

Convenio para Evitar la Doble Tributación entre Chile y EE.UU.

Serie de Estudios Técnicos – AmCham
Chile

Documento Nro. 1

CONVENIO PARA EVITAR LA DOBLE TRIBUTACIÓN
ENTRE CHILE Y ESTADOS UNIDOS

Estudios complementarios sobre usos, efectos y oportunidades.

Abril de 2010

INTRODUCCION

Serie de Estudios Técnicos AmCham Chile - Documento Nro. 1

Convenio para Evitar la Doble Tributación entre Chile y Estados Unidos.

El Acuerdo de Doble Tributación firmado entre Chile y Estados Unidos en febrero pasado se ha constituido en uno de los aspectos más importantes del proceso de integración económica y comercial que se inició con el TLC entre ambos países.

Tal como se podrá leer en este documento, los estudios más recientes y completos sobre los efectos de los acuerdos de doble tributación sobre la inversión extranjera directa entre países signatarios, han demostrado que el incremento sobre la inversión extranjera directa bilateral ronda entre el 27% y el 31%.

Dada la importancia de esta materia, AmCham ha querido inaugurar la Serie de Estudios Técnicos con un análisis exhaustivo de este Convenio, realizado por voces autorizadas en este tema. Con ello, buscamos ofrecer más y mejores herramientas sobre las materias de la mayor relevancia para el comercio y la inversión entre Chile y Estados Unidos. En esta oportunidad, la complementariedad de los trabajos que se presentan en este documento permite obtener una visión global de sus diferentes usos, los efectos y las oportunidades que se abren para las relaciones económicas bilaterales a partir de su entrada en vigencia.

La Cámara Chileno-Norteamericana de Comercio, AmCham, agradece muy especialmente a los autores de los artículos que se presentan a continuación.

AmCham espera prestar de esta manera una colaboración efectiva y concreta para que se aprovechen las ventajas que ofrece este acuerdo, en el convencimiento de que el libre comercio y la mayor inversión resultan en un mayor desarrollo económico y social para los países.

Santiago, Abril 2010.

Han contribuido a este documento, por orden alfabético

Balzarotti, Nora

Benedetto, Sandra

Brzovic González, Franco

Garfias von Fürstenberg, Gonzalo

Hurtado Araneda, Hugo

Muñoz, Marcelo

Schudeck, Astrid

Yáñez Villanueva, Felipe

ÍNDICE:

Capítulo I. El Convenio para evitar la doble imposición: Tratamiento aplicable a los dividendos. Por Sandra Benedetto y Astrid Schudeck

Capítulo II. El Convenio para evitar la doble imposición, los intereses y las ganancias de capital. Por Franco Brzovic González.

Capítulo III El Convenio entre Estados Unidos y Chile y la Tributación de las Personas Naturales. Por Felipe Yáñez Villanueva.

Capítulo IV, Novedades y Ventajas del Convenio para evitar la doble imposición de Chile con los Estados Unidos. Por Marcelo Muñoz.

Capítulo V. Intercambio de información bajo el Convenio para evitar la doble imposición y para prevenir la evasión fiscal en relación al Impuesto a la Renta y al Patrimonio entre Chile y Estados Unidos. Por Gonzalo Garfias von Fürstenberg.

Capítulo VI. Cláusulas de limitación de beneficios. Por Hugo Hurtado Araneda.

Capítulo VII. Los acuerdos de doble tributación y la inversión extranjera directa. ¿Cómo se relacionan?. Por Nora Balzarotti

CAPITULO I. El Convenio para Evitar la Doble Imposición: Tratamiento aplicable a los Dividendos

Autores: Sandra Benedetto y Astrid Schudeck¹

a.- En General

En términos generales, el tratamiento que reciben los dividendos en el Convenio² es similar al del modelo de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (en adelante, “Modelo de la OCDE”), pero con ciertas particularidades propias que se explican tanto por la política tributaria chilena como por la americana.

De esta forma, los dividendos o utilidades que sean distribuidos desde una compañía residente en un Estado Contratante a sus accionistas o socios residentes en el otro Estado Contratante, pueden gravarse en el Estado Fuente (Estado Contratante en que reside la sociedad que paga los dividendos), conforme a su normativa interna, pero con una tasa máxima de 5% del monto bruto si el beneficiario efectivo es una sociedad que posee directamente a lo menos el 10% de las acciones con derecho a voto de la sociedad que paga los dividendos o utilidades; y con una tasa máxima de 15% del importe bruto, en todos los demás casos³.

Cabe señalar además, que el Convenio en ningún caso limita el derecho del Estado Fuente para gravar las utilidades de la sociedad con cargo a las cuales se pagan los dividendos.

1 Notas Biográficas de las Autoras: Sandra Benedetto es abogado de la Universidad de Chile (1997), tiene un LL.M. en Harvard University y Certificado en Tributación Internacional de la misma Universidad (2000). Actualmente, se desempeña en el cargo de Director Legal del Departamento Legal y Tributario de PricewaterhouseCoopers Chile. Previamente, se desempeñó como abogado en el estudio Barros, Letelier & Cía (2003-2005), como abogado asociado en Wilmer, Cutler & Pickering en Washington D.C (2000) y como abogado del Servicio de Impuestos Internos en el Departamento de Normas Internacionales (1997-2003). Se ha desempeñado como Profesora titular de la cátedra de Tributación Internacional, en diversos programas de postgrado en el país (2003-a la fecha). Director de la IFA Chile A.G. (“International Fiscal Association”). Fue distinguida con la Beca Presidente de la República.

