedades anónimas, incorporadas con posterioridad a la entrada en vigor del Convenio.

Había mencionado que mucho se ha discutido si las cláusulas antielusivas específicas pueden ser aplicadas cuando el Estado de la fuente o situación habiendo suscrito un convenio para evitar la doble imposición con el Estado de la residencia, no ha incluido manifiestamente en el texto normativo del mismo la regla de distribución de la potestad tributaria de la citada cláusula, más aún cuando la aplicación de la misma podría suponer que el Estado de la fuente o situación niegue el beneficio que está obligado a otorgar en cumplimiento del referido convenio. En ese escenario, resulta sumamente importante presentar a continuación tanto las interpretaciones afines como contrarias a la anteriormente expuesta.

#### **4.5.1. Interpretación basada en la remisión normativa prevista en el artículo 3.2 del Convenio**

Villanueva (2014) sostiene que “la aplicación de las cláusulas antielusivas específicas se justifican en la remisión supletoria dinámica de la ley interna para aquellos conceptos no definidos en el propio convenio para evitar la doble imposición, siendo que esta aplicación puede provenir de dos fuentes de remisión normativa: (i) la remisión normativa que realiza el propio convenio cuando dispone que la caracterización de cierto tipo de rentas se efectuará según la ley interna del país de la fuente, como es el caso de los dividendos en los convenios celebrados por el Perú; y, ii) la remisión normativa para completar los conceptos no definidos en el convenio a la ley interna de los Estados contratantes en ausencia de una definición única derivada del contexto del convenio conforme al artículo 3.2 del Modelo OCDE”. En función de esta última fuente, el autor considera que la aplicación de las

cláusulas antielusivas específicas pueden completar los conceptos normativos no definidos en el texto de los convenios para evitar la doble imposición.

Bajo ese entendimiento, en relación con la enajenación indirecta de acciones o derechos representativos de capital de sociedades constituidas en Perú por un enajenante residente en Chile, el autor examina si es posible aplicar esta cláusula antielusiva específica en aplicación del artículo 3.2 del Convenio, para la definición de acciones “situadas” en el otro Estado contratante. El referido artículo señala que “para la aplicación del Convenio por un Estado contratante en un momento dado, cualquiera expresión no definida en el mismo tendrá, a menos que de su contexto se infiera una interpretación diferente, el significado que en ese momento le atribuya la legislación de ese Estado relativa a los impuestos que son objeto del Convenio, prevaleciendo el significado atribuido por la legislación impositiva sobre el que resultaría de otras ramas del Derecho de ese Estado”. En atención del texto normativo antes transcrito, Villanueva argumenta que, en la medida que el lugar de situación de las acciones, necesariamente, es un concepto normativo no definido en el Convenio, a diferencia del artículo 12 de la Decisión 578 de la Comunidad Andina que otorga potestad tributaria al Estado en cuyo territorio se emitan las acciones, el lugar de la situación se define en función a la legislación interna del Estado de la fuente o situación u otro Estado contratante; y, por tanto, la enajenación de acciones se encuentran situadas en Perú en dos casos: i) cuando son emitidas por empresas o sociedades peruanas y ii) cuando las acciones son emitidas por empresas o sociedades extranjeras cuyo valor económico de dichas acciones se ha generado en el Perú.

Si bien ambos reconocemos el pleno ejercicio de la potestad tributaria de Perú para someter a imposición las ganancias de capital obtenidas en la enajenación indirecta de acciones o derechos representativos de capital de sociedades constituidas en Perú, aun cuando los argumentos jurídicos no son coincidentes, los mismos no son contradictorios, en tanto ambos asumimos que la “situación” de las acciones es un concepto fiscal normativo que permite establecer si la renta ha sido localizada, producida, generada u originada económicamente en el Estado de la fuente o situación.

Nótese, además, que en relación con la aplicación del segundo párrafo del artículo 3 del Convenio alegada por Villanueva, en mi opinión, es ineludible previamente interpretar el texto del mismo Convenio con el propósito de constatar que de su contexto no se infiere una interpretación diferente a cualquier expresión, que, a causa de no haber sido definida en el

indicado convenio, se le hubiese atribuido el significado concedido por la legislación interna del otro Estado contratante.

En atención a que los convenios para evitar la doble imposición son tratados internacionales, esta interpretación se efectúa de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin. De ahí que, desde la versión original del Modelo de Convenio elaborado por la OCDE, su Comité Fiscal deja claro la primacía de interpretar los términos de los convenios en el contexto de los mismos cuando expresa la frase “a menos que de su contexto se infiera una interpretación diferente”. No podría ser de otra manera, toda vez que, como he señalado, se entiende que el sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos implica que cada uno de ellos no tiene un sentido que le sea propio sino que éste depende de su uso dentro del contexto de un tratado o el tratado en su totalidad. Y, para que no quede ni sombra de duda, ciertamente, en 1992 la OCDE cree conveniente precisar qué se debe entender por contexto, agregando el párrafo 12 a los comentarios relacionados con el segundo párrafo del artículo 3 del citado modelo en los siguientes términos: “No obstante, el apartado 2 especifica que esto es aplicable solamente si el contexto no requiere una interpretación diferente. El contexto está constituido, en particular, por la intención de los Estados contratantes en el momento de la firma del convenio, así como por el significado que la legislación del otro Estado contratante atribuye al término de que se trate (referencia implícita al principio de reciprocidad en que se basa el convenio). Por consiguiente, los términos del artículo permiten cierta flexibilidad a las autoridades competentes”. Es de señalarse que la OCDE, expresa también los efectos que se pretenden surtir con la aplicación del aludido segundo apartado, en el siguiente párrafo de los mencionados comentarios: “Consecuentemente, los términos del apartado 2 establecen un equilibrio satisfactorio entre, por una parte, la necesidad de asegurar la permanencia de los compromisos contraídos por los Estados al firmar el convenio (ya que no puede permitirse que un Estado haga parcialmente inoperante un convenio modificando con posterioridad, en su legislación interna, el sentido de los términos no definidos en el mismo) y, por otra parte, las exigencias de una aplicación adecuada y práctica del convenio a lo largo del tiempo (debe evitarse la necesidad de referirse a conceptos anticuados)”: Queda claro que la OCDE ratifica el principio de buena fe que rige en la interpretación de los tratados, entre otros, los convenios para evitar la doble imposición, mediante el cual, por un lado, un Estado contratante no puede revocar sus compromisos internacionales asumidos

por actos de su legislación interna y, por otro lado, la interpretación de una disposición de un tratado se debe hacer en tal modo que surtan efecto las consecuencias consensuadas por las partes.

De lo antes expuesto, en lo personal no me queda claro el razonamiento de Villanueva para la aplicación del citado segundo párrafo del artículo 3 del Convenio, empero como resultado de su interpretación, el sentido atribuido a la expresión “situados en el otro Estado contratante” coincide con aquella obtenida de mi interpretación de esta expresión en el contexto del Convenio. Por lo cual, puede decirse que en la medida que el contexto del Convenio no requiere una interpretación diferente de la expresión no definida en la misma, resulta aplicable el criterio general de interpretación de los términos utilizados en el Convenio y no definidos en el mismo prescrita en el citado segundo párrafo del artículo 3 del Convenio. Como quiera que sea, en definitiva, su interpretación permite igualmente surtan efecto las consecuencias acordadas por las partes, entre otras, compartir la potestad tributaria respecto de las ganancias de capital obtenidas por la enajenación de títulos u otros derechos representativos del capital de una sociedad o de cualquier otro tipo de instrumento financiero, entre otros, acciones de sociedades anónimas, situados en el otro Estado contratante. Y, en consecuencia, la imposición contenida en las cláusulas antielusivas específicas materia de estudio tipificados en el ordenamiento jurídico interno puede ser ejercida sin ninguna limitación en Chile o Perú en cumplimiento de lo dispuesto por el cuarto párrafo del mencionado artículo 13 del Convenio y los impuestos pagados por el enajenante residente en uno u otro Estado por aplicación de dichas cláusulas podrán ser imputados como crédito tributario en el Estado de su residencia para evitar una doble imposición.

#### **4.5.2. Interpretación basada en la literalidad del término “situados” del numeral 4 del artículo 13 “Ganancias de Capital” del Convenio**

Bueno-Tizón (2014) expresa que comparte plenamente lo señalado por Muñoz Salgado, a saber, “la regla de gravamen del artículo 3.4 del CDI Perú-Chile supone que el enajenante (residente de un Estado contratante, en este caso Chile) enajena acciones emitidas por una sociedad del otro Estado contratante, por lo que debe inferirse que al señalarse que los títulos (acciones) estén “situados” en el otro Estado contratante, el objeto

de transferencia deben ser acciones “emitidas” en el otro Estado contratante (en este caso Perú). En adición a lo anterior, el autor manifiesta que cuando “el CDI Perú-Chile otorga potestad tributaria compartida al Estado contratante en donde se encuentren “situadas” las acciones que son enajenadas, la enajenación de acciones “situadas” en el Perú es una figura totalmente ajena a la hipótesis de incidencia de la enajenación indirecta, por lo que debe entenderse que el artículo 3.4 se refiere exclusivamente a la enajenación directa de acciones y no a la indirecta”. Por lo cual, en apreciación del citado autor, “será aplicable lo dispuesto en el artículo 13.5 del propio CDI Perú-Chile, siempre referido a las ganancias de capital, y según el cual las ganancias derivadas de la enajenación de cualquier otro tipo de bien distinto de los mencionados en los párrafos anteriores del propio artículo 13, solamente pueden someterse a imposición en el Estado contratante en que resida el enajenante. Es decir, para las ganancias de capital derivadas de cualquier otro tipo de enajenación (como pueden ser el caso de la enajenación indirecta de acciones), el CDI Perú-Chile otorga potestad tributaria exclusiva al Estado de la residencia”.

Pasa con frecuencia, que se interprete literalmente los textos normativos de los convenios para evitar la doble imposición no obstante que la interpretación de un tratado debe ser efectuada conforme la regla general de interpretación contenida en el numeral 1 del artículo 31 de la Convención de Viena, el cual prescribe que un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin. Tal vez la estrecha relación de la interpretación literal con el principio de legalidad en materia fiscal hace suponer la natural aplicación de dicha interpretación cuando se pretende esclarecer el sentido de los preceptos normativos de los convenios para evitar la doble imposición. Pero no se debe olvidar que estos convenios son tratados internacionales y, por tanto, su interpretación debe ser efectuada de buena fe. Esto implica elucidar lo realmente convenido por las partes en el texto de los mismos, teniendo en cuenta su objeto y fin, sin que ello implique preponderar la literalidad de las palabras, de tal modo, surtan efectos en sus intenciones. Así pues, si una de las consecuencias acordadas por los Estados contratantes fue compartir la potestad tributaria respecto de las citadas ganancias de capital dentro de lo previsto por su legislación interna, la interpretación propuesta por el autor produciría un efecto contrario o no contemplado por las partes. En efecto, como resultado de la interpretación del autor, se otorgaría potestad tributaria exclusiva al Estado de la residencia del enajenante. Lo cierto es que, como bien dice la Corte Suprema de Justicia de Chile citada por Aguilar (2009), “por el

principio fundamental de la buena fe (..) cuando una disposición de la convención se presta a dos interpretaciones, una de las cuales permite darle efectos y la otra no, debe preferirse la primera”. No se puede imponer, entonces, la interpretación propuesta por el autor, toda vez que no permitiría que surta efecto lo convenido por los Estados contratantes.

Resulta importante mencionar que, en caso la autoridad tributaria del Estado de la residencia del enajenante adopte la interpretación propuesta por el autor y, en razón de ella, no conceda contra su impuesto, el crédito tributario conformado por el impuesto pagado por éste en el Estado de la fuente o situación, se configuraría una de las situaciones que pudiera implicar una violación de tratados. Como se ha mencionado en el Capítulo 3, en razón del artículo 27 de la Convención de Viena prescribe que una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado, los Estados contratantes no pueden invocar la ausencia de leyes u órganos nacionales como justificación para el incumplimiento de sus compromisos internacionales asumidos o revocar los mismos por actos de su legislación interna o de sus órganos nacionales, pues de hacerlo comete un hecho ilícito que compromete la responsabilidad internacional del Estado. Así también cuando la OCDE invoca el citado artículo en su Reporte sobre la Violación de Convenios en materia tributaria emitido en 1989, advierte, como ejemplo, que las autoridades administrativas pueden adoptar medidas contrarias a las obligaciones contraídas en los convenios, configurándose, por tanto, una violación a los convenios en materia tributaria. En este sentido, habiendo sido convenido por los Estados contratantes, con la finalidad de evitar la doble imposición internacional, conceder contra su impuesto, un crédito tributario conformado por los impuestos pagados por el enajenante en el Estado de la fuente o situación, el Estado de la residencia no puede sustraerse de su obligación de otorgar este beneficio al cual tiene derecho el enajenante, lo cual supondría una responsabilidad internacional del Estado.

#### **4.5.3. Interpretación basada en la literalidad del término “otros bienes” del numeral 5 del artículo 13 “Ganancias de Capital” del Convenio**

Otra posición que existe es que la regla de distribución de la potestad tributaria aplicable a la ganancia de capital obtenida en la enajenación indirecta de acciones y

participaciones representativas del capital de personas jurídicas domiciliadas en Perú no está contenida en el artículo 13 “Ganancias de capital” y, por tanto, resulta de aplicación el texto normativo del artículo 21 “Otras rentas” del Convenio. Este artículo dispone que “las rentas de un residente de un Estado contratante no mencionadas en los artículos anteriores del presente Convenio y que provengan del otro Estado contratante, también pueden someterse a imposición en ese otro Estado contratante”. Esto es, los Estados contratantes han consensuado compartir la potestad tributaria respecto de las denominadas otras rentas.

Los autores que sostienen esta posición son igualmente de la opinión de que el cuarto párrafo del artículo 13 del Convenio no resulta aplicable porque consideran que cuando ésta señala que los títulos estén “situados” en el otro Estado contratante, el objeto de transferencia deben ser acciones “emitidas” en el otro Estado contratante. Empero, siguiendo la literalidad de los términos usados en el quinto párrafo del artículo 13 del Convenio, también sostienen que la expresión “cualquier otro bien distinto de los mencionados en los párrafos anteriores” no puede incluir títulos u otros derechos representativos del capital de una sociedad o de cualquier otro tipo de instrumento financiero, entre otros, acciones de sociedades anónimas, enajenados en forma indirecta, pues estos bienes están citados en el cuarto párrafo del artículo 13 “Ganancias de Capital”. De esta manera, los autores rechazan la idea de determinar la regla de distribución de la potestad tributaria de dicha enajenación en el aludido artículo 13 del Convenio y, por tanto, acuden a la regla general aplicable a las rentas no tratadas en los artículos precedentes del mismo, contenida en su artículo 21 “Otras rentas”. El resultado de esta interpretación es que tanto Chile como Perú tienen potestad tributaria ilimitada para gravar la ganancia de capital obtenida en la indicada enajenación.

Aunque el resultado de la interpretación antes descrita es semejante a la que sostengo, es decir, Chile y Perú pueden ejercer su derecho de imposición sobre las ganancias de capital obtenidas en la enajenación indirecta de acciones y participaciones representativas del capital de personas jurídicas domiciliadas en uno u otro Estado sin ninguna limitación como Estado de la fuente o situación, reitero que el sentido del término “situados” no puede ser entendido atendiendo a su significado más inmediato o ligado al uso común de este término, esto es, puesto en determinado sitio o situación. El sentido de dicho término no se explica por sí mismo sino que éste depende de su uso dentro del contexto del Convenio en su totalidad y teniendo en cuenta su objeto y fin. Así las cosas, es de recordar que, en función de la regla general de interpretación de la Convención de Viena, he

concluido que el término “situados” ha sido empleado para hacer referencia a las rentas que son localizadas, producidas, generadas u originadas en el Estado de la fuente o situación y, en razón de ese criterio de vinculación objetivo, real o indirecto, están sometidas a imposición en ese Estado. De ahí que entiendo que lo realmente convenido por Chile y Perú es compartir la potestad tributaria de las ganancias de capital causadas en la enajenación de títulos o derechos representativas del capital de personas jurídicas domiciliadas en uno u otro Estado, entre otras, acciones de sociedades anónimas, sea que dicha enajenación se efectúe en forma directa o indirecta.

Adicionalmente, destaca el hecho de que los autores afirmen que la enajenación de un bien no pueda ser contemplado en el artículo 13 “Ganancias de capital” del Convenio. Resulta contra la lógica, aun cuando el quinto párrafo de los comentarios a este artículo del Modelo de Convenio elaborado por la OCDE señala expresamente que “la expresión de “enajenación de bienes” utilizada en él comprende las ganancias de capital resultantes de la venta o permuta de bienes, y también de una enajenación parcial, de la expropiación, de las aportaciones a sociedades, de la venta de derechos, de la donación e incluso de la transmisión mortis causa”, marcando el ámbito de aplicación del citado artículo 13, pretender negar la aplicación de este artículo cuando estamos frente a las ganancias de capital de la enajenación de bienes, esto son, los títulos u otros derechos representativos del capital de una sociedad o de cualquier otro tipo de instrumento financiero. Se reporta también en los referidos comentarios, en su párrafo 20, que “el artículo se refiere en primer lugar, a las ganancias de capital que pueden someterse a imposición en el Estado donde los bienes enajenados están situados. Para las demás ganancias de capital, el apartado 5 atribuye la potestad tributaria al Estado de residencia de quien enajena”. Por tanto, si los autores sostienen que sobre la enajenación indirecta de estos bienes no resulta aplicable la regla contenida en el cuarto párrafo del aludido artículo 13, ellos deben recurrir a la regla general de distribución de la potestad tributaria contemplada en el artículo 13 “Ganancias de capital” del Convenio, la cual prescribe la imposición exclusiva al Estado de la residencia del enajenante.

Es de mencionar que la OCDE precisa en la sección 6 “Artículo 21: Otras rentas” de su Reporte “Cuestiones fiscales relacionados con el régimen de comercio de los derechos o permisos de emisión de dióxido de carbono y otros gases de efecto invernadero” del 26 de junio de 2014 que, tratándose de los ingresos o las ganancias derivadas de la enajenación



de los indicados bienes, “en vista del carácter residual del quinto párrafo del artículo 13, el cual dispone que “las ganancias derivadas de la enajenación de cualquier otro bien distinto de los mencionados apartados 1, 2, 3 y 4”, el artículo 21 nunca podrá ser aplicada a las ganancias procedentes del comercio de los referidos derechos o permisos o de algún otro bien (...)”. En otras palabras, esta organización consolida la noción de que toda ganancia de capital procedente de una enajenación de bienes se sujeta a las reglas de distribución de la potestad tributaria contenidas en el artículo 13 “Ganancias de capital” del Modelo de Convenio elaborado por la OCDE, no siendo posible acudir a las reglas previstas en el artículo 21 “Otras rentas”.

En suma, no comparto los argumentos jurídicos que soportan esta posición en tanto justifica el sentido de los términos usados en el quinto párrafo del artículo 13 “Ganancias de capital” del Convenio atendiendo al significado literal de los mismos, de la misma forma como acontece en la interpretación precedentemente expuesta, como si se tratase de disposiciones normativas emanadas del ordenamiento jurídico interno en materia fiscal, desconociendo el hecho que los convenios para evitar la doble imposición ostentan la naturaleza de tratados internacionales y, por tanto, la interpretación de los mismos debe ser efectuada de buena fe, es decir, elucidar lo realmente convenido por las partes en el texto del mismo, su contexto, objeto y fin.