Astrid Schudeck es abogado de la Universidad de Chile (2003) y tiene un LL.M. en University of California, Berkeley (2007). Fue distinguida con la Beca de Excelencia Académica y el Premio Pedro Nicolás Montenegro (1997-2000). Actualmente, se desempeña en el cargo de Gerente Legal, del Departamento Legal y Tributario de PricewaterhouseCoopers Chile. Previamente, trabajó como abogado asociado con Barros, Letelier & Cía (2002-2005). Se ha desempeñado como Profesora titular de la cátedra de Derecho Civil en la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile y como Profesora ayudante de la cátedra de Derecho tributario en la misma Universidad (1999-a la fecha).

2 El término Convenio se refiere al Convenio entre el Gobierno de la República de Chile y el Gobierno de los Estados Unidos de América para evitar la doble imposición y para prevenir la evasión fiscal en relación al Impuesto a la Renta y al patrimonio que fue firmado por las autoridades competentes el 4 de febrero de 2010 y que a la fecha de este reporte no se encuentra vigente.

3 El término “dividendos” se encuentra definido en el Convenio como las “rentas de las acciones u otros derechos, excepto los de crédito, que permiten participar en las utilidades, así como las rentas de otros derechos sujetas al mismo régimen impositivo que las rentas de las acciones por la legislación del Estado del que es residente la sociedad que paga los dividendos”.

Lo anterior, sin perjuicio del derecho del Estado de Residencia (Estado Contratante en que residen los accionistas o socios), de gravar dicha renta de acuerdo a su normativa interna sin limitación alguna y del crédito que este Estado otorgue por los impuestos pagados en el Estado Fuente.

De esta forma, una vez que el Convenio entre en vigencia, la tasa de retención aplicable en Estados Unidos a los dividendos o utilidades que son distribuidos a sociedades residentes en Chile, que actualmente es de 30%, se reducirá a un 5% o 15% según el caso.

Si bien hoy es posible acreditar en Chile el impuesto de retención efectivamente pagado en Estados Unidos sobre los dividendos o utilidades hasta un límite de 30%, una vez que el Convenio entre en vigencia, al reducirse la tasa de retención en los Estados Unidos, el impacto financiero del impuesto de retención para el receptor local de los dividendos será menor. Además, al ser la nueva tasa (5% o 15%) inferior al Impuesto de Primera Categoría aplicable en Chile, permitirá reconocer además como crédito el impuesto pagado a nivel corporativo por la sociedad americana que distribuye los dividendos o utilidades hasta el límite de 30%. Lo anterior, siempre que se cumplan los demás requisitos establece la Ley sobre Impuesto a la Renta para que proceda este crédito, incluyendo el límite particular que opere para el respectivo contribuyente en función de su renta neta de fuente extranjera.

En todo caso, los límites señalados anteriormente a la imposición en el Estado Fuente sólo proceden respecto de dividendos o utilidades cuyo “Beneficiario Efectivo” sea un residente del Estado de Residencia.

Ni el artículo 10 del Convenio ni otras disposiciones del mismo que también utilizan este concepto definen el término “Beneficiario Efectivo”. La doctrina internacional por su parte tampoco ha elaborado una definición unívoca y conteste sobre este concepto. En este sentido, ayuda la remisión a la legislación doméstica tributaria que el propio Convenio hace respecto de aquellos términos no definidos en dicho cuerpo legal.

Si bien la legislación Chilena tampoco define el término, el Servicio de Impuestos Internos ha señalado, al referirse a las normas del Convenio Chile-Canadá, que: *“La limitación al derecho a gravar esta renta por parte del Estado de la Fuente sólo se aplica cuando quien recibe los dividendos es el “beneficiario efectivo” de estos pagos, es decir, es quien tiene derecho a los dividendos. Al igual que en los artículos 11° y 12°, la limitación del derecho a gravar en el Estado de la fuente no procede cuando interviene un intermediario. Por ejemplo, cuando quien recibe los dividendos es un agente o representante del perceptor. Este requisito busca evitar que este beneficio sea aprovechado por una persona que, si bien tiene derecho a los dividendos, no tiene residencia en el otro Estado Contratante”*.

El Servicio de Impuestos Internos en la Circular No. 57 de 2009 desarrolló más ampliamente el concepto de “Beneficiario Efectivo”, dando ejemplos de aplicación práctica del término, especialmente en relación a las sociedades instrumentales (“*conduit companies*”). Estas instrucciones deben entenderse generales, aplicables a todos los Convenios suscritos por nuestro país.

Estas interpretaciones emitidas por el Servicio de Impuestos Internos no vienen más que a reforzar el valor de los Comentarios al Modelo de la OCDE como elemento de interpretación de los Convenios para Evitar la Doble Tributación. En las Explicaciones Técnicas del Modelo de Convenio para Evitar la Doble Tributación de los Estados Unidos (“Modelo de US”), que son relevantes para la interpretación del texto del Convenio en Estados Unidos, se señala que el concepto se refiere a la persona a la cual puede ser atribuida la renta conforme la legislación del Estado Fuente.

De esta forma, y de conformidad a las instrucciones administrativas antes señaladas, los dividendos distribuidos por una entidad, residente de uno de los Estados Contratantes (Estados Unidos por ejemplo), a un agente (agent or nominee) que es residente del otro Estado Contratante (Chile por ejemplo), pero que los recibe por cuenta de una persona que no es residente en Chile, podrán ser gravados en Estados Unidos sin limitación alguna, es decir, se continuarán gravando con un impuesto de retención de 30%. Con todo, si tales dividendos los recibe el agente por cuenta de un residente chileno, entonces reciben plena aplicación los límites señalados anteriormente.

b.- Cláusula Chile

Aún cuando las normas del Convenio están redactadas de manera tal que debieran operar en forma bilateral, si los dividendos son distribuidos por una sociedad chilena a un residente de los Estados Unidos, las tasas máximas señaladas anteriormente a las que debe sujetarse el Estado Fuente no resultan aplicables, de forma tal que Chile continuará aplicando sobre los dividendos el Impuesto Adicional con tasa de 35%. Lo anterior, conforme se reconoce en la llamada “Cláusula Chile” contenida en el párrafo 12 del Protocolo del Convenio.

Lo anterior, se explica por las particularidades del sistema tributario chileno, que contempla un mecanismo integrado de tributación que grava las utilidades a nivel de la sociedad (Impuesto de Primera Categoría), y a nivel de los accionistas o socios al momento de su distribución (Impuesto Adicional o Impuesto Global Complementario, dependiendo si se trata de personas domiciliadas o residentes en Chile o en el extranjero), pero que permite deducir de los impuestos finales, como crédito, el Impuesto de Primera Categoría efectivamente pagado por la empresa. Este entendimiento ha sido expresamente reconocido en la Nota Diplomática al Convenio⁴.

De hecho, si el Impuesto de Primera Categoría dejase de ser totalmente acreditable, los límites de 5% y 15% antes indicados, deberán ser aplicados por Chile como Estado Fuente. Del mismo modo, si la tasa del Impuesto Adicional aplicable en Chile excediera del actual 35%, tanto Chile como Estados Unidos quedarían supeditados a un impuesto de retención máximo de 15%, junto con la obligación de ambos Estados de reevaluar el equilibrio de los beneficios que se derivan del Convenio.

Cabe señalar que la Cláusula Chile ha sido reconocida con variaciones en todos los Convenios suscritos por Chile que están vigentes y que siguen en mayor o menor medida el

4 Nota No. 041 enviada por el Departamento de Estado a la Embajada de Chile, de fecha 4 de febrero de 2010.

Modelo de la OCDE. Sin embargo, ninguno de ellos contempla que en el caso en que el Impuesto Adicional aumente de 35%, opere automáticamente una tasa máxima de 15% para ambos Estados.

c.- Fondos de Pensión

Otra particularidad del Convenio es la norma de excepción contemplada en el párrafo 3 del artículo 10, para un Fondo de Pensión de un Estado Contratante que invierte en el otro Estado Contratante y que obtiene dividendos provenientes de dicha inversión. Los dividendos así obtenidos por el Fondo no podrán someterse a imposición en el Estado Fuente cuando dichos Fondo se encuentre, en términos generales, exentos de impuestos en el Estado de Residencia, salvo que dichos dividendos sean obtenidos producto de un comercio o negocio (“trade or business”) llevado a cabo por el Fondo o a través de una empresa asociada a éste.

Conforme a lo señalado anteriormente, los dividendos derivados de inversiones realizadas por un Fondo de Pensión chileno en Estados Unidos, quedarán exentos del pago de impuestos en dicho país.

Este tratamiento especial para un Fondo de Pensión constituye una particularidad del Modelo de US, que no se encuentra en el Modelo de la OECD. Su fundamento consiste en que por regla general los fondos de pensiones no se encuentran sometidos a imposición en el Estado de Residencia, por lo cual no pueden utilizar como crédito los impuestos pagados en el extranjero. Por otra parte, las distribuciones realizadas por los fondos de pensiones a sus beneficiarios, generalmente no mantienen la misma naturaleza de la renta subyacente, por lo cual cuando los beneficiarios reciben la pensiones, por lo general muchos años después de que el impuesto de retención ha sido pagado por el respectivo fondo, no están en posición de reclamar un crédito por los impuesto pagados en el extranjero.

No obstante lo anterior, la regla no aplica al caso de los dividendos que obtienen fondos de pensión americanos por sus inversiones en Chile, debido a que la Cláusula Chile antes descrita también aplica al párrafo 3 del artículo 10.

d.- Otras normas especiales

Las tasas máximas de 5% y 15% tampoco aplican cuando el beneficiario efectivo de los dividendos realiza en el Estado Fuente una actividad empresarial a través de un establecimiento permanente situado allí o presta servicios personales independientes por medio de una base fija situada allí y los dividendos son atribuibles a ese establecimiento permanente o base fija. En ese caso, serán aplicables las disposiciones del Artículo 7 (Utilidades Empresariales) o del Artículo 14 (Servicios Personales Independientes), según proceda.

El Convenio contempla también una norma especial cuyo objetivo principal es permitir, por parte de Estados Unidos, la aplicación del denominado “Branch Profits Tax”.

Dicho tributo es similar a un impuesto a los dividendos, que grava, en términos generales, la repatriación de utilidades al exterior (o repatriación presunta), desde una agencia americana. El objetivo de dicho impuesto es equiparar la tributación de las filiales americanas de sociedades extranjeras con la tributación de agencias americanas de dichas sociedades, manteniendo en ambos casos, la tributación a la renta a nivel corporativo (filial/agencia) y a nivel de los inversionistas extranjeros al momento de la distribución/repatriación (doble tributación económica).

En este sentido, esta norma permite al Estado Fuente, gravar la parte de las utilidades empresariales atribuibles a un establecimiento permanente, que represente, en el caso de Estados Unidos, el monto de dividendo equivalente (“dividend equivalent amount”) conforme a la normativa interna americana, y en el caso de Chile, el monto que sería distribuido como un dividendo, si esas utilidades empresariales fueran obtenidas por una sociedad subsidiaria residente en Chile.

Con todo, la tasa máxima no podrá superar, en Estados Unidos, el 5% del monto bruto.

CAPITULO II: El Convenio para Evitar la Doble Imposición, los Intereses y las Ganancias de Capital.

Autor: Franco Brzovic González⁵

Metodología.

Se analizará cada una de las normas relativas a intereses y ganancia de capital, como asimismo comentarios para finalizar con un resumen de cada uno de los ítems que se expresan en el párrafo siguiente.

Se advierte que se usará indistintamente Estado Contratante o Estado, entendiéndose que este último es también Estado Contratante.

Esquema del trabajo.

I. Impuesto a la Renta, sustento y leyes aplicables.

Resumen primera parte:

II. Definiciones en general y en lo particular el caso de los intereses.

Resumen segunda parte

III. Normativa sobre los intereses.

Resumen tercera parte.