#### **4.5.4. Interpretación del SII del numeral 4 del artículo 13 “Ganancias de Capital” del Convenio**

Inicialmente, el SII se había pronunciado en su Circular N° 14 del 7 de marzo de 2014 respecto de la aplicación de los convenios para evitar la doble tributación internacional a las rentas e impuesto que establecen los artículos 10 y 58 N° 3 de la LIR en los siguientes términos:

*“Los artículos 10 y 58 N° 3 de la LIR, establecen que se consideran rentas de fuente chilena, y por tanto, afectas al Impuesto Adicional establecido en esta última disposición, las rentas obtenidas por contribuyentes no domiciliados ni residentes en el país, en la enajenación de ciertos títulos o instrumentos, cuando la totalidad o una parte del valor de*

*éstos se encuentre representado por uno o más de los activos subyacentes situados en Chile que la norma legal indica.*

*Ahora bien, en virtud de lo estipulado en los Convenios para evitar la doble tributación internacional suscritos por Chile que se encuentren vigentes, se estima que los términos de éstos resultan aplicables a las rentas e impuesto referido, cuando el enajenante o adquirente en su caso, sean personas residentes del otro estado contratante, considerándose para estos efectos como comprendidas en el artículo “otras rentas” de dichos Convenios.*

*No obstante lo anterior, cuando el enajenante o adquirente, según corresponda, hayan ejercido la opción a que se refiere el inciso final, del N° 3, del artículo 58 de la LIR, de acoger la renta gravada allí señalada al régimen de tributación que habría correspondido aplicar de haberse enajenado directamente los activos subyacentes situados en Chile, tales rentas se considerarán como comprendidas en el artículo “ganancias de capital” de dichos Convenios, cuando el activo subyacente respectivo se comprenda dentro de aquellos bienes cuya ganancia de capital ampara el Convenio respectivo.*

*De acuerdo con lo indicado, resulte pertinente la aplicación de lo dispuesto en el inciso 11°, del N° 4, del artículo 74 de la LIR cuando corresponda, conforme se describe en la Circular N° 54 de 2013 de este Servicio”*

Sobre el particular, por un lado, lo que no quedaba claro en el razonamiento del SII es por qué, si los indicados convenios contemplan expresamente la categoría de renta de las ganancias de capital, se tendría que recurrir a la regla general aplicable a las rentas no tratadas en los artículos precedentes del convenio. Tampoco podría sostenerse que son rentas derivadas de fuentes no mencionadas expresamente, en tanto que, como sabemos, la enajenación de acciones u otros valores mobiliarios situados en el otro Estado contratante está comprendida en el artículo relativo a la imposición de las ganancias de capital. A este respecto, no se puede perder de vista lo resaltado por la OCDE en la sección 6 “Artículo 21: Otras rentas” de su Reporte “Cuestiones fiscales relacionados con el régimen de comercio de los derechos o permisos de emisión de dióxido de carbono y otros gases de efecto invernadero” del 26 de junio de 2014, a saber, “en vista del carácter residual del quinto párrafo del artículo 13, el cual dispone que “las ganancias derivadas de la enajenación de cualquier otro bien distinto de los mencionados apartados 1, 2, 3 y 4”, el artículo 21 nunca podrá ser aplicada a las ganancias procedentes del comercio de los referidos derechos o

permisos o de algún otro bien (...). Vale decir, como he declarado anteriormente, esta organización reafirma la noción de que toda ganancia de capital procedente de una enajenación de bienes se sujeta a las reglas de distribución de la potestad tributaria contenidas en el artículo 13 “Ganancias de capital” del Modelo de Convenio elaborado por la OCDE, no siendo posible acudir a las reglas previstas en el artículo 21 “Otras rentas”.

Por otra parte, Chile no puede condicionar el otorgamiento de los beneficios contemplados en un convenio para evitar la doble imposición internacional al ejercicio de la opción de acoger la renta gravada como si se hubiera enajenado directamente los activos subyacentes chilenos. Como se ha expresado reiteradamente, como compromisos asumidos por un Estado en sus relaciones con otros Estados, los mismos no pueden ser revocados unilateralmente por actos de su legislación interna o de sus órganos nacionales.

Frente a diversas consultas, el SII efectuó un nuevo estudio sobre la materia de nuestro interés, estimando necesario reemplazar las instrucciones respecto de la aplicación de los convenios para evitar la doble tributación internacional a las rentas e impuesto que establecen los artículos 10 y el numeral 3 del artículo 58 de la LIR mediante la Circular N° 59 del 14 de noviembre de 2014 con el siguiente texto:

*“Los artículos 10 y 58 N°3 de la LIR, establecen que se consideran rentas de fuente chilena, y por tanto, afectas al IA establecido en esta última disposición, las rentas obtenidas por contribuyentes no domiciliados ni residentes en el país, en la enajenación de ciertos títulos o instrumentos, cuando la totalidad o una parte del valor de éstos se encuentre representado por uno o más de los activos subyacentes situados en Chile que la norma legal indica.*

*Ahora bien, en virtud de lo estipulado en los Convenios para evitar la doble tributación internacional suscritos por Chile que se encuentren vigentes, se estima que los términos de éstos podrían ser aplicables a las rentas e impuesto referido, en particular cuando el enajenante sea una persona residente del otro estado contratante. Para los efectos indicados, se debe recurrir a lo dispuesto en cada convenio para determinar la situación tributaria de la renta que se determine. Ello, por cuanto las normas de los Convenios para evitar la doble imposición suscritos por Chile, que se refieren a las ganancias de capital, presentan diferencias importantes entre sí, y por ello no se puede establecer una regla única*

*de aplicación del impuesto del artículo 58 N°3 de la LIR en el contexto de los Convenios, sino que se debe considerar lo que dispone cada uno de ellos en particular”.*

*En el Convenio suscrito con España, por ejemplo, la norma que se refiere a la tributación de las ganancias de capital, dispone en el N°4, del artículo 13 que:*

*“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 a imposición en ese otro Estado Contratante si:*

*a) Proviene 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 período 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 16 por ciento del monto de la ganancia.”*

*De acuerdo a la norma transcrita, en el caso del subpárrafo a), las ganancias que un residente en España obtenga por la enajenación de acciones u otros derechos pueden someterse a imposición en Chile sin ninguna limitación, si la ganancia se deriva directa o indirectamente en más de un 50% de bienes inmuebles situados en Chile. Dicho párrafo autoriza la tributación de la totalidad de las ganancias atribuibles a las acciones a las que se aplica, incluso cuando una parte del valor de la acción proviene de activos distintos de la propiedad inmobiliaria situada en el Estado de la fuente, en este caso, en Chile. Esa situación podría darse por ejemplo, en el caso que se venda una sociedad española, dueña de una sociedad chilena, cuyo capital consiste en 55% de propiedad inmobiliaria. Dado que la ganancia por la venta de las acciones de la sociedad española se deriva en más de un*

*50% de bienes inmuebles situados en el país, Chile tiene derecho a gravar la ganancia total de la venta de acuerdo al Convenio.*

*En el subpárrafo b) se presenta una situación similar. En efecto, de acuerdo a esa norma la ganancia de capital que un residente de un Estado Contratante obtenga por la enajenación directa o indirecta de acciones u otros derechos representativos del capital en una sociedad constituida en el otro Estado Contratante, se puede gravar sin ninguna limitación en el otro Estado Contratante, si el perceptor de la ganancia ha poseído, directa o indirectamente, en cualquier momento dentro de un período de doce meses, esas acciones o derechos consistentes en un 20% o más del capital de esa sociedad.*

*Por lo expuesto, en el contexto del Convenio vigente con España, la ganancia obtenida en la enajenación de acciones u otros derechos en una sociedad constituida en España, que tenga como activos subyacentes acciones emitidas por sociedades constituidas en Chile, y siempre que se verifique el monto mínimo de participación en el capital en la sociedad constituida en Chile, se puede gravar en nuestro país con el impuesto del artículo 58 N°3 de la LIR.*

*En ambos casos, si no se cumple la participación mínima que exige el Convenio, también se puede gravar, pero la tasa que en definitiva se aplique no puede exceder de 16%.*

*De acuerdo con lo indicado, resulta pertinente la aplicación de lo dispuesto en el inciso 11°, del N° 4, del artículo 74 de la LIR, cuando corresponda, conforme se describe en la Circular N°54 de 2013 de este Servicio”.*

Lo primero y más importante que hay que resaltar es que, a diferencia de la instrucción anterior, el SII reconoce que la categoría de rentas aplicable es la de “ganancias de capital”; y, en esa línea, ante las rentas obtenidas por sujetos no domiciliados en Chile por concepto de la enajenación de acciones u otros derechos representativos del capital de una sociedad que provengan en forma sustancial de activos subyacentes situados en ese Estado, es necesario valorar si existe alguna limitación para que Chile ejerza su derecho de imposición sobre dichas rentas atendiendo a las reglas de reparto de potestad tributaria que han previsto y pactado en cada uno de los convenios para evitar la doble imposición suscritos con otros Estados.

Las consideraciones de esta última instrucción tienen sentido en tanto que, como he manifestado anteriormente, la incorporación de un presupuesto de hecho en el ordenamiento jurídico interno hace ineludible verificar si éste es compatible con los preceptos normativos consensuados en cada convenio celebrado por Chile, de tal modo, determinar si Chile puede ejercer su derecho de imposición sin ninguna limitación como Estado de la fuente o situación.

#### **4.5.5. Medios de interpretación complementarios**

Ante las opiniones divididas precedentemente descritas, algunos autores podrían apelar que, a su entender, el sentido del contenido normativo del párrafo cuarto del artículo 13 del Convenio establecido con base en la regla general de interpretación de la Convención de Viena igual deja ambiguo el sentido del término “situados” usado en dicho párrafo por los Estados contratantes. Creo, entonces, que estamos ante una situación en la cual no sólo se justifica sino también es conveniente acudir a los medios de interpretación complementarios, en particular a los trabajos preparatorios del tratado y a las circunstancias de su celebración, establecidos por el artículo 32 de la Convención de Viena. Pero, dejando claro que, como he explicado en el Capítulo 3, sólo se acude a estos medios para comprobar o confirmar el sentido atribuido a los términos del tratado conforme la regla general de la interpretación contenida en el artículo 31 de la Convención de Viena.

Uno de los trabajos preparatorios es el proyecto del tratado con el que se inicia las negociaciones. La propuesta peruana con la que se inicia las rondas de negociaciones con Chile prescribía en el cuarto párrafo de su artículo 13 “Ganancias de capital” lo siguiente:

*“4. Nada de lo establecido en el presente Convenio afectará la aplicación de la legislación de un Estado contratante para someter a imposición las ganancias de capital provenientes de la enajenación de cualquier otro tipo de propiedad distinta de las mencionadas en este artículo”.*

La finalidad de este texto normativo, conforme consta en el Resultado de la Consulta Ciudadana: Los Convenios para evitar la doble tributación y para prevenir la evasión fiscal (2001), fue “dejar abierta la posibilidad de gravar en fuentes dichas ganancias,

modificándose el Modelo de Convenio elaborado por la OCDE respecto a ganancias derivadas de la enajenación de otros bienes distintos a los previstos por este artículo, las cuales sólo pueden someterse a imposición en el Estado contratante en el que reside el transmitente”. Sabido es que Perú ha asentido expresamente que su modelo de convenio ha sido elaborado en base al modelo de la OCDE y de la ONU, toda vez que este último adapta el patrón de la OCDE a los problemas de los convenios celebrados entre países desarrollados y en vías de desarrollo, entre otros, la pérdida de recaudación y, además, pone más énfasis en los países en donde se produce la renta, restringiendo así las circunstancias en las cuales los inversionistas no residentes pueden operar sin pagar impuestos en el país de donde proviene la renta y deja abierta la posibilidad de imponer tasas de retención más altas sobre intereses, dividendos y regalías. Por eso, Perú como Estado de la fuente o situación inicialmente no renuncia a su potestad tributaria de gravar la ganancia de capital derivada de la enajenación de bienes distintos a bienes inmuebles, bienes muebles que formen parte del activo de un establecimiento permanente o de las denominadas bases fijas o de los mismos, buques o aeronaves explotados en tráfico internacional, o de embarcaciones dedicadas al transporte por aguas interiores.

En Chile, por su parte, para cuando inicia las rondas de negociación con Perú habían sido suscritos convenios de igual naturaleza con Canadá (1998), México (1998), Ecuador (1999), Polonia (2000) y la República Federativa del Brasil (2001). Respecto de la enajenación de otros bienes distintos a bienes inmuebles, bienes muebles que formen parte del activo de un establecimiento permanente o de las denominadas bases fijas o de los mismos, buques o aeronaves explotados en tráfico internacional, o de embarcaciones dedicadas al transporte por aguas interiores, la ganancia de capital obtenida en dicha enajenación se somete a las siguientes reglas de distribución de la potestad tributaria:

Tabla I: Convenios firmados por Chile hasta marzo de 2001

Fecha de celebración	Estado	Párrafo del artículo 13	Regla de distribución de la potestad tributaria
21-01-1998	Canadá	4	Nada de lo establecido en el presente Convenio afectará la aplicación de la legislación de un Estado Contratante para someter a imposición las ganancias de capital provenientes de la enajenación de cualquier otro tipo de propiedad distinta de las mencionadas en este artículo.
17-04-1998	México	4	Nada de lo establecido en el presente Convenio afectará la aplicación de la legislación de un Estado Contratante para someter a imposición las ganancias de capital provenientes de la enajenación de cualquier otro tipo de propiedad distinta de las mencionadas en este artículo.
26-08-1999	Ecuador	4	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.
		5	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.
03-10-2000	Polonia	4	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 instrumentos financieros situados en el otro Estado Contratante pueden someterse a imposición en ese otro Estado Contratante.
		5	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.
04-03-2001	República Federativa de Brasil	4	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.

Como es sabido, si bien Chile ha celebrado los convenios antes mencionados aplicando en términos generales los lineamientos del Modelo de Convenio elaborado por la OCDE, pero efectuando ciertas desviaciones conforme su ordenamiento jurídico interno y a políticas tributarias previamente definidas a la negociación de los convenios para evitar la doble imposición, en cada caso debido a la negociación bilateral y a la legislación del otro Estado contratante, ha convenido manifiestas variaciones de las reglas de distribución de la potestad tributaria concebidas inicialmente en sus propuestas. Por ello, no debe llamar la atención que, como resultado de los procesos de negociación con Ecuador y Polonia, Chile



como Estado de la fuente o situación hubiese cedido su potestad tributaria respecto de las ganancias de capital obtenidas de la enajenación de los bienes distintos a bienes inmuebles, bienes muebles que formen parte del activo de un establecimiento permanente o de las denominadas bases fijas o de los mismos, buques o aeronaves explotados en tráfico internacional, o de embarcaciones dedicadas al transporte por aguas interiores, con excepción de los títulos u otros derechos representativos del capital de una sociedad o de cualquier otro tipo de instrumento financiero situados en su territorio; y, tampoco resulta extraño que, Chile, como país importador de capitales, hubiera asegurado su potestad de gravar la enajenación de títulos u otros derechos representativos del capital de una sociedad o de cualquier otro tipo de instrumento financiero situados en su territorio.

Se puede decir que como resultado de la negociación bilateral entre Chile y Perú, aun cuando los dos Estados inicialmente proponen compartir su potestad tributaria sobre las ganancias de capital obtenida de la enajenación de los denominados “demás bienes”, finalmente desisten de dicha pretensión, empero jamás ceden su derecho de imposición sobre las ganancias de capital procedentes de la enajenación de títulos u otros derechos representativos del capital de una sociedad o de cualquier otro tipo de instrumento financiero situado en uno u otro Estado contratante. Situación diferente aconteció en las negociaciones entre Chile y México, en las cuales ambos convienen en compartir la potestad tributaria respecto de las aludidas ganancias de capital y, por tanto, no resultó necesario agregar una disposición normativa que verse explícitamente sobre las ganancias de capital causadas en la enajenación de títulos u otros derechos representativos del capital de una sociedad o de cualquier otro tipo de instrumento financiero situado en uno u otro Estado contratante.

Lógicamente, sí era consensuado con Perú, de igual modo como con Ecuador y Polonia, que la potestad tributaria de la ganancia de capital derivada de la enajenación de los demás bienes, salvo los citados títulos u otros derechos representativos del capital de una sociedad o de cualquier otro tipo de instrumento financiero situados en el Estado de la fuente, era exclusiva del Estado contratante en que resida el enajenante, era indispensable añadir una disposición normativa en el referido artículo 13 que exprese claramente la imposición compartida acordada sobre esos últimos bienes, a saber:

Tabla II: Convenio celebrado entre Perú y Chile, junio 2001

Fecha de celebración	Estado	Párrafo del artículo 13	Regla de distribución de la potestad tributaria
08-06-2001	Perú	4	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.
		5	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.

En relación con las circunstancias de la celebración del Convenio, económicamente, Chile era el sexto país de IED en Perú al 31 de diciembre de 2000 y, como consecuencia de la conocida segunda oleada de IED que se inició a comienzos de la década del 2000 en los países de América Latina y el Caribe, se asumía que el proceso de crecimiento económico que venía experimentando Perú motivaría la salida de capitales peruanos bajo la forma de IED hacía Chile, la cual para ese entonces, era sumamente incipiente. Por ello, tanto Chile como Perú consideraban que la suscripción del Convenio como instrumento jurídico que proporcionaría un marco de seguridad a la IED en uno u otro Estado, favorecería el incremento de IED en sus respectivos territorios. Más que razones suficientes para que ninguno de los dos Estados renuncie a su derecho de imposición sobre las ganancias de capital procedentes de la enajenación de títulos u otros derechos representativos del capital de una sociedad o de cualquier otro tipo de instrumento financiero situados en Chile o Perú.

Acorde con los medios de interpretación complementarios, se ha podido comprobar o confirmar el sentido atribuido a los términos del tratado conforme la regla general de la interpretación contenida en el artículo 31 de la Convención de Viena antes expuesto, toda vez que la intención de los Estados contratantes fue asegurar su potestad tributaria sobre las ganancias de capital de la enajenación de títulos u otros derechos representativos del capital de una sociedad o de cualquier otro tipo de instrumento financiero situados en el Estado de la fuente o situación, entre otros, acciones de sociedades anónimas.

Todo lo anterior refleja que la aplicación del gravamen establecido en las cláusulas antielusivas específicas materia de estudio es compatible con los preceptos normativos contenidos en el Convenio y, por tanto, se someterá a imposición las ganancias de capital

obtenidas en la enajenación directa o indirecta de títulos u otros derechos representativos del capital de una sociedad o de cualquier otro tipo de instrumento financiero situados en Chile o Perú, entre otras, acciones de sociedades anónimas. Y, en cuanto el Convenio tiene como objetivo y fin principal evitar la doble imposición internacional, es preciso considerar los demás textos normativos de su contexto para determinar la medida consensuada por ambos Estados para lograr dicho propósito, siendo ésta prescrita en su artículo 23 y en función del mismo, se elimina la doble imposición mediante la acreditación contra los impuestos chilenos y peruanos, los impuestos peruanos o chilenos correspondientes a esas rentas, según sea el caso.

#### **4.6. Análisis del tercer, cuarto y sexto párrafos del artículo 13 “Ganancias de Capital” del Convenio entre la República del Perú y los Estados Unidos Mexicanos para evitar la doble tributación y para prevenir la evasión fiscal en relación al Impuesto a la Renta y al Patrimonio**

El Gobierno de Ernesto Zedillo Ponce de León (1994-2000) es reconocido por haber impulsado fuertemente el proceso de integración económica regional entre México y los países de América Latina y el Caribe. En comparación con el creciente intercambio comercial entre Chile y México así como el significativo incremento en el ámbito de las IED en uno u otro Estado en la década de los noventa que, como he mencionado en la sección 4.4 de la presente tesis, justificó la celebración del Tratado de Libre Comercio entre el Gobierno de la República de Chile y el Gobierno de México en abril de 1998, Perú no sólo mantenía una disminuida IED sino también un reducido intercambio comercial con México durante esa década. En ese escenario, aun cuando Perú suscribe un compromiso para sustituir el ACE que regía sus relaciones comerciales con México por un tratado de libre comercio para fortalecer el intercambio comercial entre ambos Estados, después de casi tres años de negociación, únicamente fueron ampliadas las preferencias arancelarias contenidas en el citado acuerdo, dando lugar al ACE N° 8 en el marco de la Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI), el cual entró en vigor en el 2000.