IV. Ganancias de capital

Resumen cuarta parte.

5 Nota Biográfica del Autor: Franco Brzovic González es Socio Principal del Estudio Jurídico Perez Donoso y Cía. Es abogado de la Pontificia Universidad Católica de Chile y Magíster en Derecho Tributario en la Universidad de Chile. Se desempeñó sucesivamente como Fiscal de los bancos Unido de Fomento, Corpbanca y BBVA. Posteriormente fundó el Estudio Jurídico Brzovic, Edwards, Larraín, Medina y Cía., incorporándose mas adelante al Estudio Jurídico Pérez Donoso en calidad de socio principal. Ha tenido una activa participación que ha tenido en organizaciones gremiales. Es miembro de la Comisión Tributaria de la SOFOFA, miembro de la Comisión Tributaria del Colegio de Abogados, presidente de la Comisión Tributaria de la CPC, consultor del FMI, consejero del Instituto de Estudios Judiciales, miembro del Círculo de Finanzas de ICARE y miembro de la Comisión Tributaria de la International Chamber of Commerce. Es director de numerosas empresas. Experto en Derecho Corporativo, Derecho Tributario, tanto nacional como internacional, con especialidad en Planificaciones Tributarias, Acuerdos de Doble Tributación y en Precios de Transferencia. Ha sido Profesor de Derecho Tributario en las Universidades de Chile, Católica de Chile, Católica de Concepción y Finis Terrae. Actualmente dicta clases en el Magíster de Derecho a la Empresa de la Pontificia Universidad Católica de Chile y en el Diplomado de Legislación y Prácticas Tributarias impartido por ICARE. Es también Profesor de Derecho Tributario en la Universidad del Desarrollo y Universidad Finis Terrae. Fue Director de Extensión y Estudios Avanzados de la Universidad Finis Terrae. Es miembro del Colegio de Abogados de Chile.

Desarrollo

I. Impuesto a la Renta, sustento y leyes aplicables.

Para el caso en estudio, el Convenio dispone que se consideran impuestos sobre la renta, los que gravan la totalidad de aquella -la renta- como asimismo las ganancias derivadas de la enajenación de bienes.

Al respecto, el artículo 2 N° 2, en lo pertinente, dispone:

“Se consideran impuestos sobre la renta los que gravan la totalidad de la renta, incluidos los impuestos sobre las ganancias derivadas de la enajenación de bienes”.

Por su parte la norma expresa que los tipos de impuestos a la renta son aquéllos establecidos en el Código de Rentas Internas de los Estados Unidos y en la ley de la Renta de Chile, con algunas exclusiones en el primero de ellos.

La normativa trata además las eventuales modificaciones impositivas futuras conforme se expresa en el artículo 2 N° 4 al disponer:

“El Convenio se aplicará igualmente a los impuestos de naturaleza idéntica o sustancialmente similar, y a los impuestos al patrimonio que se establezcan por un Estado Contratante con posterioridad a la fecha de la firma del mismo, y que se añadan a los actuales o les sustituyan. Las autoridades competentes de los Estados Contratantes se comunicarán mutuamente las modificaciones que se hayan introducido en sus respectivas legislaciones impositivas”.

- Resumen primera parte.

El Convenio considera renta a los intereses, comprendidos en el concepto general de Renta y a las ganancias de capital, que lo hace en forma específica.

A su vez, trata los eventos futuros, en cuanto a que hace aplicable el Convenio a aquellos impuestos nuevos, de naturaleza similar a los existentes, cuando se añadan o sustituyan.

II. Definiciones en general y en lo particular, el caso de los intereses.

El artículo 3°, que trata sobre las definiciones de los términos del Convenio, aborda primeramente la solución a cualquiera expresión no definida, y seguidamente, para el caso de este análisis, entrega, entre otros, el concepto de intereses, lo que no hace para la ganancia de capital.

Referido a la metodología, el N° 2 del artículo citado expresa:

“Para la aplicación del Convenio por un Estado Contratante, en cualquier momento, cualquier expresión no definida en el mismo tendrá, a menos que de su contexto se infiera una interpretación diferente, el significado que, en ese momento, le atribuya la legislación de ese Estado relativa a los impuestos que son objeto del Convenio, prevaleciendo cualquier significado bajo la legislación impositiva aplicable en ese Estado sobre el significado atribuido por otras leyes de ese Estado”.

Dicha norma entrega la metodología para la búsqueda del concepto cuando no tiene una definición expresa en el Convenio, remitiéndose primeramente al contexto en que se desenvuelve el hecho a definir, para seguidamente enviarlo a la legislación relativa a los impuestos que son objeto del Convenio, y finalmente al significado atribuido por otras leyes de ese Estado.

Para el segundo caso, la definición de intereses se encuentra en el N° 5 del artículo 11, que dispone lo siguiente:

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

La citada norma define “interés” en términos amplios cuando se refiere a las rentas que provengan de los créditos. Agrega que son también “interés” aquellas rentas que provienen de los valores públicos, bonos o debentures. Aún más, considera “interés” para efectos impositivos cualquier renta que la legislación del Estado correspondiente asimile a las cantidades dadas en préstamo. Este sería por ejemplo el caso de la legislación chilena al considerar en el sistema financiero interés, determinados gastos que el acreedor exige al deudor. La norma va aún más allá y le da ese tratamiento a la renta de créditos que dan derecho al acreedor de participar en las utilidades del deudor.

Finalmente, la norma excluye la definición de intereses a los dividendos, haciendo uso de la metodología que se explicará en el acápite correspondiente.

- Resumen segunda parte:

La metodología para resolver sobre definiciones no contempladas en el Convenio parte del análisis del contexto en que se da el hecho a definir, siguiendo por los términos que se encuentran en la legislación tributaria, finalizando con la definición contenida en la legislación general del país correspondiente.

Seguidamente define lo que entiende por interés. Al respecto considera interés toda aquella renta que proviene de un crédito, cualquiera sea su naturaleza, agregando que considera interés aquellas cantidades que la ley del país asimile a interés, creando finalmente la ficción de interés a la renta que recibe el acreedor cuando el deudor le da derecho a participar en sus utilidades.

El lector debe advertir que el concepto ganancia de capital no se contiene en el Convenio.

III. Normativa sobre los intereses.

Estas normas están contenidas principalmente en el artículo 11, estableciendo primeramente la opción que los intereses procedentes de un Estado Contratante, que se pagan a un residente de otro Estado Contratante, y que puedan someterse a la tributación de este último.

Al respecto la citada norma dispone lo siguiente:

“1. Los intereses procedentes de un Estado Contratante y pagados a un residente del otro Estado Contratante pueden someterse a imposición en ese otro Estado”.

Sin embargo en el número dos de la citada norma, establece que los intereses pueden someterse a la imposición en el Estado Contratante del que procedan, cuando el beneficiario efectivo es residente del otro Estado Contratante, que en lo particular y para el caso chileno, se afectarían con el Impuesto Adicional.

En otras palabras, el Convenio permite gravar los intereses en sede al Estado Contratante que los recibe y no a quién los paga. También admite lo contrario, esto es que se graven en el Estado fuente de los mismos, en este último caso imponiendo las siguientes normas:

El impuesto exigido no podrá exceder:

“a) 4 por ciento del importe bruto de los intereses, cuando el beneficiario efectivo de los intereses, residente en el otro Estado Contratante, es:

- i) un banco;
- ii) una compañía de seguros;
- iii) una empresa que substancialmente obtiene sus rentas brutas producto de llevar a cabo activa y regularmente actividades comerciales de crédito o financieras con partes no relacionadas, cuando la empresa no esté relacionada con el deudor del interés. Para los efectos de este subpárrafo iii), la expresión “actividades comerciales de crédito y financieras” incluye las actividades de emisión de cartas de crédito o el otorgamiento de garantías, o el suministro servicios de tarjetas de cargo y crédito.
- iv) una empresa que vende maquinaria y equipo, cuando el interés es pagado en conexión con la venta a crédito de tal maquinaria o equipo; o
- v) cualquier otra empresa, en la medida que en los tres años tributarios anteriores al año tributario en el cual el interés es pagado, genera más del 50 por ciento de sus pasivos de la emisión de bonos en los mercados financieros o de la captación de depósitos a interés, y más del 50 por ciento de los activos de la empresa consistan en créditos a personas que no se encuentran relacionadas con el residente de acuerdo a lo establecido en los subpárrafos (a) o (b) del párrafo 1 del Artículo 9 (Empresas Asociadas)”.

En cuanto a la tasa del 4% es necesario advertir que el número 4 del artículo 11 impone una tasa diferente, esto es de hasta 10% del interés bruto, cuando estos sean sometidos a

imposición en el Estado del que procedan, cuando es pagado como parte de un acuerdo representativo de un crédito back-to-back u otros acuerdos que sean económicamente equivalentes y cuya intención sea obtener un efecto similar al de un crédito back-to-back. Se debe notar en esta norma que el límite a la tasa lo decide cada Estado su porcentaje, con el tope indicado.

b) 10 por ciento en todos los demás casos.

Sin embargo lo dicho, en esta última situación, establece una norma transitoria en cuanto a que por un período de cinco años, contados desde la vigencia del Convenio, la tasa será del 15%.

Al respecto el número 3 de la norma 11 dispone:

“En lugar de la tasa prevista en el subpárrafo b) del párrafo 2 y por un periodo de cinco años contados desde la fecha en que las disposiciones del párrafo 2 entren en vigencia, se aplicará una tasa de 15 por ciento”.

De todo lo indicado precedentemente, se observa una situación particular, que pudiera estimarse una contra-excepción, y es lo establecido en el N° 6 del artículo 11, en cuanto no les hace aplicable la normativa antes desarrollada, cuando el beneficiario efectivo de los intereses, residente de un Estado Contratante, realiza en el otro Estado Contratante, del que proceden los intereses, una actividad empresarial por medio de un establecimiento permanente, o presta servicios profesionales.

En estos casos y como se advertía, no se le aplican las normas antes vistas de los intereses, sino se les considerará Utilidades Empresariales o Servicios Profesionales Independientes. Aún más, y por disponerlo el N° 7 del citado artículo 11, si la persona que paga los intereses, sea o no residente de un Estado Contratante, tenga en uno de ellos, sea o no residente de esos países, un Establecimiento Permanente o una base fija con relación a los cuales se haya contraído la deuda por la que se pagan los intereses, y éstos se soportan por el establecimiento permanente o la base fija, dichos intereses se considerarán procedentes del Estado Contratante en que estén situados el establecimiento permanente o la base fija.

Normas de relación.

En cuanto a las normas de relación y su tratamiento tributario, el N° 8 del citado artículo aborda dos situaciones, haciendo presente que no define ni caracteriza el término relación sino se refiere a “relaciones especiales”, sin más.

La primera relación especial que trata es aquélla que existe entre el deudor y el beneficiario efectivo, o de las que uno u otro mantengan con terceros.

Así, si el valor de los intereses pactado entre ellos excediese al que se cobraría en ausencia de dicha relación, las disposiciones de este Artículo (11) no se aplicarán más que a este último “importe”, esto es al que se cobraría en ausencia de la relación. En tal caso, la cuantía en exceso podrá someterse a imposición de acuerdo con la legislación de cada Estado Contratante.

Como se aprecia, la norma de relación tiene simetría con las de la OECD, y mantiene uno de los esquemas de metodología de la relación en la legislación chilena.