El intercambio comercial entre ambos países no sufrió una sustancial mejora en los siguientes cinco años, razón por la cual las negociaciones para la ampliación del aludido acuerdo fueron iniciadas en enero de 2006. Entretanto, el flujo de IED mexicana desde el año 2000 al 2005 fue positiva y creciente, sobresaliendo las adquisiciones de sociedades peruanas por parte del Grupo México y América Móvil S.A. de C.V. en los años 2004 y 2005, respectivamente. Asimismo, México había manifestado su interés en celebrar un convenio para evitar la doble imposición desde el 2002. Sin embargo, recién en noviembre del 2005, Fernando Zavala Lombardi, Ministro de Economía y Finanzas del Gobierno de Alejandro Toledo Manrique (2001-2006) informa al Embajador de México en Perú, Antonio Guillermo Villegas Villalobos, la disposición de este Estado de iniciar las negociaciones para la celebración de un convenio para evitar la doble imposición con Perú, las mismas que no llegaron a concretarse en el corto plazo.

La Agencia de Promoción de la Inversión de Perú (PROINVERSION) reporta que el stock de inversión mexicana en el Perú en 2010 asciende a USD454.76 millones (2.2% del total del IED en Perú), convirtiéndolo en el cuarto destino de las inversiones mexicanas en América Latina y el Caribe, después de Brasil, República Dominicana y Colombia. Ciertamente, en abril de ese año CEMEX S.A.B. de C.V. anunció un proyecto de inversión para la construcción de una planta de cemento en Perú y, luego, en mayo se anunció que ICA S.A.B. de C.V. adquirió el 32% de las acciones de LP Holding Los Portales S.A., empresa peruana con participación en la construcción de vivienda popular, estacionamiento, hoteles, centros comerciales e infraestructura. Por su parte, Perú es el octavo inversionista extranjero en México, después de España, Reino Unido, Estados Unidos, Holanda, Chile, Panamá y Colombia. En ese escenario, ante la persistencia de México, el 2 de agosto de 2010 el Gobierno de Perú comunica su buena disposición para iniciar las negociaciones en el primer semestre del 2011. A su vez, frente al término del aludido ACE N° 8, su última renovación vencía el 31 de diciembre de 2011, y siendo igualmente próxima la culminación del Segundo Gobierno de Alan García Pérez (2006-2011), el 28 de julio de 2011, fueron aceleradas las negociaciones iniciadas en enero de 2006, empero teniendo como propósito sustituir el citado acuerdo por un tratado de libre comercio entre ambos Estados.

El Acuerdo de Integración Comercial Perú y México se firmó en Lima el 6 de abril de 2011 con la presencia del Presidente del Gobierno del Perú, Alan García Pérez, y el Secretario de Economía de México, Bruno Ferrari García de Alba. Y, como he mencionado

anteriormente, la materia tributaria no ha sido meramente aislada a la celebración de los tratados de libre comercio por México, razón por la cual, a pesar de que la apertura formal de la primera ronda de negociaciones del convenio para evitar la doble tributación entre ambos países había sido planificada para la semana del 11 al 15 de abril de 2011, en la ciudad de Lima, se dispuso suscribir el citado convenio en la “Cumbre de Lima para la Integración Profunda” a llevarse a cabo el 28 de abril de 2011, toda vez que el Presidente de México, Felipe Calderón, efectuaría una visita oficial con motivo de su asistencia a esta importante cumbre. Esta cumbre estableció la conocida “Alianza del Pacífico” para la conformación de un área de integración profunda en el marco del Arco del Pacífico Latinoamericano.

Así las cosas, el 27 de abril de 2011 fueron firmados el Convenio entre la República de Perú y los Estados Unidos Mexicanos para Evitar la Doble Tributación y para prevenir la Evasión Fiscal en relación con los Impuestos sobre la Renta, y su Protocolo que constituye parte integrante del mismo (Convenio), por el Señor Ministro de Relaciones Exteriores del Perú, Embajador José Antonio García Belaunde y por la Secretaria de Relaciones Exteriores de México, Embajadora Patricia Espinosa Cantellano, en la ciudad de Lima.

Mediante Resolución Suprema N° 018-2012-RE del 21 de enero de 2012 el Ministerio de Relaciones Exteriores remite al Congreso de la República del Perú la documentación relativa al Convenio y su Protocolo para el perfeccionamiento interno del mismo. Posteriormente, con fecha 9 de marzo de 2012, el Ministro de Relaciones Exteriores de Perú, Rafael Roncagliolo Orbegoso, remite el expediente sustentatorio al Presidente del Congreso de la República como parte del proceso de aprobación del mencionado Convenio por ese Poder del Estado. Esta aprobación se otorga el 27 de diciembre de 2013 mediante Resolución Legislativa N° 30144. Fue ratificado el 16 de enero de 2014 a través del Decreto Supremo N° 003-2014-RE por el Presidente de la República, Ollanta Humala Tasso, entrando en vigor internacional el 19 de febrero de 2014. Las disposiciones normativas del Convenio fueron publicadas el 21 de febrero de 2014.

En relación con el artículo 13 “Ganancias de Capital” del Convenio entre la República de Perú y los Estados Unidos Mexicanos para Evitar la Doble Tributación y para prevenir la Evasión Fiscal en relación con los Impuestos sobre la Renta, y su Protocolo que constituye parte integrante del mismo, se establece lo siguiente:

*“1. Las ganancias que un residente de un Estado Contratante obtenga de la enajenación de bienes inmuebles, tal como se definen en el Artículo 6, situados en el otro Estado Contratante, pueden someterse a imposición en ese otro Estado.*

*2. Las ganancias derivadas de la enajenación de bienes muebles que formen parte del activo de un establecimiento permanente que una empresa de un Estado Contratante tenga en el otro Estado Contratante, o de bienes muebles que pertenezcan a una base fija que un residente de un Estado Contratante tenga en el otro Estado Contratante para la prestación de servicios personales independientes, comprendidas las ganancias derivadas de la enajenación de este establecimiento permanente (sólo o con el conjunto de la empresa) o de esta base fija, pueden someterse a imposición en ese otro Estado.*

*3. Las ganancias derivadas de la enajenación de acciones u otros derechos similares en una sociedad, cuyos bienes consistan, directa o indirectamente, en más de un 50% en bienes inmuebles situados en un Estado Contratante, pueden someterse a imposición en ese Estado.*

*4. Adicionalmente a las ganancias gravables de conformidad con lo dispuesto en los párrafos anteriores, las ganancias que un residente de un Estado Contratante obtenga de la enajenación de acciones, participaciones u otro tipo de derechos en el capital de una sociedad residente del otro Estado Contratante pueden someterse a imposición en ese otro Estado, siempre que el receptor de la ganancia, en cualquier momento durante el periodo de 12 meses anterior a dicha enajenación, junto con todas las personas relacionadas con el receptor, hayan tenido una participación de al menos 20% en el capital de dicha sociedad.*

*5. Las ganancias derivadas de la enajenación de buques o aeronaves explotados en tráfico internacional, o de bienes muebles afectos a la explotación de dichos buques, o aeronaves, sólo pueden someterse a imposición en el Estado Contratante donde resida el enajenante.*

*6. Las ganancias de capital distintas a las mencionadas en los párrafos anteriores del presente Artículo pueden someterse a imposición en ambos Estados Contratantes”.*

Por su parte, el numeral 5 “Artículos 11 y 13” del Protocolo establece que “Las disposiciones de esos artículos no se aplicarán si el perceptor de la renta, siendo residente de un Estado Contratante, no está sujeto a imposición o está exento en relación ganancias

derivadas de la enajenación de acciones u otros derechos similares en una sociedad con esa renta de acuerdo con las leyes de ese Estado Contratante. En este caso, esta renta puede estar sujeta a imposición en el otro Estado Contratante”.

De lo antes transcrito se desprende que las disposiciones normativas del artículo 13 “Ganancias de Capital” del Convenio si contienen reglas especiales de distribución de la potestad tributaria para las ganancias de capital resultantes de la enajenación de acciones, participaciones u otro tipo de derechos representativos del capital de una sociedad situada en uno u otro Estado contratante, específicamente, cuando el valor que las subyace está compuesto directa o indirectamente en al menos un cincuenta (50) por ciento por bienes inmuebles situados en un Estado contratante o siempre que el receptor de la ganancia, en cualquier momento durante el periodo de doce (12) meses anterior a dicha enajenación, junto con todas las personas relacionadas con el receptor, hayan tenido de al menos 20% en el capital de la sociedad residente en el otro Estado contratante.

Es pertinente recordar que México, en razón de su adhesión como país miembro número 25 de la OCDE en 1994, formuló una reserva a la regla general establecida en el cuarto apartado del artículo 13 “Ganancias de Capital” del Modelo de Convenio elaborado por la OCDE, con la finalidad de retener la posibilidad de aplicar las disposiciones de su legislación interna relativas a la imposición de las ganancias de capital derivadas de la enajenación de acciones o derechos que formen parte de una participación sustantiva en una sociedad residente en México, o de acciones o derechos de sociedades cuyos activos consisten principalmente en bienes inmuebles situados en su territorio. De ahí que el artículo 13 “Ganancias de Capital” del Modelo de Convenio desarrollado por México preceptúa estas reservas como supuestos de exclusión en sus apartados segundo y tercero, en tanto, como sabemos, si las ganancias de capital obtenidas por la enajenación de acciones u otros derechos representativos del capital no son tratadas explícitamente, éstas tributarían exclusivamente en el Estado de residencia del cedente, perdiendo todo derecho de imposición sobre las mismas el Estado de la fuente o situación. El texto normativo del citado artículo 13 del Modelo de Convenio elaborado por México es el siguiente:

*“1. Las ganancias que un residente de un Estado Contratante obtenga de la enajenación de bienes inmuebles, tal como se definen en el Artículo 6, situados en el otro Estado Contratante, pueden someterse a imposición en este otro Estado.*

*2. Las ganancias derivadas de la enajenación de acciones u otros derechos similares en una sociedad, cuyos bienes consistan, directa o indirectamente, en más de un 50% en bienes inmuebles situados en un Estado Contratante, pueden someterse a imposición en ese Estado.*

*3. Adicionalmente a las ganancias gravables de conformidad con lo dispuesto en los párrafos anteriores, las ganancias que un residente de un Estado Contratante obtenga de la enajenación de acciones, participaciones u otro tipo de derechos en el capital de una sociedad u otra persona moral residente del otro Estado Contratante pueden someterse a imposición en ese otro Estado, siempre que el receptor de la ganancia, en cualquier momento durante el periodo de 12 meses anterior a dicha enajenación, junto con todas las personas relacionadas con el receptor, hayan tenido una participación de al menos 25% en el capital de dicha sociedad o persona moral.*

*4. Las ganancias derivadas de la enajenación de bienes muebles que formen parte del activo de un establecimiento permanente que una empresa de un Estado Contratante tenga en el otro Estado Contratante, comprendidas las ganancias derivadas de la enajenación de dicho establecimiento permanente (solo o con el conjunto de la empresa) pueden someterse a imposición en ese otro Estado.*

*5. Las ganancias obtenidas por un residente de un Estado Contratante de la enajenación de buques o aeronaves explotados en tráfico internacional, o de bienes muebles afectos a la explotación de dichos buques o aeronaves, sólo pueden someterse a imposición en ese Estado.*

*6. Las ganancias derivadas de la enajenación de cualquier otro bien distinto a los mencionados en los párrafos anteriores del presente Artículo, sólo pueden someterse a imposición en el Estado Contratante en que resida el enajenante”*

Vemos, entonces, que los textos normativos de los apartados segundo y tercero antes descritos fueron incorporados como los párrafos tercero y cuarto en las disposiciones normativas establecidas en el artículo 13 “Ganancias del Capital” del Convenio, empero con una variación en cuanto el porcentaje de participación sustantiva en una sociedad residente en el Estado de la fuente o situación u otro Estado contratante, de 25% fue reducido a 20% en el Convenio.



Para ese entonces, por lo que respecta a las ganancias de capital obtenidas en la enajenación de acciones o de títulos valores que representasen la propiedad de bienes, se consideraba que la fuente de riqueza se encontraba en México, cuando era residente en dicho Estado las personas que los hayan emitido o cuando el valor contable de dichas acciones provenía directa o indirectamente en más de un 50% de bienes inmuebles ubicados en el citado país; y, por su parte, tratándose de la enajenación de acciones de una sociedad anónima constituida en Perú por un no residente en dicho Estado, su legislación interna establecía que las citadas ganancias calificaban como rentas de fuente peruana. Asimismo, el legislador peruano había instaurado como renta de fuente peruana aquella ganancia de capital lograda por un sujeto no residente en Perú con motivo de la enajenación de acciones o participaciones representativas del capital de una persona jurídica no domiciliada en el país que, a su vez, es propietaria –en forma directa o por intermedio de otra u otras personas jurídicas- de acciones o participaciones representativas del capital de una o más personas jurídicas domiciliadas en el país, siempre que se cumplan los requisitos previstos en su Ley del Impuesto a la Renta.

A diferencia del convenio para evitar la doble imposición celebrado entre Chile y México en 1998, así como aquel suscrito entre Chile y Perú en 2001, las cláusulas antielusivas específicas materia de estudio se encontraban incorporadas en el ordenamiento jurídico interno de uno u otro Estado contratante a la fecha de celebración del Convenio. Y, por tanto, es necesario verificar si estos presupuestos de hecho son compatibles con los preceptos normativos contenidos en el Convenio. Vale decir, si los citados presupuestos pueden estar, actuar o coexistir sin entrar en conflicto con las disposiciones normativas del Convenio.

Evaluar la compatibilidad de los indicados textos normativos es una labor de interpretación del Convenio teniendo en cuenta la regla general de interpretación y los medios de interpretación complementarios consagrados en los artículos 31 y 32 de la Sección Tercera de la Parte II “Celebración y entrada en vigor de los tratados” de la Convención de Viena, denominada “Interpretación de los Tratados”, los mismos que tienen como únicos límites el texto mismo del Convenio, su contexto, objeto y fin. Es de precisar que sólo después de haber obtenido el resultado de interpretación conforme con la regla general de interpretación, se puede aplicar los medios de interpretación complementarios, de ser el caso.

En ese sentido, considerando que los ingresos o las ganancias derivadas de la enajenación de cualquier bien se encuentran sujetos a las reglas de distribución de la potestad tributaria contenidas en el artículo 13 “Ganancias de Capital” del Convenio, es ineludible interpretar las disposiciones normativas de dicho artículo conforme la regla general de interpretación prescrita en el numeral 1 del artículo 31 de la Convención de Viena, la cual dispone que un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin. Y, de ahí establecer si la imposición contenida en las cláusulas antielusivas específicas materia de estudio tipificados en el ordenamiento jurídico interno se encuentra limitada, eliminada o si, por el contrario, esta imposición puede ser ejercida sin ninguna limitación en el Estado de la fuente o situación, conforme las reglas de distribución de la potestad tributaria de las ganancias de capital obtenidas por residentes en uno u otro Estado convenidas por México y Perú y manifestadas en el texto del Convenio.

Recordemos que el artículo 13 del Convenio si regula expresamente ciertas reglas de distribución de la potestad tributaria aplicable a las ganancias de capital obtenidas de la enajenación de acciones u otros derechos representativos del capital de una sociedad residente en uno u otro Estado y, en virtud de tales reglas, contenida en los párrafos tercero y cuarto del citado artículo, ambos Estados contratantes como Estado de la fuente o situación consensuaron en compartir la potestad tributaria respecto de dichas ganancias.

La primera de las reglas, contenida en el tercer apartado, señala lo siguiente:

*“3. Las ganancias derivadas de la enajenación de acciones u otros derechos similares en una sociedad, cuyos bienes consistan, directa o indirectamente, en más de un 50% en bienes inmuebles situados en un Estado Contratante, pueden someterse a imposición en ese Estado”.*

Bajo el sentido corriente de este texto normativo, se puede interpretar que ambos Estados contratantes han mantenido su potestad tributaria para gravar las ganancias de capital derivadas de la enajenación de acciones u otros derechos representativos del capital de una sociedad solamente cuando los bienes que forman parte del patrimonio de esta sociedad esté conformado en más de un cincuenta (50) por ciento en bienes inmuebles situados en su territorio. Es decir, la intención de Perú y México, manifestada en el texto del Convenio, fue que este tipo de rentas puedan gravarse sin ninguna limitación en el Estado

de la fuente o situación. Y, en cuanto el Convenio tiene como objeto y fin principal evitar la doble imposición internacional, es preciso considerar las demás disposiciones normativas de su contexto para determinar la medida acordada por ambos Estados para lograr dicho propósito, siendo ésta prescrita en su artículo 23 y en función del mismo, se elimina la doble imposición mediante la acreditación contra los impuestos peruanos o mexicanos, los impuestos mexicanos o peruanos correspondientes a esas rentas, según corresponda, de acuerdo con las disposiciones normativas aplicables de la legislación interna de uno u otro Estado contratante y los textos normativos del Convenio.

Ciertamente, la legislación fiscal emanada en el mismo ordenamiento jurídico interno de México establece como renta de fuente mexicana a las ganancias de capital obtenidas en la enajenación de acciones cuando el valor contable de las mismas provenga directa o indirectamente en más de un 50% de bienes inmuebles ubicados en su territorio y, en aplicación del citado tercer párrafo del artículo 13 del Convenio, México como Estado de la fuente o situación o otro Estado contratante puede ejercer su derecho de imposición sobre dichas ganancias sin ninguna limitación. Es importante resaltar que, respecto de las ganancias de capital resultado de una enajenación indirecta de acciones, el único hecho imponible complementario previsto en la legislación interna de México es, precisamente, cuando el valor contable de las acciones enajenadas se origina en más de un cincuenta (50) por ciento de bienes inmuebles ubicados en su territorio. Siendo ello así, es claro que México aseguró su derecho de imposición conforme los preceptos normativos establecidos en su legislación interna.

Por su parte, tratándose de las ganancias de capital producto de la enajenación indirecta de acciones, la legislación peruana dispone que se produce una enajenación indirecta cuando se enajenan acciones o participaciones representativas del capital de una empresa no domiciliada en el país que a su vez es propietaria —en forma directa o por intermedio de otra u otras empresas— de acciones o participaciones representativas del capital de personas jurídicas domiciliadas en el país, siempre que en cualquiera de los doce (12) meses anteriores a la enajenación el valor de mercado de las acciones o participaciones de las personas jurídicas domiciliadas en el país de las que la empresa no domiciliada sea propietaria en forma directa o por intermedio de otra u otras empresas, equivalga al cincuenta por ciento (50%) o más del valor de mercado de todas las acciones o participaciones representativas del capital de la empresa no domiciliada; y, en un periodo

cualquiera de doce meses se enajenen acciones o participaciones que representen el diez por ciento (10%) o más del capital de la persona jurídica no domiciliada. Este texto normativo implica que el derecho de imposición sobre las ganancias de capital obtenidas en la enajenación indirecta de acciones de una persona jurídica domiciliada en Perú no está circunscrito a que los valores de tales acciones provengan en más de un cincuenta (50) por ciento de bienes inmuebles ubicados en su territorio. En suma, es un supuesto imponible con un alcance mucho más amplio que aquel instaurado por México en el 2004. Lógicamente, en cumplimiento del aludido tercer párrafo del artículo 13 “Ganancias de Capital” del Convenio, Perú no puede gravar las ganancias de capital procedentes de la enajenación indirecta de acciones cuando no se cumpla la condición de que valor de estas acciones procedan en más de un cincuenta (50) por ciento de bienes inmuebles ubicados en su territorio.