El segundo caso está contenido en el N° 9 del indicado artículo 11, que trata sobre el interés pagado por un residente de un Estado y determinado con respecto a ingresos, ventas, rentas, utilidades u otro flujo de fondos del deudor o de una persona relacionada al mismo, a un cambio en el valor de una propiedad del deudor o una persona relacionada al mismo, o a un dividendo, distribución de un “partnership” o un pago similar efectuado por el deudor a una persona relacionada del mismo. En estos casos también puede someterse a imposición en el Estado de donde procede de acuerdo con la legislación de ese Estado, pero si el beneficiario efectivo es un residente del otro Estado, la tasa del impuesto sobre el monto bruto de los intereses, no podrá exceder el límite establecido en el subpárrafo b) del párrafo 2 del Artículo 10 (Dividendos), esto es 15 por ciento del importe bruto de los dividendos.

La misma norma en la letra b) dispone una situación especial, que en el caso visto, un Estado Contratante podrá someter a imposición, de acuerdo a su legislación, los intereses pagados con respecto a la propiedad en un vehículo utilizado para la securitización de hipotecas sobre bienes inmuebles u otros activos, en la medida que el monto del interés pagado exceda al retorno en instrumentos de deuda comparables, de acuerdo a lo dispuesto en la legislación doméstica de ese Estado.

Finalmente, de existir un exceso del importe del interés asignable a las utilidades de una sociedad residente en un Estado Contratante atribuible a un establecimiento permanente en el otro Estado Contratante o sometido a imposición en el otro Estado Contratante de acuerdo al Artículo 6 (Renta de Bienes Raíces) o al párrafo 1 del Artículo 13 (Ganancias de Capital), sobre el interés pagado por ese establecimiento permanente o en el caso de utilidades sometidas a imposición de acuerdo al Artículo 6 o al párrafo 1 del Artículo 13, sobre el interés pagado por ese comercio o negocio en ese Estado, se considerará que procede de ese Estado y que su beneficiario efectivo es un residente del Estado mencionado en primer lugar. El impuesto aplicado sobre ese interés, de acuerdo a este Artículo, no excederá de la tasa aplicable de acuerdo al párrafo 2 (15 por ciento del importe bruto de los dividendos).

- Resumen tercera parte:

El artículo 11 establece primeramente la opción que los intereses procedentes de un Estado Contratante, que se pagan a un residente de otro Estado Contratante, puedan someterse a la tributación de este último.

Sin embargo permite también que los intereses puedan someterse a la imposición en el Estado Contratante del que procedan, cuando el beneficiario efectivo es residente del otro Estado, que en lo particular y para el caso chileno, se afectarían con el Impuesto Adicional, en las condiciones que se establece en la norma citada. Así, la tasa del 4% en las situaciones descritas en ese párrafo, se eleva a 10% en los casos que se cita, y que sería la norma general, para finalmente concluir que, en forma transitoria, esto es por un período de cinco años, contados desde la vigencia de este Convenio, la tasa será del 15%.

Asimismo se fijan las normas de relación detalladas precedentemente.

Es del caso destacar la variedad de situaciones que se plantean en el Convenio respecto del origen de los intereses, que están en función diferente al crédito propiamente tal.

IV. Ganancias de capital.

La normativa del caso está esencialmente contenida en el artículo 13 que trata las ganancias obtenidas en la enajenación de diversos bienes, inmuebles, muebles, derechos etc., todos los que se analizan a continuación.

a. Bienes raíces (indistintamente bienes inmuebles)

La norma contenida en el N° 2 del artículo citado no define inmuebles directamente sino aborda el método de la inclusión. A estos efectos, indica que la expresión bienes raíces, incluirá primeramente aquéllos mencionados en el artículo 6 del Convenio, para posteriormente aseverar que incluirá en Estados Unidos, la participación en bienes raíces según se define en la sección 897 del Código de Rentas Internas de Estados Unidos ("US Internal Revenue Code") y su reglamentación, aún cuando ésta fuere eventualmente modificada sin alterar su principio general y en Chile, una participación equivalente en bienes raíces situados en Chile, incluyendo acciones u otros derechos que representen directa o indirectamente, a lo menos en un 50 por ciento de su valor patrimonial, bienes raíces (bienes inmuebles) situados en Chile.

Para el primer caso, esto es la referencia que hace al artículo 6, número 2, lo resuelve de la siguiente manera: primeramente indica que la expresión "bienes raíces (bienes inmuebles)" tendrá el significado que le atribuya el derecho del Estado Contratante en que los bienes estén situados. Seguidamente asevera que esa expresión comprende en todo caso los bienes accesorios a los bienes raíces, el ganado y el equipo utilizado en explotaciones agrícolas y forestales, los derechos a los que sean aplicables las disposiciones de derecho general relativas a los bienes raíces, el usufructo de bienes raíces y los derechos a percibir pagos variables o fijos en contraprestación por la explotación, o la concesión de la explotación, de yacimientos minerales, fuentes y otros recursos naturales.

Indica asimismo que se excluyen de este listado las naves, aeronaves y contenedores.

b. Bienes muebles.

La norma sólo hace referencia específica a los bienes muebles en el caso de las ganancias derivadas de la enajenación de aquéllos que sean atribuibles a un establecimiento permanente que una empresa de un Estado Contratante tenga en el otro Estado Contratante, o de bienes muebles que sean atribuibles 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 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.

Como se aprecia no hay otra referencia directa a bienes muebles propiamente tales, salvo en cuanto a lo dicho en el N° 3 de la citada norma, que trata las ganancias derivadas de la enajenación de naves, aeronaves, o contenedores explotados o utilizados en tráfico internacional, o de bienes muebles afectos a la explotación de ellos, que como se veía anteriormente no se consideran inmuebles. Fija a su vez la jurisdicción impositiva, al disponer que sólo pueden someterse a imposición en el Estado Contratante donde resida el enajenante, como asimismo a la norma general dispuesta en el N° 8 de la citada norma, en cuanto a que las ganancias derivadas de la enajenación de cualquier otro bien distinto de los mencionados en los párrafos que trata la ganancia de capital, sólo pueden someterse a imposición en el Estado Contratante en que resida el enajenante.

c. Acciones o derechos o participaciones representativas del capital de una sociedad residente del otro Estado.

En este caso, el numeral 5 del citado artículo dispone que las ganancias que un residente de un Estado Contratante obtenga de la enajenación de acciones u otros derechos o participaciones representativas del capital de una sociedad residente del otro Estado puedan someterse a imposición en ese otro Estado. Al respecto, la norma indica que el impuesto no podrá exceder del 16 por ciento del monto de la ganancia.

Sin embargo, en el número 6, establece las siguientes excepciones:

a) las ganancias obtenidas por un fondo de pensiones que es residente de un Estado Contratante provenientes de la enajenación de acciones u otros derechos representativos del capital de una sociedad que es residente del otro Estado Contratante, sólo podrán someterse a imposición en el Estado mencionado en primer lugar;

b) las ganancias obtenidas por un fondo mutuo u otro inversionista institucional residente en un Estado Contratante, provenientes de la enajenación de acciones de una sociedad residente del otro Estado Contratante con presencia bursátil en una bolsa de valores reconocida ubicada en ese otro Estado Contratante sólo podrán someterse a imposición en el Estado mencionado en primer lugar, en la medida que la enajenación sea efectuada en una bolsa de valores reconocida ubicada en el otro Estado Contratante; y

c) las ganancias obtenidas por un residente de un Estado Contratante, por la enajenación de acciones de una sociedad residente del otro Estado con presencia bursátil en una bolsa de valores reconocida ubicada en ese otro Estado, sólo pueden someterse a imposición en el Estado mencionado en primer lugar, si las acciones son vendidas:

i) en una bolsa de valores reconocida en el otro Estado Contratante; o

ii) en un proceso de oferta pública de adquisición de acciones, legalmente regulado, siempre que tales acciones hayan sido previamente adquiridas:

A) en una bolsa de valores reconocida en ese otro Estado Contratante;

B) en un proceso de oferta pública de adquisición de acciones legalmente regulado;

C) en una colocación de acciones de primera emisión, con motivo de la constitución de la sociedad o de un aumento de capital posterior; o

D) en canje de bonos convertibles en acciones.

Como se aprecia, para el caso chileno algunas de las situaciones vistas son las operaciones contenidas en el artículo 18 ter de la Ley de Impuesto a la Renta.

Se concluye así que, operando los requisitos antes indicados, se ratifica el principio general de no discriminación en cuanto a que un domiciliado en el extranjero se encuentra eximido del pago del impuesto a la Renta por las ganancias de capital que hubiese obtenido en la venta de acciones.

Al sistema antes indicado, la misma norma establece dos situaciones particulares:

a) Cuando las ganancias obtenidas por un residente de un Estado Contratante en el caso que el perceptor de la ganancia ha poseído en cualquier momento dentro del período de 12 meses precedentes a la enajenación, directa o indirectamente, acciones consistentes en un 50 por ciento o más del capital de una sociedad que es residente en el otro Estado Contratante; y

b) Cuando las ganancias obtenidas por un residente de un Estado Contratante provenientes de la enajenación de otros derechos, que representen el capital de una sociedad que es residente del otro Estado Contratante, si el perceptor de la ganancia ha poseído en cualquier momento, dentro del período de 12 meses precedentes a la enajenación, directa o indirectamente, derechos consistentes en un 20 por ciento o más del capital de esa sociedad.

En estos casos, la norma establece que podrán someterse a imposición en ese otro Estado.

Finalmente, en el numeral 9 del artículo 13, trata una situación muy especial tratándose de una persona natural. Al efecto, la norma dispone que cuando ella deja de ser residente en uno de los Estados Contratantes, y hubiese enajenado un bien a un “valor justo de mercado”, la persona pueda elegir el Estado dónde tributará.

- Resumen cuarta parte:

Para el caso de los Bienes Raíces, el Convenio no define inmuebles directamente sino aborda el método de la inclusión, remitiéndose primeramente a la norma contenida en el artículo 6 (listado de bienes raíces) para posteriormente tratar el caso particular de ese tipo de bienes en cada uno de los países contratantes.

En el caso de los Bienes Muebles, la norma sólo hace referencia específica a aquéllos derivados de las ganancias en la enajenación de aquéllos que hace un establecimiento permanente y al caso de naves, aeronaves, o contenedores explotados o utilizados en tráfico internacional, o de bienes muebles afectos a la explotación de ellos. Asimismo dicha norma fija la jurisdicción impositiva del caso.

Referido a las acciones o derechos o participaciones representativas del capital de una sociedad residente del otro Estado, se refiere principalmente a la jurisdicción tributaria del caso, indicando que el impuesto no puede exceder del 16%, estableciendo dos excepciones que se detallan en el párrafo pertinente.

Respecto de esta norma, se establecen a su vez dos situaciones particulares que resuelve principalmente sobre la jurisdicción del país dónde se tributa.

Finalmente, en el numeral 9 del artículo 13, trata el caso de una persona natural, cuando dicha persona deja de ser residente en uno de los Estados Contratantes, y hubiese enajenado

un bien a un “valor justo de mercado”. Al respecto resuelve que la persona podrá elegir el Estado dónde tributará.

CAPITULO III: El Convenio entre Estados Unidos y Chile y la Tributación de las Personas Naturales

Autor: Felipe Yáñez Villanueva⁶

1. Un punto de partida problemático

Un elemento que incide particularmente en la complejidad de la tributación de las personas naturales que desarrollan actividades o poseen intereses en Chile y Estados Unidos proviene de la singular fuerza con que la legislación estadounidense sigue a sus nacionales.