La segunda de las reglas, contenida en el cuarto apartado, señala lo siguiente:

*“4. Adicionalmente a las ganancias gravables de conformidad con lo dispuesto en los párrafos anteriores, las ganancias que un residente de un Estado Contratante obtenga de la enajenación de acciones, participaciones u otro tipo de derechos en el capital de una sociedad residente del otro Estado Contratante pueden someterse a imposición en ese otro Estado, siempre que el receptor de la ganancia, en cualquier momento durante el periodo de 12 meses anterior a dicha enajenación, junto con todas las personas relacionadas con el receptor, hayan tenido una participación de al menos 20% en el capital de dicha sociedad”.*

Bajo el sentido corriente de este texto normativo, se puede interpretar que ambos Estados han convenido que únicamente podrán ejercer su derecho de imposición sobre las ganancias de capital derivadas de la enajenación de acciones, participaciones u otros derechos en el capital de una sociedad residente del Estado de la fuente o situación, siempre que el receptor de la ganancia, en cualquier momento durante el periodo de 12 meses anterior a dicha enajenación, junto con todas las personas relacionadas con el receptor, hayan tenido una participación de al menos 20% en el capital de la sociedad en cuestión. Uno podrá percatarse que la intención de Perú y México, manifestada en el texto del Convenio, fue sólo aplicar las disposiciones de su legislación interna relativas a la imposición de las ganancias de capital derivadas de la enajenación de acciones o derechos que formen parte de una participación sustantiva en una sociedad residente en uno u otro Estado. De resultar aplicable la imposición en el Estado de la fuente o situación u otro Estado contratante, en cuanto el Convenio tiene como objeto y fin principal evitar la doble imposición

internacional, la medida acordada por ambos Estados para lograr dicho propósito se encuentra prescrita en su artículo 23 y en función del mismo, se elimina la doble imposición mediante la acreditación contra los impuestos peruanos o mexicanos, los impuestos mexicanos o peruanos correspondientes a esas rentas, según corresponda, de acuerdo con las disposiciones normativas aplicables de la legislación interna de uno u otro Estado contratante y los textos normativos del Convenio.

Otra consecuencia de este texto normativo es que Perú no podría gravar las ganancias de capital obtenidas en la enajenación indirecta de acciones y participaciones representativas del capital de personas jurídicas domiciliadas en el Perú, toda vez que dicho texto limita su aplicación a acciones, participaciones u otros derechos en el capital de una sociedad “residente del otro Estado contratante”. Y, como sabemos, nos encontramos ante una enajenación indirecta de acciones o participaciones, cuando personas residentes en el extranjero interponen una sociedad intermedia situada en otro Estado para llevar a cabo la enajenación de acciones o derechos representativos de capital de sociedades residentes en un Estado. Es decir, las acciones o participaciones enajenadas son representativas del capital de una sociedad no residente del otro Estado contratante. En esa misma línea de interpretación, Bueno-Tizón (2014) advierte que “se habla de enajenación de acciones de una sociedad residente del otro Estado contratante, por lo que puede entenderse que se refiere exclusivamente a la enajenación directa y deja de lado la enajenación indirecta”.

Todo lo anterior refleja que, de acuerdo con las reglas especiales de distribución de la potestad tributaria para las ganancias de capital resultantes de la enajenación de acciones, participaciones u otro tipo de derechos representativos del capital de una sociedad residente en uno u otro Estado contratante, la imposición de las ganancias de capital obtenida en la enajenación indirecta de acciones y participaciones representativas del capital de personas jurídicas domiciliadas en el Perú no podrá ser ejercida sin ninguna limitación. En efecto, en cumplimiento de las indicadas reglas, Perú no puede gravar las ganancias de capital procedentes de la enajenación indirecta de acciones cuando no se cumpla la condición de que los valores de estas acciones procedan en más de un cincuenta (50) por ciento de bienes inmuebles ubicados en su territorio.

Así las cosas, es necesario verificar la regla general de distribución de la potestad tributaria para las ganancias de capital dispuesta en el artículo 13 “Ganancias de Capital” del Convenio, a saber:

*“6. Las ganancias de capital distintas a las mencionadas en los párrafos anteriores del presente artículo pueden someterse a imposición en ambos Estados contratantes”.*

Conforme el sentido corriente del texto, se puede interpretar que, para todas las demás enajenaciones, las ganancias de capital resultado de las mismas pueden someterse a imposición en ambos Estados contratantes. Es decir, tanto Perú y México tienen potestad tributaria ilimitada para gravar las indicadas ganancias según lo previsto en las disposiciones normativas contenidas en su legislación interna. De ahí que, tratándose de las ganancias de capital derivadas de la enajenación indirecta de acciones cuando no se cumple la condición de que los valores de estas acciones procedan en más de un cincuenta (50) por ciento de bienes inmuebles ubicados en Perú, igualmente este Estado podrá aplicar su derecho de imposición de acuerdo con su legislación interna sin ningún tipo de restricción. Precisamente, esa fue la intención del Estado peruano, como se desprende del Informe N° 102-2011-EF del 12 de julio de 2011, el cual forma parte del expediente sustentatorio, a fin de considerar la aprobación del Convenio por parte del Poder Legislativo, cuando señala “Asimismo, se acordó la imposición compartida sin límites de las ganancias de capital que no tienen un tratamiento especial en el presente artículo. Así, el Perú consiguió asegurar la potestad de gravar la enajenación indirecta de acciones”. Y, en cuanto el Convenio tiene como objetivo y fin principal evitar la doble imposición internacional, se considera los demás textos normativos de su contexto para determinar la medida consensuada por ambos Estados para lograr dicho propósito, siendo ésta prescrita en su artículo 23 y en función del mismo, se elimina la doble imposición mediante la acreditación contra el impuesto mexicano, el impuesto peruano correspondientes a esa renta, de acuerdo con las disposiciones normativas aplicables de la legislación interna de México y los textos normativos del Convenio.

En virtud de todo lo anterior, México y Perú han asegurado su potestad tributaria como otro Estado contratante o Estado de la fuente o situación respecto de las ganancias de capital obtenidas en la enajenación indirecta de acciones, participaciones u otros derechos similares en una sociedad, entre otros, acciones de sociedades anónimas, conforme lo previsto en las disposiciones normativas contenidas en su legislación interna. En consecuencia, cuando se configuran los hechos imposables o situaciones tipificadas en su legislación interna respecto de este tipo de rentas, el enajenante residente en Perú o México tendrá la obligación de pagar el impuesto correspondiente en el otro Estado contratante o

Estado de la fuente o situación. Por lo cual, en tanto el objetivo principal del Convenio es evitar la doble imposición internacional, Perú o México, en su posición de Estado de residencia del enajenante, se encontrará obligado a conceder contra su impuesto, el crédito tributario conformado por los impuestos pagados por el enajenante en el Estado de la fuente o situación, imputación que se efectuará según las disposiciones previstas en su legislación interna o por el mismo Convenio.

En mi opinión, el sentido de los textos normativos de los párrafos tercero, cuarto y sexto del artículo 13 “Ganancias de Capital” del Convenio ha sido posible ser interpretado mediante el significado corriente u ordinario de los términos empleados en su contexto, objetivo y fin, razón por la cual, no resulta necesario recurrir a los medios complementarios de interpretación.

En ese sentido, la imposición contenida en las cláusulas antielusivas específicas materia de estudio tipificados en el ordenamiento jurídico interno puede ser ejercida sin ninguna limitación en México o Perú como Estado de la fuente o situación en cumplimiento de lo dispuesto por los párrafos tercero, cuarto y sexto del mencionado artículo 13 “Ganancias de Capital” del Convenio y los impuestos pagados por el enajenante residente en uno u otro Estado por aplicación de dichas cláusulas podrán ser imputados como crédito tributario en el Estado de su residencia para evitar una doble imposición.

Vemos, entonces, que las referidas cláusulas antielusivas no se contraponen o conflictúan con lo pactado en el Convenio y, por tanto, se puede concluir que las mismas son compatibles con los preceptos normativos contenidos en éste.

## 5. CONCLUSIONES

La presente tesis pretendió validar o rechazar la hipótesis de que el hecho imponible vinculado con la enajenación indirecta de acciones de sociedades anónimas constituidas en Chile, México y Perú, aun cuando el mismo tiene naturaleza de cláusula antielusiva específica, es compatible con los preceptos normativos contenidos en los convenios para evitar la doble imposición celebrados por la República de Chile con los Estados Unidos Mexicanos y la República del Perú, así como también el suscrito por este último Estado con los Estados Unidos Mexicanos.

Para ello, se estableció como objetivo general de la presente tesis, analizar si las citadas cláusulas son compatibles con los preceptos normativos contenidos en los referidos convenios, específicamente, las reglas de distribución de la potestad tributaria contempladas en el artículo 13 “Ganancias de Capital” de estos convenios. Vale decir, si estas cláusulas antielusivas específicas pueden estar, actuar o coexistir sin entrar en conflicto con los textos normativos de los aludidos convenios.

El proceso consideró, en primer lugar, la revisión de la evolución de la fiscalidad de las ganancias de capital obtenidas por personas no residentes en los citados Estados como resultado de la enajenación indirecta de las acciones de sociedades anónimas constituidas en uno u otro Estado. De esa forma, en el capítulo 2 “Ganancias de capital obtenidas en la enajenación de acciones de sociedades anónimas por personas no residentes” comprobamos que la incorporación de este presupuesto de hecho como renta de fuente chilena se produce con posterioridad a la fecha de celebración de los convenios para evitar la doble imposición celebrados por Chile con México y Perú. En contraste, para cuando estos dos últimos Estados suscriben un convenio para evitar la doble imposición, el citado supuesto imponible había sido instaurado en el ordenamiento jurídico interno de ambos Estados. Asimismo, se verifica que los tres Estados redefinieron sus presupuestos de hecho inicialmente tipificados para hacer frente a las prácticas elusivas adoptadas por personas residentes en el extranjero, cuando éstos interponen una sociedad intermedia situada en otro Estado para llevar a cabo la enajenación de acciones o derechos representativos de capital de sociedades domiciliadas, residentes o constituidas en uno u otro Estado. Esta redefinición implicó incorporar supuestos imposables que permitan a los tres Estados imponer gravamen



sobre la enajenación de acciones u otros derechos representativos de capital de sociedades con la que el administrado pueda conseguir resultados económicos equivalentes a si se hubiese producido el hecho imponible inicialmente definido, razón por la cual estos supuestos imposables califican como hechos imposables complementarios. Es decir, en efecto, estamos frente a cláusulas antielusivas específicas que emanan del ordenamiento jurídico interno, las cuales no suponen una actuación de parte de la Administración Tributaria sino, sencillamente, la aplicación de una disposición normativa que contiene un presupuesto de hecho distinto del tipificado como hecho imponible principal empero que su configuración se encuentra estrechamente relacionado con este último. También, ha sido posible constatar que, en comparación con Chile y Perú, la enajenación indirecta de acciones de sociedades anónimas constituidas en México sólo se configura cuando el valor contable de las acciones enajenadas se origina en más de un cincuenta (50) por ciento de bienes inmuebles ubicados en su territorio.

En segundo lugar, en la medida que los convenios para evitar la doble imposición como actos jurídicos mediante los cuales se manifiesta el acuerdo de voluntades de dos Estados, son fuentes del Derecho Internacional Público; y, como tales, se rigen por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, ratificada por México, Chile y Perú en los años de 1975, 1981 y 2000, respectivamente, fue ineludible dejar de comprobar si las obligaciones internacionales contraídas en los tratados, entre otros, los convenios para evitar la doble imposición, prevalecen por sobre la legislación interna sobreviniente a la entrada en vigor de los citados tratados. Los antecedentes aportados en el capítulo 3 “Convenios para evitar la doble imposición” nos permiten dar cuenta que, en caso de conflictos entre los textos normativos de los tratados y las leyes que emanan del mismo ordenamiento jurídico interno de los tres Estados, si bien las Constituciones Políticas de los tres Estados no fija la jerarquía normativa de los tratados en su ordenamiento jurídico interno, las Cortes Supremas de Justicia de Chile<sup>11</sup> y México<sup>12</sup> bajo el principio de jerarquía normativa, han concluido que los tratados forman parte del ordenamiento jurídico interno ostentando un rango superior a las leyes; y, por su parte, el Tribunal Constitucional de Perú,

---

<sup>11</sup>En la sección 3.5 “Primacía del Derecho Internacional por sobre el Derecho Interno” se ha presentado los argumentos expresados en las siguientes sentencias: Sentencia de fecha 10 de mayo de 2007, Rol N° 3452-06, Sentencia de fecha 3 de julio de 2007, Rol N° 4394-05, Sentencia de fecha 24 de abril de 2008, Rol N° 5300-06 y Sentencia de fecha 13 de enero de 2010, Rol N° 3069-08.

<sup>12</sup>En la sección 3.5 “Primacía del Derecho Internacional por sobre el Derecho Interno” se ha presentado los argumentos expresados en las siguientes sentencias: Amparo en revisión N° 1475/98 (Tesis P.LXXXVII/99, noviembre de 1999) y Amparo en revisión N° 120/2002 (Tesis P.IX/2007, abril de 2007).

toda vez que los tratados posee un rango equivalente a las leyes producidas en el mismo ordenamiento jurídico interno, en aplicación del principio de competencia normativa, las disposiciones normativas de los primeros no pueden ser dejadas sin efecto por las segundas en tanto están reservados para su regulación por normas especiales propias del Derecho Internacional<sup>13</sup>. En suma, los tres Estados reconocen que deben cumplir sus obligaciones internacionales contraídas de buena fe. De ahí queda demostrado que, el cumplimiento de los textos normativos contenidos en un convenio para evitar la doble imposición no sólo elimina o limita la potestad tributaria de los Estados contratantes sobre los hechos imponible previstos en su legislación interna a la entrada en vigor de dicho convenio, sino que igualmente prevalece por sobre la legislación interna sobreviniente. Lógicamente, estos textos normativos establecidos en los convenios igualmente producen efectos jurídicos sobre las cláusulas antielusivas específicas materia de la presente tesis, aun cuando éstas hubiesen entrado en vigencia en forma posterior a la celebración de los mismos.

Basado en los resultados obtenidos precedentemente, se constata que el análisis de la compatibilidad de las cláusulas antielusivas específicas materia de la presente tesis con los preceptos normativos de los convenios para evitar la doble imposición celebrados por Chile con México y Perú así como también el suscrito por este último Estado con México, es una labor de interpretación de tales preceptos normativos.

Es precisamente en esta labor que se verifica una tensión conceptual en los estudios que tratan sobre este asunto, toda vez que, usualmente, dichos estudios preponderan la literalidad de las palabras para elucidar el sentido de los textos normativos de los convenios para evitar la doble imposición. Tal vez la estrecha relación de la interpretación literal con el principio de legalidad en materia fiscal hace suponer la natural aplicación de dicha interpretación. Lo cierto es que, como ha sido expuesto en el capítulo 3 “Convenios para evitar la doble imposición”, los convenios para evitar la doble imposición como tratados internacionales se rigen por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 y, en consecuencia, resultan aplicables la regla general de interpretación y los medios de interpretación complementarios consagrados en los artículos 31 y 32 de la Sección Tercera de la Parte II “Celebración y entrada en vigor de los tratados” de la aludida Convención de Viena, denominada “Interpretación de los Tratados”, los mismos que tienen

---

<sup>13</sup>En la sección 3.5 “Primacía del Derecho Internacional por sobre el Derecho Interno” se ha presentado los argumentos expresados en las siguientes sentencias: Sentencia del Pleno Jurisdiccional N° 047.2004-AI/TC del 24 de abril de 2006 y Sentencia del Pleno Jurisdiccional N° 679-2005-PA/TC del 2 de marzo de 2007.

como únicos límites, el texto mismo del Convenio, su contexto, objeto y fin. A este respecto, se ha verificado que únicamente después de haber obtenido el resultado de interpretación conforme con la regla general de interpretación, se originaría la aplicación de los medios de interpretación complementarios, de ser el caso.

Uno de los rasgos más notables de la regla general de interpretación que se pone de manifiesto es el principio de buena fe como fundamento de la labor interpretativa de los tratados. Ciertamente, como se evidencia en lo expuesto en el citado capítulo 3, el cumplimiento de buena fe de las obligaciones internacionales contraídas se complementa con la interpretación de lo realmente querido por las partes y declaradas en el texto del tratado, siendo que tal interpretación, como afirma Novak (1995), “no puede atenerse únicamente a la letra del acuerdo, sino que permita ejecutar los acuerdos conforme a la intención de las partes y a los fines en vista de las cuales ella se formó”. De ahí que el principio de buena fe también comprende el principio de efecto útil mediante el cual la interpretación de los textos normativos de un tratado se debe efectuar de forma tal que surtan efecto las consecuencias consensuadas por las partes. Otra particularidad a resaltar de la citada regla general de interpretación es entender que los términos de un tratado en el contexto de éste implica que cada uno de ellos no tienen un sentido que le sea propio, sino que éste depende de su uso dentro del contexto de un tratado o el tratado en su totalidad y del objeto y fin del mismo. En razón de lo expuesto precedentemente, se puede sostener que los textos normativos de los convenios para evitar la doble imposición, los cuales ostentan la naturaleza de tratados internacionales, tienen que ser interpretados dentro de sus propios contextos, no siendo necesario incluir en esa labor interpretativa la legislación interna de cada Estado contratante, salvo que así lo disponga el mismo convenio.

En línea con la regla general de interpretación y los medios de interpretación complementarios antes estudiados, en el capítulo 4 “Convenios para evitar la doble imposición respecto de la enajenación directa e indirecta de acciones de sociedades anónimas” se expone, comenta, analiza e interpreta la relación que existe entre las disposiciones normativas de la legislación interna que preceptúan los hechos imposables vinculados con las ganancias de capital obtenidas en la enajenación directa e indirecta de acciones de sociedades anónimas y las reglas de distribución de la potestad tributaria respecto de las mismas, consensuadas en el artículo 13 “Ganancias de Capital” de los convenios para evitar la doble imposición celebrados por Chile con México y Perú, así como

también el suscrito por este último Estado con México, siendo que estas reglas podrían limitar o eliminar tal imposición establecida por los referidos supuestos imponible, o si, por el contrario, esta imposición puede ser ejercida sin ninguna limitación en el Estado de la fuente o situación. Es de reiterar que, las cláusulas antielusivas específicas materia de la presente tesis no son más que hechos imponible distintos del tipificado como hecho imponible principal empero que su configuración se encuentra estrechamente relacionado con este último, no implicando una actuación de parte de la Administración Tributaria sino, sencillamente, la aplicación de disposiciones normativas que emanan del ordenamiento jurídico interno. Y justamente, de la misma forma como se verifica si el Estado de la fuente o situación puede ejercer o no su potestad tributaria sobre el hecho imponible principal conforme las reglas de distribución de la potestad tributaria consensuadas por los Estados contratantes respecto de dicho supuesto imponible, resulta necesario comprobar si tales reglas limitan o eliminan la imposición establecida en los hechos imponible complementarios, o si, por el contrario, esta imposición puede ser ejercida sin ninguna limitación en el Estado de la fuente o situación.

Así, bajo el sentido corriente de los textos normativos de los convenios para evitar la doble imposición celebrados entre Chile con México y Perú, se puede interpretar que estos Estados han acordado retener su potestad tributaria como otro Estado contratante o Estado de la fuente o situación respecto de las ganancias de capital obtenidas en la enajenación directa o indirecta de acciones, participaciones u otros derechos similares en una sociedad, entre otros, acciones de sociedades anónimas, conforme lo previsto en las disposiciones normativas contenidas en su legislación interna, efectuando una manifiesta desviación de la regla de distribución de la potestad tributaria recomendada por la OCDE para este tipo de rentas, esto es, el derecho de imposición es ejercido únicamente por el Estado en el que reside la persona que efectúa la enajenación. Es decir, la intención de los tres Estados, manifestado en el texto de ambos convenios, fue asegurar su potestad tributaria como otro Estado contratante o Estado de la fuente o situación para gravar las referidas ganancias de capital según las disposiciones normativas contenidas en su legislación interna.

En ese sentido, la imposición contenida en las cláusulas antielusivas específicas materia de la presente tesis pueden ser ejercida sin ninguna limitación en cumplimiento de lo dispuesto por el cuarto párrafo del artículo 13 "Ganancias de Capital" del Convenio entre la República de Chile y los Estados Unidos Mexicanos para evitar la doble imposición e impedir

la evasión fiscal en materia de Impuestos sobre la Renta y el Patrimonio y, el cuarto párrafo del artículo 13 “Ganancias de Capital” del Convenio entre la República de Chile y la República de Perú para evitar la doble tributación y para prevenir la evasión fiscal en relación con el Impuesto a la Renta y Patrimonio.

El hecho que la interpretación de este cuarto párrafo ha introducido una polémica en torno del sentido del término “situados” usado en el mismo, en el aludido capítulo 4 “Convenios para evitar la doble imposición respecto de la enajenación directa e indirecta de acciones de sociedades anónimas” igualmente se presentó las posiciones contrarias de diversos autores durante los últimos años, siendo sus argumentos refutados por mi persona, según sea el caso. Uno de estos autores prepondera la literalidad del citado término contenido en el cuarto párrafo del artículo 13 “Ganancias de Capital” del Convenio entre la República de Chile y la República de Perú para evitar la doble tributación y para prevenir la evasión fiscal en relación con el Impuesto a la Renta y Patrimonio sin elucidar el sentido de dicho término dentro del contexto del citado convenio en su integridad y objeto y fin del mismo, produciendo, en consecuencia, un efecto contrario o no contemplado por Chile y Perú respecto de la potestad tributaria de las ganancias de capital obtenidas por la enajenación de títulos o derechos representativos del capital de una sociedad domiciliada en uno u otro Estado, esto es, el derecho de imposición sobre las mismas sólo podría ser ejercido por el Estado contratante en que resida el enajenante. Otros autores sostienen que la regla de distribución de la potestad tributaria aplicable a las ganancias de capital materia de la presente tesis no está contenida en el artículo 13 “Ganancias de Capital” del aludido convenio y, por tanto, resulta de aplicación el texto normativo del artículo 21 “Otras rentas” del convenio. Si bien el resultado de esta interpretación también nos conduce a justificar la potestad tributaria compartida respecto de las mencionadas ganancias de capital obtenidas en la enajenación indirecta de acciones y participaciones representativas del capital de personas jurídicas domiciliadas en uno u otro Estado, entre otros, acciones de sociedades anónimas, sin ninguna limitación como Estado de la fuente o situación, descartó esta conclusión en la medida que existiendo una regla general de distribución de la potestad tributaria de las ganancias de capital no previstas explícitamente en el referido artículo 13, en todo caso, resultaría de aplicación dicha regla. Posición que, como he expuesto, ha sido consolidada por la OCDE. No se podría tener una apreciación completa del arduo debate causado por el multicitado cuarto párrafo sino exponemos la variación de la postura del SII en menos de nueve meses, apartándose significativamente de una posible aplicación del

artículo 21 “Otras rentas”. En efecto, el SII ha concluido que, para determinar la situación tributaria de las referidas ganancias de capital, en tanto las reglas de distribución de la potestad tributaria sobre las mismas contenidas en el artículo 13 “Ganancias de Capital” de los convenios para evitar la doble imposición presentan diferencias importantes entre sí mismos, se tiene que considerar lo que dispone cada uno de ellos en particular.

Por su parte, también conforme con el sentido corriente de los textos normativos del artículo 13 “Ganancias de Capital” del Convenio entre la República de Perú y los Estados Unidos Mexicanos para evitar la doble tributación y para prevenir la evasión fiscal en relación con el Impuesto a la Renta y Patrimonio, se puede interpretar que, ambos Estados han consensuado ejercer su derecho de imposición sin ninguna restricción para gravar las ganancias de capital obtenidas en la enajenación indirecta de acciones, participaciones u otros derechos similares en una sociedad, entre otros, acciones de sociedades anónimas, según lo previsto en las disposiciones normativas contenidas en su legislación interna. Ello en aplicación del tercer y sexto párrafo del citado convenio, toda vez que, en función del tercer apartado, México aseguró su potestad tributaria sobre las ganancias de capital derivadas de la enajenación indirecta de acciones cuando el valor contable de las mismas se origina en más de un cincuenta (50) por ciento de bienes inmuebles ubicados en su territorio, único hecho imponible complementario de enajenación indirecta previsto en su legislación interna; y, basado en el sexto apartado, Perú consiguió asegurar su potestad tributaria respecto de las ganancias de capital procedentes de la enajenación indirecta de acciones, participaciones u otros derechos similares en una sociedad, entre otros, acciones de sociedades anónimas, aun cuando no se cumpla la condición de que el valor de las acciones enajenadas procedan en más de un cincuenta (50) por ciento de bienes inmuebles ubicados en su territorio.

De esta manera, se comprueba que las cláusulas antielusivas específicas materia de la presente tesis no se contraponen o conflictúan con lo pactado en los mencionados convenios y en consecuencia, nada impide la aplicación del gravamen establecido en tales cláusulas relacionadas con la imposición de las ganancias de capital obtenida en la enajenación indirecta de acciones u otros derechos representativos del capital de una sociedad, entre otras, acciones de sociedades anónimas, residente, domiciliada o constituida en Chile, México o Perú, aun cuando hubiese sido incorporadas con posterioridad a la entrada en vigor de los respectivos convenios.

Ahora bien, como parte de la aprobación o rechazo de la hipótesis planteada, se ha establecido también dos objetivos específicos, el primero de ellos es determinar si los Estados contratantes pueden sustraerse de la aplicación de la regla general de interpretación de los tratados consagrada en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados cuando interpretan los convenios para evitar la doble imposición y, el segundo busca establecer, en caso resultan aplicables las cláusulas antielusivas específicas materia de la presente tesis, si éstas afectan las medidas para evitar la doble imposición internacional consensuadas en los aludidos convenios.

En relación con el primer objetivo específico, como se ha expuesto en el capítulo 3 “Convenios para evitar la doble imposición”, los convenios para evitar la doble imposición son tratados internacionales que se rigen por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, ratificada por México, Chile y Perú en los años de 1975, 1981 y 2000, respectivamente, y, por tanto, está obligado a interpretar el sentido de los textos normativos de un tratado internacional, entre otros, los convenios para evitar la doble imposición, aplicando la regla general de interpretación y los medios de interpretación complementarios consagrados en los artículos 31 y 32 de la Sección Tercera de la Parte II “Celebración y entrada en vigor de los tratados” de la aludida Convención de Viena, denominada “Interpretación de los Tratados”, los mismos que tienen como únicos límites, el texto mismo del Convenio, su contexto, objeto y fin. Y, como se ha resaltado en este capítulo, el principio de buena fe en la interpretación de los textos normativos de los tratados es indispensable para que el principio *pacta sunt servanda* tenga un verdadero sentido. Así también se ha constatado que la Corte Suprema de Justicia de Chile afirma en sus sentencias que, en términos generales, los tratados internacionales se suscriben y han de interpretarse y aplicarse de buena fe, de modo tal que su objeto y fin convenida por las partes pueda ser logrado, esto es, que surtan efecto las consecuencias consensuadas por las partes. Por tanto, los Estados contratantes no pueden sustraerse de la aplicación de la aludida regla general de interpretación de los tratados, pues de hacerlo podrían interpretar de tal forma que incumplieran con sus obligaciones internacionales contraídas, lo cual comprometería la responsabilidad internacional del Estado.

Sobre el segundo objetivo específico, como se ha expuesto, comentado, analizado e interpretado las reglas de distribución de la potestad tributaria contenidas en los convenios materia de la presente tesis en el capítulo 4 “Convenios para evitar la doble imposición

respecto de la enajenación directa e indirecta de acciones de sociedades anónimas”, la imposición contenida en las cláusulas antielusivas específicas materia de estudio puede ser ejercidas sin ninguna limitación por Chile, México y Perú en su calidad de otro Estado contratante o Estado de la fuente o situación. Y, en cuanto los convenios tienen por objeto y fin principal evitar la doble imposición internacional, es preciso considerar las demás disposiciones normativas de su contexto para determinar la medida consensuada por los tres Estados para lograr dicho propósito, siendo ésta prescrita en su artículo 23 y en función del mismo, se elimina la doble imposición mediante la acreditación contra los impuestos determinados por el Estado de residencia del enajenante, los impuestos pagados en el otro Estado contratante o Estado de la fuente o situación por concepto de las ganancias de capital que obtendría en la enajenación indirecta de acciones u otros derechos representativos del capital de empresas o sociedades residentes en uno u otro Estado, entre otros, acciones de sociedades anónimas. En la medida que las cláusulas antielusivas específicas son instauradas por el otro Estado contratante o Estado de la fuente o situación, en ejercicio de su potestad tributaria, éstas no afectan las medidas para evitar la doble imposición internacional consensuadas en los aludidos convenios, toda vez que es el Estado de la residencia del enajenante quien está obligado a conceder contra su impuesto, el crédito tributario conformado por los impuestos pagados por el enajenante en el otro Estado contratante o Estado de la fuente o situación, imputación que se efectuará según las disposiciones previstas en su legislación interna o por los mismos convenios. En efecto, estas cláusulas no impiden al enajenante residente en Chile, México y Perú ejercer su derecho a los beneficios tributarios consensuados por estos Estados para evitar una doble imposición sobre las ganancias de capital que obtendría en la enajenación indirecta de acciones u otros valores mobiliarios representativos del capital de empresas o sociedades residentes en uno u otro Estado, entre otros, acciones de sociedades anónimas.

Todo lo anteriormente expuesto, me permite concluir que la hipótesis de que el hecho imponible vinculado con la enajenación indirecta de acciones de sociedades anónimas constituidas en Chile, México y Perú, aun cuando el mismo tiene naturaleza de cláusula antielusiva específica, es compatible con los preceptos normativos contenidos en los convenios para evitar la doble imposición celebrados por la República de Chile con los Estados Unidos Mexicanos y la República del Perú, así como también el suscrito por este último Estado con los Estados Unidos Mexicanos, es VÁLIDA.



Dentro de las aportaciones que son posibles constatar con el desarrollo de esta tesis se puede evidenciar en forma categórica que los convenios para evitar la doble imposición como tratados internacionales deben ser interpretados de buena fe conforme lo prescrito por la regla general de interpretación y los medios de interpretación complementarios consagrados en los artículos 31 y 32 de la Sección Tercera de la Parte II “Celebración y entrada en vigor de los tratados” de la Convención de Viena, denominada “Interpretación de los Tratados”, los mismos que tienen como únicos límites el texto mismo del Convenio, su contexto, objeto y fin, lo cual conlleva a rechazar la preponderancia de la literalidad de las palabras para elucidar el sentido de los textos normativos contenidos en los convenios para evitar la doble imposición. Asimismo, ampliar el conocimiento de la incorporación de cláusulas antielusivas específicas, en forma de hechos imponderables complementarios, relacionadas con las ganancias de capital obtenidas de la enajenación de acciones de sociedades anónimas residentes o domiciliadas en México y Perú, países que, al igual que Chile, forman parte de la conocida “Alianza del Pacífico” para la conformación de un área de integración profunda en el marco del Arco del Pacífico Latinoamericano.

Finalmente, en el análisis fiscal de una enajenación indirecta de acciones llevada a cabo por un residente en Chile que involucre sociedades residentes, domiciliadas o constituidas en México o Perú, les recomiendo tener en cuenta que, la enajenación indirecta de acciones conforme la legislación fiscal emanada del ordenamiento jurídico interno de México sólo se configura cuando los valores contables de las acciones enajenadas indirectamente provienen en más de un 50% de bienes inmuebles ubicados en su territorio y, el impuesto mexicano se calcula en función del monto total de la operación o, de cumplir ciertos requisitos, sobre la ganancia total obtenida en la transacción. En otras palabras, no se grava únicamente la parte proporcional que represente el valor de las acciones de la persona moral residente en México. En los Anexos A y B de la presente tesis, se acompañan ejemplos sobre la materia para una mejor comprensión de la misma.

## 6. BIBLIOGRAFÍA

- Abusada, R. 1991. "Reforma y política tributaria". Foro Económico: Reforma Tributaria en el Perú, N° 2, pp. 13-15.
- Accioly, H., 1958. Tratado de Derecho Internacional Público. Instituto de Estudios Políticos, Madrid.
- Aguilar, G. 2009. "La Corte Suprema y la aplicación del Derecho Internacional: Un proceso esperanzador". Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, N° 1/2009, pp. 91-136.
- Alianza para el Progreso, 1962. Documentos Básicos. Carta de Punta del Este.
- Arista, J. 1994. "La reforma tributaria". Revista Moneda, N° 74 y 75, pp. 49-54.
- Banco Central de Reserva del Perú, 1997. La misión Kemmerer en el Perú: Informes y propuestas. Tomo I y II. Lima.
- Bernales, R., 2011. La doble residencia en los tratados fiscales para evitar la doble imposición ¿Es correcta la última modificación en la materia incluida en los comentarios al modelo de convenio OCDE?. "Derecho fiscal internacional: Temas Selectos, ed. International Fiscal Association, Grupo Mexicano, AC. Editorial Porrúa, México D.F.
- Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, 1984. Historia de la Ley N° 18.293 "Establece diversas normas sobre impuesto a la renta y, para tales efectos, modifica los Decretos Leyes 824, de 1974, y 910, de 1975". Santiago.
- Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, 1986. Historia de la Ley N° 18.489 "Modifica ley sobre impuesto a la renta y otras". Santiago.
- Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, 1997. Historia de la Ley N° 19.506 "Modifica el Decreto Ley N° 824, sobre Impuesto a la Renta; el Decreto Ley N° 825, sobre Impuestos a las Ventas y Servicios, de 1974 el Código Tributario, la Ley Orgánica de Servicios de Impuestos Internos y otras normas legales". Santiago.

Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, 1999. Historia de la Ley N° 19.601 “Permite la Oferta Pública de Valores Extranjeros en el país”. Santiago.

Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, 2000. Historia de la Ley N° 19.705 “Regula las ofertas públicas de adquisición de acciones (OPAS) y establece régimen de gobiernos corporativos”. Santiago.

Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, 2001. Historia de la Ley N° 19.738 “Normas para combatir la evasión tributaria”. Santiago.

Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, 2001. Historia de la Ley N° 19.768 “Introduce adecuaciones de índole tributaria al mercado de capitales y flexibiliza el mecanismo de ahorro voluntario”. Santiago.

Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, 2002. Historia de la Ley N° 19.840 “Establece normas tributarias para que empresas con capital del exterior puedan efectuar inversiones desde Chile en el extranjero”. Santiago.

Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, 2002. Historia del Decreto Supremo N° 297 “Promulga el Convenio con la República del Perú para Evitar la Doble Tributación y para Prevenir la Evasión Fiscal en Relación al Impuesto a la Renta y al Patrimonio y su Protocolo, y el Protocolo Modificadorio del Numeral 1 del Artículo 6 y Numeral 1 del Artículo 13 de dicho Convenio”. Santiago.

Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, 2003. Historia de la Ley N° 19.879 “Regula aplicación de normas sobre endeudamiento excesivo a financiamientos de proyectos y otras materias tributarias”. Santiago.

Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, 2012. Historia de la Ley N° 20.630 “Perfecciona la legislación tributaria y financia la Reforma Educacional”. Santiago.

Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, 2014. Historia de la Ley N° 20.780 “Reforma tributaria que modifica el Sistema de Tributación de la Renta e introduce diversos ajustes en el Sistema Tributario”. Santiago.

Bueno-Tizón, R. 2014. “Breves notas sobre la enajenación indirecta de acciones y su interacción con los convenios de doble imposición suscritos por el Perú”. Memorias

de las XXVII Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario. Instituto Peruano de Derecho Tributario. Lima.

Buhler, O., 1968. Principios de derecho internacional tributario. Editorial de Derecho Financiero, Madrid.

Calderón, A., 2008. La interpretación de los convenios para evitar la doble imposición internacional. Academia de Estudios Fiscales de la Contaduría Pública, A.C., México D.F.

Calderón, A., 2011. ¿Son los comentarios al modelo de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos declaraciones interpretativas? "Derecho fiscal internacional: Temas Selectos, ed. International Fiscal Association, Grupo Mexicano, AC. Editorial Porrúa, México D.F.

Calderón, A., 2011. "Interpretación de los tratados para evitar la doble tributación y las normas antiabuso del Derecho interno. Enfoque metodológico". Los convenios de doble imposición y su interrelación con las medidas para prevenir el abuso en su aplicación, co. Arturo Pérez Robles. Editorial Themis, S.A. DE C.V., México D.F.

Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, 1917. Diario de debates, Legislatura XXVII, año I, Periodo Extraordinario, N° 84, 16 de julio de 1917. México D.F.

Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, 1924. Diario de debates, Legislatura XXXI, año I, N° 11, 1 de setiembre de 1924. México D.F.

Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, 1925. Diario de debates, Legislatura XXXI, año II, N° 2, 1 de setiembre de 1925. México D.F.

Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, 1951. Diario de debates, Legislatura XLI, año III, N° 28, 18 de diciembre de 1951. México D.F.

Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, 1953. Diario de debates, Legislatura XLII, año II, N° 37, 26 de diciembre de 1953. México D.F.

Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, 1955. Diario de debates, Legislatura XLIII, año I, N° 43, 28 de diciembre de 1955. México D.F.

Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, 1955. Diario de debates, Legislatura XLIII, año I, N° 45, 29 de diciembre de 1955. México D.F.

Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, 1956. Diario de debates, Legislatura XLIII, año II, N° 2, 1 de setiembre de 1956. México D.F.

Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, 1961. Diario de debates, Legislatura XLV, año I, N° 40, 22 de diciembre de 1961. México D.F.

Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, 1964. Diario de debates, Legislatura XLVI, año I, N° 43, 17 de diciembre de 1964. México D.F.

Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, 1964. Diario de debates, Legislatura XLVI, año I, N° 45, 21 de diciembre de 1964. México D.F.

Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, 1971. Diario de debates, Legislatura XLVIII, año II, N° 26, 25 de noviembre de 1971. México D.F.

Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, 1971. Diario de debates, Legislatura XLVIII, año II, N° 28, 2 de diciembre de 1971. México D.F.

Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, 1971. Diario de debates, Legislatura XLVIII, año II, N° 30, 9 de diciembre de 1971. México D.F.

Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, 1974. Diario de debates, Legislatura XLIX, año II, N° 24, 25 de octubre de 1974. México D.F.

Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, 1974. Diario de debates, Legislatura XLIX, año II, N° 26, 30 de octubre de 1974. México D.F.

Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, 1978. Diario de debates, Legislatura L, año III, N° 39, 30 de noviembre de 1978. México D.F.

Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, 1978. Diario de debates, Legislatura L, año III, N° 45, 12 de diciembre de 1978. México D.F.

Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, 1978. Diario de debates, Legislatura L, año III, N° 48, 15 de diciembre de 1978. México D.F.

Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, 1980. Diario de los debates, Legislatura LI, año II, N° 3, 1 de setiembre de 1980. México D.F.

Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, 1980. Diario de los debates, Legislatura LI, año II, N° 28, 26 de noviembre de 1980. México D.F.

Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, 1980. Diario de los debates, Legislatura LI, año II, N° 30, 3 de diciembre de 1980. México D.F.

Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, 1980. Diario de los debates, Legislatura LI, año II, N° 42, 21 de diciembre de 1980. México D.F.

Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, 1983. Diario de los debates, Legislatura LII, año II, N° 31, 1 de diciembre de 1983. México D.F.

Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, 1987. Diario de los debates, Legislatura LIII, año III, N° 27, 17 de noviembre de 1987. México D.F.

Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, 1988. Diario de los debates, Legislatura LIV, año I, N° 34, 15 de diciembre de 1988. México D.F.

Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, 1989. Diario de los debates, Legislatura LIV, año II, N° 8, 15 de noviembre de 1989. México D.F.

Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, 1991. Diario de los debates, Legislatura LV, año I, N° 8, 15 de noviembre de 1991. México D.F.

Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, 1993. Diario de los debates, Legislatura LV, año III, N° 6, 15 de noviembre de 1993. México D.F.

Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, 1993. Diario de los debates, Legislatura LIV, año III, N° 14, 1 de diciembre de 1993. México D.F.

Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, 1995. Diario de los debates, Legislatura LVI, año II, N° 2, 1 de setiembre de 1995. México D.F.

Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, 1997. Diario de los debates, Legislatura LVII, año I, N° 24, 4 de noviembre de 1997. México D.F.

- Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, 1998. Diario de los debates, Legislatura LVII, año II, N° 29, 13 de noviembre de 1998. México D.F.
- Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, 2001. Diario de los debates, Legislatura LVIII, año I, N° 8, 5 de abril de 2001. México D.F.
- Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, 2001. Diario de los debates, Legislatura LVIII, año II, N° 6, 29 de diciembre de 2001. México D.F.
- Cámara de Diputados del Congreso de la Unión 2004. Diario de los debates, Legislatura LVIX, año II, N° 18, 28 de octubre de 2004. México D.F.
- Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, 2004. Diario de los debates, Legislatura LVIX, año II, N° 23, 13 de noviembre de 2004. México D.F.
- Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, 2007. Diario de los debates, Legislatura LX, año II, N° 7, 12 de setiembre de 2007. México D.F.
- Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, 2013. Gaceta Parlamentaria Número 3857-F. Iniciativas de decreto por el que se expide la Ley del Impuesto sobre la Renta, 8 de setiembre de 2013. México D.F.
- Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, 2013. Gaceta Parlamentaria Número 3887-IX. Declaratoria de publicidad de dictámenes de la Comisión de Hacienda y Crédito Público, con proyecto de decreto que reforma, adiciona y deroga diversas disposiciones de la Ley del Impuesto al Valor Agregado, de la Ley del Impuesto Especial sobre Producción y Servicios, de la Ley Federal de Derechos y se expide la Ley del Impuesto sobre la Renta, 17 de octubre de 2013. México D.F.
- Campodónico, H. "Cristal de mira: ¿La globalización nos hace cholitos?". La República. 22 Oct. 2002.
- Campodónico, H. "Cristal de mira: No pagan impuesto a las ganancias de capital". La República. 29 Oct. 2008.
- Carbajo, D., 2013. La tributación de las rentas de capital en América Latina. Agencia Alemana de Cooperación Internacional (GIZ), International Tax Compact (ITC) y Centro Interamericano de Administraciones Tributarias (CIAT).

- Catinot, S. y Campagnale, N. 2003. "Cuestiones vinculadas con la imposición sobre las ganancias de capital". XXXIII Jornadas Tributarias del Colegio de Graduados en Ciencias Económicas de Capital Federal. Noviembre de 2003. Mar de Plata.
- Chandler, H., 1917. Estudio preliminar sobre el sistema de impuestos del Gobierno Mexicano con indicaciones para su reorganización. Informe rendido a la Comisión de Reorganización Administrativa y Financiera de los Estados Unidos Mexicanos, México D.F.
- Collado, M. 2002. "Presentación de la política de la reconstrucción: 1920 – 1933". Los secretarios de hacienda y sus proyectos (1821-1933), tomo I, volumen 2, co. Leonor Ludlow. Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Históricas, México D.F.
- Comisión Fiscal Internacional del Colegio de Contadores Públicos de México, A.C. 2002. Tratados para evitar la doble tributación. Instituto Mexicano de Contadores Públicos, A.C, México D.F.
- Congreso de la República del Perú, 2003. 14º Sesión, celebrada el jueves 25 de setiembre de 2003. Primera Legislatura Ordinaria del Período Anual de Sesiones 2003-2004. Lima.
- Congreso de la República del Perú, 2007. Dictamen recaído en el Proyecto de Resolución Legislativa N° 07/2006-PE, que propone aprobar el "Convenio entre la República del Perú y el Reino de España para evitar la doble tributación y para prevenir la evasión fiscal en relación con los impuestos sobre la renta y sobre el patrimonio", del 11 de junio de 2007. Lima.
- Congreso de la República del Perú, 2008. Proyecto de Ley N° 2901-2008-CR del 2 de diciembre de 2008. Lima.
- Congreso de la República del Perú, 2009. Proyecto de Ley N° 3088-2008-CR del 13 de marzo de 2009. Lima.
- Congreso de la República del Perú, 2009. Proyecto de Ley N° 3092-2008-CR del 16 de marzo de 2009. Lima.



Congreso de la República del Perú, 2009. 9º Sesión Extraordinaria, celebrada el 24 de marzo de 2009. Comisión de Economía e Inteligencia Financiera. Lima.

Congreso de la República del Perú, 2010. 11º Sesión de la Primera Legislatura Ordinaria de 2010, celebrada el 11 de noviembre de 2010. Diario de los Debates. Lima.

Congreso de la República del Perú, 2010. 5º Sesión de la Comisión Permanente del Periodo Legislativo 2010-2011, celebrada el 28 de diciembre de 2010. Diario de los Debates. Lima.

Congreso de la República del Perú, 2010. Texto sustitutorio de los proyectos de Ley N° 2901, 3088 y 3092 emitido por la Comisión de Economía, Banca, Finanzas e Inteligencia Financiera. 28 de diciembre de 2010. Lima.

Congreso de la República del Perú, 2011. Dictamen de la Comisión de Economía, Banca, Finanzas e Inteligencia Financiera. Periodo anual de sesiones 2010 – 2011. 18 de mayo de 2011. Lima.

Congreso de la República del Perú, 2011. Proyecto de Ley N° 4713-2010-PE del 9 de marzo de 2011. Lima.

Corte Suprema de Justicia de Chile, 2009. Resolución N° 1296 de fecha 13 de enero de 2009, la cual confirma la sentencia apelada con Rol N° 7729/2008 por la Defensoría Penal Pública relacionado con una solicitud de extradición en los términos acordados en la Convención sobre Extradición de 1933 suscrita en Montevideo, entre otros, por Argentina y Chile, Santiago de Chile.

Cuevas, M. y García, B. “Tratamiento tributario de las acciones y derechos sociales”. Tesis para optar al grado de Magíster en Tributación, Universidad de Chile, Santiago, 2014.

Dirección de América del Norte, Centroamérica y Caribe de la Dirección General de Política Exterior del Ministerio de Relaciones Exteriores de Chile, 1998. Mensaje Oficial N° 011 de enero de 1998 dirigido a la Embajada de Chile en México sobre la visita oficial del Presidente Ernesto Zedillo Ponce de León.

Dirección de América del Norte, Centroamérica y Caribe de la Dirección General de Política Exterior del Ministerio de Relaciones Exteriores de Chile, 1998. Mensaje Oficial N°

155 de marzo de 1998 remitido por la Embajada de Chile en México sobre la visita oficial del Presidente Ernesto Zedillo Ponce de León.

Dirección General de Coordinación, Recursos y Estudios Fiscales de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público del Gobierno Mexicano, 1978. Memoria del curso sobre negociación de tratados tributarios, Jalisco.

Dirección General del Impuesto sobre la Renta de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público de los Estados Unidos Mexicanos, 1957. Compilación de leyes del Impuesto sobre la Renta (1921-1953), México D.F.

Dirección General del Impuesto sobre la Renta de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público de los Estados Unidos Mexicanos, 1958. Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y del Tribunal Fiscal de la Federación, en materia de la Ley del Impuesto sobre la Renta y su reglamento (1929-1957). Tomo I. México D.F.

Dirección General del Impuesto sobre la Renta de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público de los Estados Unidos Mexicanos, 1959. Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y del Tribunal Fiscal de la Federación, en materia de la Ley del Impuesto sobre la Renta y su reglamento (1929-1957). Tomo II. México D.F.

Drake, P. 1984. "La misión Kemmerer a Chile: Consejeros norteamericanos, estabilización y endeudamiento, 1925-1932". Cuadernos de historia, Departamento de Ciencias Históricas de la Universidad de Chile, Vol. 4, pp. 31-59.

Escobar, T. "Doble tributación internacional, la realidad chilena". Tesis para optar el grado de Bachiller en Derecho, Universidad Finis Terrale, Santiago, 2001.

Estela, M., 1995. Reforma del Sistema y la Administración Tributaria. Documento de trabajo N° 05/95. Instituto de Administración Tributaria. Lima.

Foreman-Peck, J. 1995. Historia económica mundial: relaciones económicas internacionales desde 1850. Prentice, Madrid.

Gárate, C. 2010. "Tópicos de interpretación legal en los convenios de doble imposición en Chile". Revista de Estudios Tributarios, N° 1/2010, pp. 139-156.

- Gárate, C. 2013. "Reflexiones sobre el modelo chileno de política fiscal internacional". *Crónica Tributaria*, N° 147/2013, pp. 89-126.
- García, C. 2006. "Interpretación de los convenios de doble imposición internacional". *Estudios de derecho internacional tributario. Los convenios de doble imposición*, co. Juan Pablo Godoy F. Legis Editores S.A., Bogotá.
- García, C. 2008. "La elusión fiscal y los medios para evitarla". XXIV Jornada Latinoamericanas de Derecho Tributario. Instituto Latinoamericano de Derecho Tributario (ILADT), Isla Margarita.
- García, F. 2006. "El convenio de doble imposición entre España y Colombia desde la perspectiva española". *Estudios de derecho internacional tributario. Los convenios de doble imposición*, co. Juan Pablo Godoy F. Legis Editores S.A., Bogotá.
- García, P. 1961. "La carta de Punta del Este: Planeación económica". Conferencia pronunciada por el autor por la Sociedad de Alumnos del Doctorado en Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México. *Revista de Comercio Exterior*, diciembre 1961, pp. 726-730.
- García, R., 1978. *Impuesto sobre la renta: Teoría y técnica del impuesto*. Instituto de Capacitación Tributaria, Santo Domingo.
- Garrón, R. 2006. "Jerarquía del derecho comunitario (análisis del caso boliviano)". *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, año 12, tomo I, pp 703-717.
- Garza, J. "La imposición a las ganancias de capital provenientes de la apreciación de las acciones". Tesis para optar al título de licenciado en Economía, Universidad Autónoma de Nuevo León, Monterrey, 1972.
- Gonzáles, L. 2015. "Mayor valor en la enajenación de acciones reforma tributaria". *Revista de Estudios Tributarios*, N° 13/2015, pp. 261-276.
- Gonzáles, O. "Los convenios para evitar la doble imposición suscritos de acuerdo al modelo de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico". Tesis para optar el grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales, Universidad de Chile, Santiago, 2005.

- González, E. y Henríquez, S. “Los convenios para evitar la doble tributación internacional: hacia un concepto de beneficiario efectivo”. Memoria para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales, Universidad de Chile, Santiago, 2011.
- Guerrero, M. 2012. “La transición fiscal en la reconstrucción mexicana”. Documentos de Trabajo del Instituto de Estudios Latinoamericanos sobre Fiscalidad en América Latina, N° 40/Julio 2012, pp. 24-52.
- Hallivis, M., 2007. Teoría general de la interpretación. Editorial Porrúa, SA de CV., México D.F.
- Hallivis, M., 2011. “La Convención de Viena y la interpretación de los convenios para evitar la doble tributación internacional”. Los convenios de doble imposición y su interrelación con las medidas para prevenir el abuso en su aplicación, co. Arturo Pérez Robles. Editorial Themis, S.A. DE C.V., México D.F.
- Huamaní, R., 2011. Código tributario comentado. Jurista Editores E.I.R.L., Lima.
- Huerta, M. y Montenegro, R. 2011. “La inconsistencia del artículo 17 de la Ley de la Renta y los problemas en el gasto tributario”. Revista de Estudios Tributarios, N°4/2011, pp. 185-228.
- Kaldor, N., 1960. Report on Mexican Tax Reform. México D.F.
- Kemmerer, E., 1917. Sistema Monetario de México. Comisión de Reorganización Administrativa y Financiera. Reformas Propuestas. México D.F.
- Kemmerer, E., 1940. Inflation and Revolution, México'S Experience of 1912-1917. Princeton University Press, New Jersey.
- Lang, M., 2014. Introducción al derecho de los convenios para evitar la doble imposición. Editorial Temis, Bogotá.
- Lasa, A., 1997. La cuestión fiscal en la política de estabilización de México. Deuda, inflación y déficit. Una perspectiva macroeconómica de la política fiscal. Universidad Autónoma Metropolitana – Iztapalapa, México D.F.
- Leighton, M., 1965. El impuesto a las ganancias de capital. Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile.

- Lomelí, L. 2002. "La reconstrucción de la hacienda pública: La gestión de Luis Cabrera y Rafael Nieto en el Gobierno de Venustiano Carranza". Los secretarios de hacienda y sus proyectos (1821-1933), tomo I, volumen 2, co. Leonor Ludlow. Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Históricas, México D.F.
- Luna, A., 2016. "Régimen fiscal de la enajenación de acciones". Ediciones Fiscales ISEF, S.A., México D.F.
- Oficina de Estudios Tributarios de la Dirección General de Impuestos Internos del Ministerio de Hacienda, 1957. Estudio sobre tratados tributarios. Santiago de Chile.
- Organización de los Estados Americanos, 1969. Reforma tributaria para América Latina II: Problemas de política fiscal. Documentos y actas de la conferencia celebrada en Santiago, Chile, en diciembre de 1962 y organizada por el Programa Conjunto de Tributación de la OEA, BID y CEPAL. Washington.
- Organización de las Naciones Unidas, 2015. Manual de las Naciones Unidas en temas específicos sobre la administración de convenios de doble tributación para países en desarrollo. New York.
- Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), 1997. Modelo de convenio fiscal sobre la renta y sobre el patrimonio. Versión abreviada que incorpora las modificaciones introducidas hasta 1995. Paris.
- Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), 2011. Modelo de convenio tributario sobre la renta y sobre el patrimonio. Version abreviada al 22 de Julio de 2010. Paris.
- Organisation for Economic Co-operation and Development (OCDE), 2015. Model tax convention on income and on capital. Full version as it read on 15 July 2014. Paris.
- Massone, P., 1998. La doble tributación internacional. Editorial Jurídica ConoSur Ltda, Santiago de Chile.
- Meza, R. y Barrera, A. 2016. "Conceptos generales: Territorialidad". Introducción a la Fiscalidad Internacional. Instituto Mexicano de Contadores Públicos, México D.F.

- Milanca, J. "Criterios jurisprudenciales de interpretación en el contexto de la aplicación tratados internacionales en el derecho chileno". Memoria para optar al grado de licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Austral de Chile, Santiago, 2012.
- Ministerio de Economía y Finanzas, 2001. Resultado de consulta ciudadana: Los convenios para evitar la doble tributación internacional y para prevenir la evasión fiscal. Lima.
- Ministerio de Economía y Finanzas, 2011. Informe N° 102-2011-EF del 12 de julio de 2001. Informe sobre el Convenio entre la República del Perú y los Estados Unidos Mexicanos para evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal. Lima.
- Ministerio de Relaciones Exteriores de Chile, 1998. Memoria correspondiente al año 1998. Santiago de Chile.
- Ministerio de Relaciones Exteriores de Chile, 2001. Memoria correspondiente al año 2001. Santiago de Chile.
- Morales, N. y Vásquez, L. 2013. "Artículos 1 y 4. Aplicación a las figuras o entidades transparentes". Comentarios a los convenios para evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal (Análisis mexicano primera parte), co. Alejandro Calderón Aguilera. Editorial Themis, S.A. DE C.V., México D.F.
- Moyano, C. 1985. "La interpretación de los tratados internacionales según la Convención de Viena de 1969". Revista Integración Latinoamericana, octubre 1985, pp. 32-49.
- Muñoz, R. 2015. "Artículos 23-A y 23-B. Método para eliminar la doble imposición (acreditamiento)". Comentarios a los convenios para evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal (Análisis mexicano segunda parte), co. Alejandro Calderón Aguilera, Juan Carlos Roa Jacobo, Patricia Ofelia López Padilla Barrera. Editorial Themis, S.A. DE C.V., México D.F.
- Muñoz, R., 1999. "El régimen legal de las acciones y el dictamen fiscal para su enajenación". Ediciones Fiscales ISEF, México D.F.
- Novak, F. 1995. "Los principios generales del derecho de la buena fe y el abuso del derecho". Agenda internacional del Instituto de Estudios Internacionales, pp. 110-134.

- Olivares, S. "Dos opiniones sobre la Alianza para el Progreso y la Ley de Reforma Agraria durante el Gobierno de Jorge Alessandri Rodríguez". Tesis para optar al grado de licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile, Santiago, 2004.
- Pérez, A., 2011. Manual de código tributario. Fondo de Publicaciones de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Concepción, Concepción.
- Pérez, A. 2011. "Sistema de renta mundial vs sistema territorial ¿El enfoque de México sobre los sistemas territoriales es eficiente?". "Derecho fiscal internacional: Temas Selectos, ed. International Fiscal Association, Grupo Mexicano, AC. Editorial Porrúa, México D.F.
- Pérez, A. y Torres, M. 2016. "Conceptos generales: Fuente de riqueza". Introducción a la Fiscalidad Internacional. Instituto Mexicano de Contadores Públicos, México D.F.
- Pérez, J., 2016. "El dictamen fiscal por enajenación de acciones". Tax Editores Unidos, SA de CV, México D.F.
- Pérez, L., 1991. "Régimen fiscal de la enajenación de acciones". Ediciones Fiscales ISEF, S.A, México D.F.
- Pérez, K. y Montaña R. 2011. "La interrelación de los Convenios de Doble Imposición con las medidas antiabuso. Concepto de la OCDE". Los convenios de doble imposición y su interrelación con las medidas para prevenir el abuso en su aplicación, co. Arturo Pérez Robles. Editorial Themis, S.A. DE C.V., México D.F.
- Pérez, M. 2014. "ISR derivado de la ganancia por enajenación de acciones en Bolsa de Valores". Fisco actualidades del Instituto Mexicano de Contadores Públicos. Número 6, pp. 3-10.
- Poder Ejecutivo del Gobierno de Alan García Pérez, 2006. Oficio N° 179-2006-PR del 23 de noviembre de 2006. Lima.
- Poder Ejecutivo del Gobierno de Alan García Pérez, 2011. Oficio N° 055-2011-PR del 9 de marzo de 2011. Lima.
- Poder Ejecutivo del Gobierno de Alejandro Toledo Manrique, 2003. Oficio N° 181-2003-PR del 31 de agosto de 2003. Lima.

- Poder Ejecutivo del Gobierno de Felipe de Jesús Calderón Hinojosa, 2007. Plan Nacional de Desarrollo 2007-2012. México D.F.
- Poder Ejecutivo del Gobierno de Felipe de Jesús Calderón Hinojosa, 2007. Iniciativa de decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Ley del Impuesto sobre la Renta, del Código Fiscal de la Federación y de la Ley del Impuesto Especial sobre Producción y Servicios, y se establece el subsidio para el empleo. 20 de junio de 2007. México D.F.
- Poder Ejecutivo del Gobierno de Felipe de Jesús Calderón Hinojosa, 2009. Iniciativa de decreto que reforma, adiciona y deroga diversas disposiciones fiscales. 8 de setiembre de 2009. México D.F.
- Poder Ejecutivo del Gobierno de Ollanta Humala Tasso, 2012. Oficio N° 105-2012-PR del 5 de mayo de 2012. Lima.
- Poder Ejecutivo del Gobierno de Vicente Fox Quesada, 2004. Iniciativa de decreto que reforma, adiciona, deroga y establece diversas disposiciones fiscales, y que establece subsidios para el empleo y para la nivelación del ingreso. 8 de setiembre de 2004. México D.F.
- Prieto, F., 2011. Así se hizo el Perú. Crónica política de 1939 a 2009. Grupo Editorial Norma S.A.C., Lima.
- Quibrera, R. 2011. "Consideraciones generales de disposiciones para la prevención del abuso en la aplicación de los convenios". Los convenios de doble imposición y su interrelación con las medidas para prevenir el abuso en su aplicación, co. Arturo Pérez Robles. Editorial Themis, S.A. DE C.V., México D.F.
- Quiroz, A., 2013. Historia de la corrupción en el Perú. Instituto de Estudios Peruanos; Instituto de Defensa Legal, Lima.
- Rajmilovich, D., 2014. "Las cláusulas antiabuso específicas y los convenios de doble imposición". Revista de Tributación de la Asociación Argentina de Estudios Fiscales, N° 30/2014, pp. 11-28.



- Redondo, V. "Inversión peruana directa en Chile: Situación actual, perspectivas y desafíos". Tesis para optar el grado de Magíster en Estrategia Internacional y Política Comercial, Universidad de Chile, Santiago, 2012.
- Rinsche, T., y Vicente H., 1970. De la doble tributación internacional. Editorial Jurídica de Chile, Santiago.
- Sáinz, M., 2010. Algunas consideraciones en torno al valor interpretativo de los comentarios al convenio modelo de la OCDE. Academia de Estudios Fiscales de la Contaduría Pública, A.C., México D.F.
- Secretaría de Hacienda Pública del Poder Ejecutivo Federal, 1947. Proyecto de reformas a la Ley del Impuesto sobre la Renta, México D.F.
- Secretaría de Hacienda y Crédito Público del Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos. Aspectos relevantes de la reforma hacendaria integral en México, 2008. 20 Seminario Regional de Política Fiscal. ECLAC, United Nations. 28 de enero de 2008. Santiago de Chile.
- Servicio de Impuestos Internos, 2014. Circular N° 14 del 7 de marzo de 2014 "Instruye sobre las modificaciones efectuadas por la Ley N° 20.630, a la Ley sobre Impuesto a la Renta, relacionadas con la tributación internacional". Santiago.
- Servicio de Impuestos Internos, 2014. Circular N° 59 del 14 de noviembre de 2014 "Modifica las instrucciones contenidas en Circular N° 14, de 2014, relativas a la aplicación de los convenios para evitar la doble tributación internacional a las rentas e impuestos que establecen los artículos 10 y 58 N°3 de la Ley sobre Impuesto a la Renta". Santiago.
- Servicio de Impuestos Internos, 2016. Circular N° 44 del 12 de julio de 2016 "Instruye sobre las modificaciones efectuadas por la Ley N° 20.780 y la Ley N° 20.899 a los N°s 5, 6 y 8 del artículo 17, al artículo 18 y a los N°s 8 y 9, del inciso 1°, del artículo 41, todos de la Ley sobre Impuesto a la Renta, que rigen a contar del 1° de enero de 2017". Santiago.

Secretaría del Consejo de Ministros del Gobierno de Alejandro Toledo Manrique, 2003. Exposición de motivos del proyecto de decreto legislativo que modifica la Ley del impuesto a la renta a partir del 1.1.2004. Lima.

Secretaría del Consejo de Ministros del Gobierno de Alan García Pérez, 2007. Exposición de motivos del proyecto de Decreto Legislativo que establece un nuevo tratamiento tributario de las rentas de capital. Lima.

Tribunal Constitucional, 2006. Sentencia del Pleno jurisdiccional del Tribunal Constitucional N° 047-2004-AI/TC de fecha 24 de abril de 2006, la cual versa sobre la demanda de inconstitucional interpuesta por don José Claver Nina-Quispe Hernández, en representación del Gobierno Regional de San Martín, contra la Ley que faculta el nombramiento de los profesores aprobados en el concurso público autorizado por la Ley N° 27971 contra el Congreso de la República, Lima.

Tribunal Constitucional, 2007. Sentencia del Pleno jurisdiccional del Tribunal Constitucional N° 679-2005-PA/TC de fecha 2 de marzo de 2007, la cual resuelve el recurso de agravio constitucional interpuesto por don Santiago Enrique Martín Rivas contra la resolución de la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República de Perú del 6 de octubre de 2004, que declaró improcedente su demanda de amparo contra el Consejo Supremo de Justicia Militar.

Tribunal Fiscal, 2004. Resolución N° 3041-A-2004, Lima.

Tribunal Fiscal, 2008. Resolución N° 12472-7-2008, Lima.

Tribunal Fiscal, 2015. Resolución N° 2755-3-2015, Lima.

Tribunal Tributario y Aduanero de Concepción, 2012. Rechazo de reclamación interpuesta contra la Resolución N° 192 de fecha 12 de agosto de 2011, dictada por la Dirección General de Grandes Contribuyentes del Servicio de Impuestos Internos. Concepción.

Trillo, L. 2015. "Ganancias de capital: Artículo 13 del convenio modelo de la OCDE". Comentarios a los convenios para evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal (Análisis mexicano segunda parte), co. Alejandro Calderón Aguilera, Juan Carlos Roa Jacobo, Patricia Ofelia López Padilla Barrera. Editorial Themis, S.A. DE C.V., México D.F.

- Tovillas, J., 1996. Estudio del modelo de convenio sobre renta y patrimonio de la OCDE de 1992. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., Madrid.
- Ugalde, R. y García, J. 2010. "Elusión, planificación y evasión tributaria". Ediciones Técnicas Tributarias, Santiago de Chile.
- Urrea, C. "La enajenación de acciones, derechos sociales, y bienes inmuebles, efectos tributarios e impacto en la circulación económica de estos bienes". Tesis para optar al grado de Magíster en Tributación, Universidad de Chile, Santiago, 2012.
- Vásquez, P., 2013. "La accidentada ruta constitucional de la jerarquía de los Tratados en el Derecho interno". Revista de Derecho Themis, N° 63/2013, pp. 89-108.
- Vega, F., 2003. "Medidas antiabuso y convenios de doble imposición". Fiscalidad y planificación fiscal internacional, co. José A. Rodríguez Ondarza, Ángel Fernández Prieto. Instituto de Estudios Económicos, Madrid.
- Villanueva, W., 2014. "Las normas antielusivas específicas de la Ley interna y su aplicación a nivel del Tratado". Revista Derecho & Sociedad, N° 43/2014, pp. 435-447.
- Villegas, H., 2002. Curso de finanzas, derecho financiero y tributario. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires.
- Winter, R. y Lecaros, P. 2015. "Análisis comparativo sobre enajenaciones directas e indirectas de sociedades chilenas realizadas por entidades extranjeras". Revista de Estudios Tributarios, N° 13/2015, pp. 9-36.

## Leyes

### México

Código de Comercio. Secretaria de Justicia, México. Promulgado 15/09/1889. Publicado 07/10/1889.

Ley para la recaudación de los impuestos establecidos en la Ley de Ingresos vigente sobre sueldos, salarios, emolumentos, honorarios y utilidades de las sociedades y empresas. Secretaria de Hacienda y Crédito Público, México. Promulgada 21/02/1924. Publicada 27/02/1924.

Decreto determinando las personas que están obligadas al pago del impuesto sobre la renta y fijando las disposiciones a que se sujetará su recaudación. Secretaria de Hacienda y Crédito Público, México. Promulgado 18/03/1925. Publicado 25/03/1925.

Decreto que reforma la Ley del Impuesto sobre la Renta. Secretaria de Hacienda y Crédito Público, México. Promulgado 29/12/1933. Publicado 30/12/1933.

Ley del Impuesto sobre la Renta. Secretaria de Hacienda y Crédito Público, México. Promulgado 30/12/1941. Publicado 31/12/1941.

Decreto que reforma y adiciona la Ley del Impuesto sobre la Renta. Secretaria de Hacienda y Crédito Público, México. Promulgado 30/12/1946. Publicado 31/12/1946.

Decreto que reforma varios artículos de la Ley del Impuesto sobre la Renta. Secretaria de Hacienda y Crédito Público, México. Promulgado 30/12/1947. Publicado 31/12/1947.

Decreto que modifica varios artículos de la Ley del Impuesto sobre la Renta. Secretaria de Hacienda y Crédito Público, México. Promulgado 28/12/1948. Publicado 31/12/1948.

Decreto que reforma y adiciona la Ley del Impuesto sobre la Renta. Secretaria de Hacienda y Crédito Público, México. Promulgado 29/12/1950. Publicado 30/12/1950.

Decreto que reforma a la Ley del Impuesto sobre la Renta. Secretaria de Hacienda y Crédito Público, México. Promulgado 30/12/1955. Publicado 31/12/1955.

Ley de Ingresos para la Federación para el año de 1962. Secretaria de Hacienda y Crédito Público, México. Promulgado 28/12/1961. Publicada 30/12/1961.

Decreto que reforma y adiciona a diversos artículos de la Ley del Impuesto sobre la Renta. Secretaria de Hacienda y Crédito Público, México. Promulgado 28/12/1961. Publicado 30/12/1961.

Ley que reforma, adiciona y deroga diversos artículos de la Ley del Impuesto sobre la Renta. Secretaria de Hacienda y Crédito Público, México. Promulgado 28/12/1962. Publicado 30/12/1962.

Ley de Ingresos de la Federación para 1964. Secretaria de Hacienda y Crédito Público, México. Promulgado 27/12/1963. Publicada 30/12/1963.

Decreto que reforma y adiciona a diversos artículos de la Ley del Impuesto sobre la Renta. Secretaria de Hacienda y Crédito Público, México. Promulgado 27/12/1963. Publicado 30/12/1963.

Ley de Ingresos para la Federación para el ejercicio fiscal de 1965. Secretaria de Hacienda y Crédito Público, México. Promulgada 30/12/1964. Publicada 31/12/1964.

Ley del Impuesto sobre la Renta. Secretaria de Hacienda y Crédito Público, México. Promulgado 30/12/1964. Publicado 31/12/1964.

Ley de Ingresos para la Federación para el ejercicio fiscal de 1966. Secretaria de Hacienda y Crédito Público, México. Promulgada 29/12/1965. Publicada 31/12/1965.

Ley de Ingresos para la Federación para el ejercicio fiscal de 1967. Secretaria de Hacienda y Crédito Público, México. Promulgada 28/12/1966. Publicada 31/12/1966.

Ley de Ingresos para la Federación para el ejercicio fiscal de 1968. Secretaria de Hacienda y Crédito Público, México. Promulgada 28/12/1967. Publicada 29/12/1967.

Ley de Ingresos para la Federación para el ejercicio fiscal de 1969. Secretaria de Hacienda y Crédito Público, México. Promulgada 30/12/1968. Publicada 31/12/1968.

Ley de Ingresos para la Federación para el ejercicio fiscal de 1970. Secretaria de Hacienda y Crédito Público, México. Promulgada 26/12/1969. Publicada 31/12/1969.

Ley de Ingresos para la Federación para el ejercicio fiscal de 1971. Secretaria de Hacienda y Crédito Público, México. Promulgada 27/12/1970. Publicada 29/12/1970.

Decreto que reforma y adiciona a la Ley del Impuesto sobre la Renta. Secretaria de Hacienda y Crédito Público, México. Promulgado 23/12/1971. Publicado 29/12/1971.

Ley que establece, reforma y adiciona diversas disposiciones fiscales. Secretaria de Hacienda y Crédito Público, México. Promulgada 15/11/1974. Publicada 19/11/1974.

Decreto de reformas y adiciones a la Ley del Impuesto sobre la Renta. Secretaria de Hacienda y Crédito Público, México. Promulgado 22/12/1978. Publicada 29/12/1978.

Ley que reforma, adiciona y deroga diversas disposiciones fiscales. Secretaria de Hacienda y Crédito Público, México. Promulgada 30/12/1979. Publicada 31/12/1979.

Ley del Impuesto sobre la Renta. Secretaria de Hacienda y Crédito Público, México. Promulgada 28/12/1980. Publicada 30/12/1980.

Ley que reforma, adiciona y deroga diversas disposiciones fiscales. Secretaria de Hacienda y Crédito Público, México. Promulgada 30/12/1981. Publicada 31/12/1981.

Ley que establece, reforma, adiciona y deroga diversas disposiciones fiscales. Secretaria de Hacienda y Crédito Público, México. Promulgada 28/12/1982. Publicada 31/12/1982.

Ley que reforma, adiciona y deroga diversas disposiciones fiscales y que modifica Decreto de carácter mercantil. Secretaria de Hacienda y Crédito Público, México. Promulgada 29/12/1983. Publicada 31/12/1983.

Ley que establece, reforma, adiciona y deroga diversas disposiciones fiscales. Secretaria de Hacienda y Crédito Público, México. Promulgada 27/12/1984. Publicada 31/12/1984.

Ley que establece, reforma, adiciona y deroga diversas disposiciones fiscales. Secretaria de Hacienda y Crédito Público, México. Promulgada 28/12/1985. Publicada 31/12/1985.

Decreto por el que se reforma, adiciona y deroga diversas disposiciones fiscales. Secretaria de Hacienda y Crédito Público, México. Promulgada 28/04/1986. Publicada 30/04/1986.

Ley que establece, reforma, adiciona y deroga diversas disposiciones fiscales. Secretaria de Hacienda y Crédito Público, México. Promulgada 28/12/1986. Publicada 31/12/1986.

Ley que reforma, adiciona y deroga diversas disposiciones fiscales. Secretaria de Hacienda y Crédito Público, México. Promulgada 26/12/1986. Publicada 31/12/1987.

Ley que establece, reforma, adiciona y deroga diversas disposiciones fiscales. Secretaria de Hacienda y Crédito Público, México. Promulgada 30/12/1988. Publicada 31/12/1988.

Ley que establece, reforma, adiciona y deroga diversas disposiciones fiscales. Secretaria de Hacienda y Crédito Público, México. Promulgada 20/12/1989. Publicada 28/12/1989.

Ley que establece, adiciona y deroga diversas disposiciones fiscales y que reforma otras leyes federales. Secretaria de Hacienda y Crédito Público, México. Promulgada 20/12/1990. Publicada 26/12/1990.

Ley que reforma, adiciona y deroga diversas disposiciones fiscales. Secretaria de Hacienda y Crédito Público, México. Promulgada 18/12/1991. Publicada 20/12/1991.

Ley que armoniza diversas disposiciones con el Acuerdo General de Aranceles y Comercio, los Tratados para evitar la doble tributación y para simplificación fiscal. Secretaria de Hacienda y Crédito Público, México. Promulgada 14/07/1992. Publicada 20/07/1992.

Ley que establece las reducciones impositivas acordadas en el Pacto para la Estabilidad, la Competitividad y el Empleo. Secretaria de Hacienda y Crédito Público, México. Promulgada 02/12/1993. Publicada 3/12/1993.

Decreto que reforma, adiciona y deroga diversas disposiciones fiscales relacionadas con el comercio y las transacciones internacionales. Secretaria de Hacienda y Crédito Público, México. Promulgada 23/12/1993. Publicado 29/12/1993.

Ley que reforma, deroga y adiciona diversas disposiciones fiscales. Secretaria de Hacienda y Crédito Público, México. Promulgada 27/12/1993. Publicada 28/12/1994.

Decreto por el que se expiden nuevas leyes fiscales y se modifican otras. Secretaria de Hacienda y Crédito Público, México. Promulgado 13/12/1995. Publicado 15/12/1995.

Resolución que establece para 1996 reglas de carácter general aplicables a los impuestos y derechos federales, excepto a los relacionados con el comercio exterior (resolución miscelánea fiscal para 1996). Secretaria de Hacienda y Crédito Público, México. Promulgado 22/03/1996. Publicado 29/03/1996.

Ley que establece y modifica diversas leyes fiscales. Secretaria de Hacienda y Crédito Público, México. Promulgada 18/12/1996. Publicada 30/12/1996.

Ley que modifica el Código Fiscal de la Federación y las leyes del Impuesto sobre la Renta, Impuesto al Valor Agregado, Impuesto Especial sobre Producción y Servicios, Impuesto sobre Tenencia o Uso de Vehículos, Federal del Impuesto sobre Automóviles Nuevos y Federal de Derechos. Secretaria de Hacienda y Crédito Público, México. Promulgada 26/12/1997. Publicada 29/12/1997.

Decreto por el que se modifican diversas leyes fiscales y otros ordenamientos federales. Secretaria de Hacienda y Crédito Público, México. Promulgado 31/12/1998. Publicado 31/12/1998.

Resolución Miscelánea Fiscal para 1999. Secretaria de Hacienda y Crédito Público, México.  
Promulgada 26/02/1999. Publicada 03/03/1999.

Ley que reforma, adiciona y deroga diversas disposiciones fiscales. Secretaria de Hacienda y  
Crédito Público, México. Promulgado 29/12/1999. Publicado 31/12/1999.

Decreto por el que reforman diversas disposiciones fiscales. Secretaria de Hacienda y  
Crédito Público, México. Promulgado 29/12/2000. Publicado 31/12/2000.

Ley del Impuesto sobre la Renta. Secretaria de Hacienda y Crédito Público, México.  
Promulgada 01/01/2002. Publicada 01/01/2002.

Decreto por el que se establecen, reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de  
la Ley del Impuesto sobre la Renta y del Impuesto Sustitutivo del Crédito al Salario.  
Secretaria de Hacienda y Crédito Público, México. Promulgado 26/12/2002. Publicado  
30/12/2002.

Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Ley del  
Impuesto al Valor Agregado, de la Ley del Impuesto sobre la Renta, de la Ley del  
Impuesto Especial sobre Producción y Servicios, de la Ley del Impuesto sobre  
Tenencia o Uso de Vehículos, de la Ley Federal del Impuesto sobre Automóviles  
Nuevos y de la Ley Federal de Derechos. Secretaria de Hacienda y Crédito Público,  
México. Promulgado 30/12/2003. Publicado 31/12/2003.

Decreto por el que se reforman, adicionan, derogan y establecen diversas disposiciones de  
la Ley del Impuesto sobre la Renta y de la Ley del Impuesto al Activo y establece los  
Subsidios para el Empleo y para la Nivelación del Ingreso. Secretaria de Hacienda y  
Crédito Público, México. Promulgado 29/12/2004. Publicado 01/12/2004.

Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Ley del  
Impuesto sobre la Renta, del Código Fiscal de la Federación, de la Ley del Impuesto  
Especial sobre Producción y Servicios y de la Ley del Impuesto al Valor Agregado, y  
se establece el Subsidio para el Empleo. Secretaria de Hacienda y Crédito Público,  
México. Promulgado 28/09/2007. Publicado 01/10/2007.

Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de las Leyes del  
Impuesto sobre la Renta, del Impuesto a los Depósitos en Efectivo y del Impuesto al



Valor Agregado, del Código Fiscal de la Federación y del Decreto por el que se establecen las obligaciones que podrán denominarse en Unidades de Inversión; y reforma y adiciona diversas disposiciones del Código Fiscal de la Federación y de la Ley del Impuesto sobre la Renta, publicado el 1 de abril de 1995. Secretaria de Hacienda y Crédito Público, México. Promulgado 04/12/2009. Publicado 07/12/2009.

Decreto por el que se reforma el Artículo Cuarto, fracción VI, segundo párrafo, incisos b), c), d) y e), del “Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de las Leyes del Impuesto sobre la Renta, del Impuesto a los Depósitos en Efectivo y del Impuesto al Valor Agregado, del Código Fiscal de la Federación y del Decreto por el que se establecen las obligaciones que podrán denominarse en Unidades de Inversión; y reforma y adiciona diversas disposiciones del Código Fiscal de la Federación y de la Ley del Impuesto sobre la Renta, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 1 de abril de 1995”. Secretaria de Hacienda y Crédito Público, México. Promulgado 21/04/2010. Publicado 27/04/2010.

Resolución Miscelánea Fiscal para 2011. Secretaria de Hacienda y Crédito Público, México. Promulgada 31/05/2011. Publicada 01/07/2011.

Resolución Miscelánea Fiscal para 2013. Secretaria de Hacienda y Crédito Público, México. Promulgada 17/12/2012. Publicada 28/12/2012.

Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Ley del Impuesto al Valor Agregado; de la Ley del Impuesto Especial sobre Producción y Servicios; de la Ley Federal de Derechos, se expide la Ley del Impuesto sobre la Renta, y se abrogan la Ley del Impuesto Empresarial a Tasa Única, y la Ley del Impuesto a los Depósitos en Efectivo. Secretaria de Hacienda y Crédito Público, México. Promulgado 06/12/2013. Publicado 11/12/2013.

Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Ley del Impuesto sobre la Renta, la Ley del Impuesto Especial sobre Producción y Servicios, del Código Fiscal de la Federación y de la Ley Federal de Presupuesto y Responsabilidad Hacendaria. Secretaria de Hacienda y Crédito Público, México. Promulgado 13/11/2015. Publicado 18/11/2015.

Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Ley del Impuesto sobre la Renta, Ley del Impuesto al Valor Agregado, del Código Fiscal de la Federación y de la Ley Federal del Impuesto sobre Automóviles Nuevos. Secretaria de Hacienda y Crédito Público. Promulgado 28/11/2016. Publicado 30/11/2016.

Resolución Miscelánea Fiscal para 2016. Secretaria de Hacienda y Crédito Público, México. Promulgada 15/12/2016. Publicada 23/12/2016.

### Chile

Decreto Ley, N° 755, Ley del impuesto sobre la renta. Ministerio de Hacienda, Chile. Promulgada 16/12/1925. Publicada 21/12/1925, Única versión.

Ley, N° 6.457, Fija el texto de la Ley del impuesto a la renta. Ministerio de Hacienda, Chile. Promulgado 18/10/1939. Publicado 10/01/1940. Única versión.

Ley, N° 8.419, Fija el texto refundido del texto de la Ley sobre el impuesto a la renta. Ministerio de Hacienda, Chile. Promulgada 10/04/1946. Publicada 27/03/1946. Última versión 14/02/1964.

Decreto, N° 2.106, Fija el texto definitivo de la Ley N° 8.419, sobre impuesto a la renta. Ministerio de Hacienda, Chile. Promulgado 10/05/1954. Publicado 15/03/1954. Única versión.

Ley, N° 15.564, Modifica la Ley N° 5.427, sobre impuestos a las herencias, asignaciones y donaciones y sustituye la Ley N° 8.419, sobre impuesto a la renta. Ministerio de Hacienda, Chile. Promulgada 11/02/1964. Publicada 14/02/1964. Única versión.

Decreto Ley, N° 824, Aprueba texto que indica de la ley sobre impuesto a la renta. Ministerio de Hacienda, Chile. Promulgado 27/12/1974. Publicado 31/12/1974. Primera versión 31/12/1974.

Decreto Ley, N° 910, Modifica los decretos leyes 619, 824, 825, 826, 827 y 830; otras disposiciones de orden tributario. Ministerio de Hacienda, Chile. Promulgado 24/02/1975. Publicado 01/03/1975. Última versión 01/01/2016.

Decreto, N° 381, Promulga la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y su anexo, suscrita por el Gobierno de Chile en Viena, el 23 de mayo de 1969. Ministerio de Relaciones Exteriores. Promulgado 05/05/1981. Publicado 22/06/1981.

Ley, N° 18.293, Establece diversas normas sobre impuesto a la renta y, para tales efectos, modifica los Decretos Leyes 824, de 1974, y 910, de 1975. Ministerio de Hacienda, Chile. Promulgada 26/01/1984. Publicada 31/01/1984. Primera versión 31/01/1984.

Ley, N° 18.489, Modifica la ley sobre impuesto a la renta y otras. Ministerio de Hacienda, Chile. Promulgada 02/01/1986. Publicada 04/01/1986. Única versión.

Ley, N° 19.601, Permite la oferta pública de valores extranjeros en el país. Ministerio de Hacienda, Chile. Promulgada 04/01/1999. Publicada 18/01/1999. Única versión.

Ley, N° 19.705, Regula las ofertas públicas de adquisición de acciones (OPAS) y establece el régimen de gobiernos corporativos. Ministerio de Hacienda, Chile. Promulgada 14/12/2000. Publicada 20/12/2000. Única versión.

Ley, N° 19.738, Normas para combatir la evasión tributaria. Ministerio de Hacienda, Chile. Promulgada 15/06/2001. Publicada 19/06/2001. Última versión 04/11/2003.

Ley, N° 19.768, Introduce adecuaciones de índole tributaria al mercado de capitales y flexibiliza el mecanismo de ahorro voluntario. Ministerio de Hacienda, Chile. Promulgada 24/10/2001. Publicada 07/11/2001. Última versión 30/09/2010.

Ley, N° 19.840, Establece normas tributarias para que empresas con capital del exterior puedan efectuar inversiones desde Chile en el extranjero. Ministerio de Hacienda, Chile. Promulgada 13/11/2002. Publicada 23/11/2002. Única versión.

Ley, N° 20.630, Perfecciona la legislación tributaria y financia la Reforma Educacional. Ministerio de Hacienda, Chile. Promulgada 24/09/2012. Publicada 27/09/2012. Única versión.

Ley, N° 20.780, Reforma tributaria que modifica el sistema de tributación a la renta e introduce diversos ajustes en el sistema tributario. Ministerio de Hacienda, Chile. Promulgada 26/09/2014. Publicada 29/09/2014. Primera versión 01/10/2014.

Ley, N° 20.780, Reforma tributaria que modifica el sistema de tributación a la renta e introduce diversos ajustes en el sistema tributario. Ministerio de Hacienda, Chile. Promulgada 26/09/2014. Publicada 29/09/2014. Última versión 08/02/2016.

Ley, N° 20.899, Simplifica el sistema de tributación a la renta y perfecciona otras disposiciones legales tributarias. Ministerio de Hacienda, Chile. Promulgada 01/02/2016. Publicada 08/02/2016. Única versión.

## Perú

Decreto Ley, N° 7193, Suspendiendo hasta el 31 de diciembre de 1931 el pago de los servicios de todas las deudas de la República. Junta Nacional de Gobierno, Perú. Promulgada 29/05/1931.

Ley, N° 7904, Ley del Impuesto sobre la Renta. Presidencia de la República, Perú. Promulgada 26/07/1934.

Decreto Ley, N° 14530, Creando en el Ministerio de Hacienda y Comercio, una comisión revisora de la legislación tributaria. Junta de Gobierno, Perú. Promulgado 20/06/1963.

Ley, N° 14858, Dando fuerza de ley al Decreto Ley N° 14530. Presidencia de la República, Perú. Promulgada 06/02/1964.

Ley, N° 16358, Disponiendo que la Comisión Revisora de la Legislación Tributaria, remita al Congreso en el plazo de 60 días, los proyectos de ley de reajustes de la tributación, así como el de revisión de los regímenes exoneratorios de impuestos en general. Presidencia de la República, Perú. Promulgado 28/12/1966.

Decreto Supremo, N° 203-68-HC, Dictan disposiciones para la reforma tributaria. Ministerio de Economía y Finanzas, Perú. Promulgado 24/06/1968.

Decreto Supremo, N° 287-68-HC, Texto único del impuesto a la renta, al valor de la propiedad predial y al patrimonio accionario. Ministerio de Economía y Finanzas, Perú. Promulgado 09/08/1968.

Decreto Legislativo, N° 200, Ley del Impuesto a la Renta. Ministerio de Economía y Finanzas, Perú. Promulgado 12/06/1981. Publicado 15/06/1981.

Decreto Supremo, N° 185-87-EF, Aprueba el texto único ordenado del impuesto a la renta. Ministerio de Economía y Finanzas, Perú. Promulgado 24/09/1987. Publicado 28/09/1987.

Decreto Legislativo, N° 618, Precisan que las referencias al impuesto a la renta deberán extenderse como referida al Decreto Legislativo 200, cuyo texto fue aprobado por D.S. 185-87-EF de setiembre de 1987. Ministerio de Economía y Finanzas, Perú. Promulgado 29/11/1990.

Decreto Legislativo, N° 774, Ley del impuesto a la renta. Ministerio de Economía y Finanzas, Perú. Promulgado 23/12/1993. Publicado 31/12/1993.

Decreto Supremo, N° 122-94-EF, Aprueban el reglamento de la Ley del impuesto a la renta. Ministerio de Economía y Finanzas, Perú. Promulgado 19/09/1994.

Decreto Legislativo, N° 799, Sustituyen artículos de la Ley del impuesto a la renta. Ministerio de Economía y Finanzas, Perú. Promulgado 29/12/1995. Publicado 31/12/1995.

Ley, N° 26731, Modifican diversos artículos de la Ley del impuesto a la renta. Congreso de la República, Perú. Promulgada 27/12/1996. Publicada 31/12/1996.

Ley, N° 27034, Ley que modifica el Decreto Legislativo N° 774, Ley del impuesto a la renta. Congreso de la República, Perú. Promulgado 28/12/1998. Publicado 30/12/1998.

Ley, N° 27804, Ley que modifica la Ley del impuesto a la renta según texto único ordenado aprobado por Decreto Supremo N° 054-99-EF y modificatorias. Congreso de la República, Perú. Promulgada 01/08/2002. Publicada 02/08/2002.

Ley, N° 28079, Ley que delega al Poder Ejecutivo la facultad de legislar en materia tributaria. Congreso de la República, Perú. Promulgada 26/09/2003. Publicada 27/09/2003.

Decreto Legislativo, N° 945, Modificación de la Ley del impuesto a la renta. Ministerio de Economía y Finanzas, Perú. Promulgado 22/12/2003. Publicado 23/12/2003.

Ley, N° 28932, Ley que delega al Poder Ejecutivo la facultad de legislar en materia tributaria. Congreso de la República, Perú. Promulgada 15/12/2006. Publicada 16/12/2006.

Decreto Legislativo, N° 970, Modifican el texto único ordenado de la Ley del impuesto a la renta. Ministerio de Economía y Finanzas, Perú. Promulgado 22/12/2006. Publicado 24/12/2006.

Decreto Legislativo, N° 972, Decreto Legislativo sobre tratamiento de las rentas de capital. Ministerio de Economía y Finanzas, Perú. Promulgado 09/03/2007. Publicado 10/03/2007.

Ley, N° 29308, Ley que prorroga a las exoneraciones contenidas en el artículo 19 de la Ley del impuesto a la renta y posterga la entrada en vigencia de varios artículos y disposiciones del Decreto Legislativo N° 972. Congreso de la República, Perú. Promulgada 29/12/2008. Publicada 31/12/2008.

Ley, N° 29492, Ley que modifica el texto único ordenado de la Ley del impuesto a la renta, aprobado mediante Decreto Supremo N° 179-2004-EF, y normas modificatorias. Congreso de la República, Perú. Promulgada 23/12/2009. Publicada 31/12/2009.

Ley, N° 29645, Ley que modifica el texto único ordenado de la Ley del impuesto a la renta, aprobado mediante Decreto Supremo N° 179-2004-EF, y normas modificatorias. Congreso de la República, Perú. Promulgada 30/12/2010. Publicada 31/12/2010.

Ley, N° 29663, Ley que modifica el texto único ordenado de la Ley del impuesto a la renta, aprobado mediante Decreto Supremo N° 179-2004-EF, y normas modificatorias. Congreso de la República, Perú. Promulgada 14/02/2011. Publicada 15/02/2011.

Ley, N° 29757, Ley que modifica el texto único ordenado de la Ley del impuesto a la renta, aprobado mediante Decreto Supremo N° 179-2004-EF, respecto de la enajenación indirecta de acciones y participaciones representativas de capital. Congreso de la República, Perú. Promulgada 20/07/2011. Publicada 21/07/2011.

Ley, N° 29820, Ley que prorroga las exoneraciones del artículo 19 del TUO de la Ley del impuesto a la renta, aprobado por Decreto Supremo N° 179-2004-EF. Congreso de la República, Perú. Promulgada 27/12/2011. Publicada 28/12/2011.

Ley, N° 29884, Ley que delega al Poder Ejecutivo la facultad de legislar en materia tributaria, aduanera y de delitos tributarios y aduaneros. Congreso de la República, Perú. Promulgada 07/06/2012. Publicada 09/06/2012.

Decreto Legislativo, N° 1112, Decreto Legislativo que modifica la Ley del impuesto a la renta. Ministerio de Economía y Finanzas, Perú. Promulgado 28/06/2012. Publicado 29/06/2012.

Decreto Legislativo, N° 1120, Decreto Legislativo que modifica la Ley del impuesto a la renta. Ministerio de Economía y Finanzas, Perú. Promulgado 17/07/2012. Publicado 18/07/2012.

Decreto Legislativo, N° 1124, Decreto Legislativo que modifica la Ley del impuesto a la renta. Ministerio de Economía y Finanzas, Perú. Promulgado 22/07/2012. Publicado 23/07/2012.

Decreto Legislativo, N° 1262, Decreto Legislativo que modifica la Ley N° 30341, Ley que fomenta la liquidez e integración del mercado de valores. Ministerio de Economía y Finanzas, Perú. Promulgado 09/12/2016. Publicado 10/12/2016.

## ANEXO A

Una sociedad anónima chilena enajena acciones de una sociedad anónima mexicana que, a su vez, es propietaria de acciones de una sociedad anónima peruana cuyo principal activo subyacente es un inmueble situado en territorio peruano.

### 1. Antecedentes

Precio de enajenación de acciones	US\$	500'000,000
Menos costo de adquisición de acciones	US\$	<u>(419'000,000)</u>
Ganancia de capital	US\$	81'000,000
Impuesto retenido en México	US\$	28'350,000
Régimen general : 25% sobre el monto total de la operación	US\$	125'000,000
Régimen opcional : 35% sobre la ganancia de capital	US\$	28'350,000
Impuesto retenido en Perú	US\$	12'150,000
Se asume que el 50% del precio de enajenación (valor de mercado) responde al valor de mercado de las acciones de la sociedad peruana: 30% sobre el 50% de la ganancia de capital		

\* No se convertirá a moneda nacional ni será afectado a reajustes por fines prácticos.

### 2. Desarrollo



a) Determinación del crédito total disponible

	México	Perú	Totales
a.1) Primer límite : impuesto pagado en el extranjero	28'350,000	12'150,000	40'500,000
a.2) Segundo límite : 35% sobre una cantidad tal que al deducir dicho porcentaje resulta el monto líquido percibido (US\$81'000,000 / 65% x 35%)			43'615,385
a.3) 35% sobre la renta neta de fuente extranjera			
Renta de fuente extranjera			81'000,000
Crédito total disponible			40'500,000
Gastos asociados a la renta de fuente extranjera			-
Total renta de fuente extranjera			121'500,000
Porcentaje aplicable a la renta neta de fuente extranjera			35%
Tercer límite			42'525,000
b) Determinación del crédito contra IDPC e impuestos finales			
Renta de fuente extranjera			81'000,000
Crédito por impuesto pagado en el exterior (límite menor)			40'500,000
Gastos asociados a la renta de fuente extranjera			-
Total renta neta de fuente extranjera			121'500,000
Crédito contra IDPC (Tasa 25%)			30'375,000
Crédito contra impuestos finales			10'125,000
c) Costo fiscal de la transacción			40'500,000

## ANEXO B

Una sociedad anónima chilena enajena acciones de una sociedad anónima peruana que, a su vez, es propietaria de acciones de una sociedad anónima mexicana cuyo principal activo subyacente es un inmueble situado en territorio mexicano.

### 1. Antecedentes

Precio de enajenación de acciones	US\$	500'000,000
Menos costo de adquisición de acciones	US\$	<u>(419'000,000)</u>
Ganancia de capital	US\$	81'000,000
Impuesto retenido en Perú	US\$	24'300,000
30% sobre la ganancia de capital		
Impuesto retenido en México	US\$	28'350,000
Régimen general : 25% sobre el monto total de la operación	US\$	125'000,000
Régimen alternativo : 35% sobre la ganancia de capital (total)	US\$	28'350,000

\* No se convertirá a moneda nacional ni será afectado a reajustes por fines prácticos.

### 2. Desarrollo

a) Determinación del crédito total disponible

	México	Perú	Totales
a.1) Primer límite : impuesto pagado en el extranjero	28'350,000	24'300,000	52'650,000
a.2) Segundo límite : 35% sobre una cantidad tal que al deducir dicho porcentaje resulta el monto líquido percibido (US\$81'000,000 / 65% x 35%)			43'615,385
a.3) 35% sobre la renta neta de fuente extranjera			
Renta de fuente extranjera			81'000,000
Crédito total disponible			43'615,385
Gastos asociados a la renta de fuente extranjera			-
Total renta de fuente extranjera			124'615,385
Porcentaje aplicable a la renta neta de fuente extranjera			35%
Tercer límite			43'615,385
b) Determinación del crédito contra IDPC e impuestos finales			
Renta de fuente extranjera			81'000,000
Crédito por impuesto pagado en el exterior (límite menor)			43'615,385
Gastos asociados a la renta de fuente extranjera			-
Total renta neta de fuente extranjera			124'615,385
Crédito contra IDPC (Tasa 25%)			31'153,846
Crédito contra impuestos finales			12'461,539
c) Costo fiscal de la transacción			52'650,000

## VITA

Jessica Espinola es contadora de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, Perú. Asimismo, es Diplomada en Tributación por la Universidad de Lima (Perú) y Master of Business Administration (MBA) por la Adolfo Ibáñez School of Management (Chile). Forma parte del Instituto Peruano de Investigación y Desarrollo Tributario (IPIDET) y la Asociación Fiscal Internacional (IFA).

En el ámbito profesional se ha desempeñado tanto en el sector privado como en el sector público. En el sector privado, entre los principales cargos desempeñados, destaca la de Senior Manager de EY (antes Ernst & Young) tras una destacada carrera profesional de 12 años, con experiencia en áreas de cumplimiento tributario y asesoría fiscal en procesos de due diligence en diversos sectores económicos; y, respecto del sector público, ha colaborado como auditora en la Intendencia de Principales Contribuyentes Nacionales de la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria de Perú - SUNAT. En la actualidad se desempeña como asesora en asuntos fiscales para Synapsis Tivit, empresa brasilera prestadora de servicios integrados de tecnología, con oficinas en Perú y Chile.