En efecto, Estados Unidos es uno de los pocos países que grava a sus nacionales –sea que residan en dicho país o en el extranjero- con impuestos locales sobre las rentas de fuente mundial que dichos nacionales obtienen (esto es, tanto las rentas que provienen de fuentes situadas en Estados Unidos como en el extranjero). Por el contrario, el resto de los países normalmente sólo grava las rentas de fuente mundial de los residentes en su territorio, sean nacionales o extranjeros (Cfr. ONU, “Fundamentals for the Negotiation of Tax Conventions between Developed and Developing Countries”, 2001).

Así pues, un factor como éste normalmente genera situaciones de doble tributación internacional, cuando un ciudadano estadounidense permanece afecto a tributación sobre sus rentas de fuente mundial en Estados Unidos, en atención a su sola nacionalidad, pero reside por largo tiempo en otro país, el cual le exige –una vez cumplido un cierto lapso mínimo de residencia- que tribute igualmente sobre sus rentas de fuente mundial, pues lo considera como uno más de sus residentes (Cfr. KIRSCH, Michael S., “Taxing citizens in a global economy”, *New York University Law Review* 82, 2007).

Esto es precisamente lo que sucede con los ciudadanos estadounidenses que se trasladan a Chile, ya sea como empleados de una compañía o como profesionales o empresarios independientes, una vez que completan un período formal de residencia superior a 3 años (artículo 3 inciso 2° Ley sobre Impuesto a la Renta “LIR”). Bajo esas condiciones, las legislaciones tributarias de ambos países les exigen tributar ante sus respectivas administraciones tributarias sobre sus rentas de fuente mundial.

Aunque la legislación de Estados Unidos contempla medidas unilaterales (internas) destinadas a mitigar estos problemas (por ejemplo, la exclusión de tributación de rentas extranjeras hasta un total anual de US\$ 91.400 en el año 2010 <http://www.irs.gov/businesses/small/international/article/0,,id=97130,00.html>), esta situación arroja preguntas difíciles de responder, como, por ejemplo: ¿dónde se pagarán los

6 Nota Biográfica del Autor: Felipe Yáñez Villanueva es abogado de la Universidad de Chile y Magíster en Derecho Tributario, Universidad de Colonia. Es abogado asociado de Allende Bascañán y Cia desde 2006. Es Profesor de Derecho Tributario y del Master en Derecho de la Empresa de la Universidad de los Andes. Fue abogado con PricewaterhouseCoopers en su Departamento Legal y Tributario entre 1997 y 2003, abogado con Alessandri & Compañía entre 2003 y 2006. Es miembro del Instituto Chileno de Derecho Tributario y de la International Fiscal Association (I.F.A.).

impuestos por dichas rentas, en Chile o en Estados Unidos? ¿es indiferente el lugar donde se paguen? ¿serán reconocidos como tales en el otro país? ¿qué sucede si una persona decide cambiar el lugar donde pagaba formalmente sus impuestos?

2. La regla del desempate

Por este motivo, uno de los objetivos perseguidos por los Convenios para Evitar la Doble Tributación es, precisamente, eliminar estos problemas de doble gravamen sobre rentas de fuente mundial mediante la llamada “regla de desempate” o “tie-breaker rule”, que en casos difíciles decide cuál de los Estados tiene derecho a tratar como “residente” a una persona (LANG, Michael, Introducción al Derecho de los Convenios para Evitar la Doble Tributación, Viena 2002, p. 93).

Sin embargo, en el Convenio recién suscrito Estados Unidos no renunció inicialmente a gravar las rentas de fuente mundial de sus nacionales que residen en el extranjero, pues el artículo 4 del Convenio dispone que es residente de un Estado “toda persona que, en virtud de la legislación de ese Estado, esté sujeta a imposición en el mismo en razón de su domicilio, residencia, ciudadanía (...)”.

Esta redacción contrasta con la acordada por Chile con otros países, como es el caso de Canadá, que en la misma norma del Convenio respectivo (artículo 4) no ha hecho referencia a la ciudadanía (o más bien, nacionalidad) como criterio para calificar a una persona como “residente”, renunciado desde un inicio a gravar a sus nacionales no residentes por sus rentas de fuente mundial.

La pregunta es, pues, de qué modo se resuelve en el Convenio con Estados Unidos este problema de doble tributación que podría afectar a un nacional estadounidense residente en Chile. La respuesta parece estar en el mismo artículo 4 párrafo 2 del Convenio, a saber: dicha persona será considerada como residente en Chile, si sólo en nuestro país tiene una vivienda permanente a su disposición o si posee relaciones personales y económicas más estrechas con Chile que con Estados Unidos.

Si ésa es la solución aceptada por Estados Unidos, la suscripción del Convenio supondría un importante alivio para los nacionales estadounidenses avecindados en nuestro país, pues les permitiría pagar en Estados Unidos sólo impuestos sobre sus rentas de fuente estadounidense y no mundial.

3. Chilenos que residen en Estados Unidos

En el caso de un nacional chileno que se avecinda en los Estados Unidos, la situación previa a la suscripción del Convenio con Estados Unidos es bastante diversa a la del nacional estadounidense que se avecinda en Chile.

En primer lugar, nuestra legislación tributaria no persigue a los nacionales chilenos que se trasladan para vivir de forma permanente en el exterior, a menos que se entienda que dicho nacional mantiene su domicilio en Chile, pese a su ausencia física (artículo 4 LIR). Tal es el caso de los ejecutivos de una filial chilena de una empresa transnacional, que son asignados

por un lapso determinado de tiempo (1 ó 2 años) para trabajar en la matriz o en otra filial del grupo en el extranjero. Si ése es el caso, el ejecutivo continuará afecto a los impuestos chilenos sobre su renta de fuente mundial (Oficio del SII N° 746 de 2005).

Sin embargo, si el nacional chileno muda su residencia desde nuestro país al extranjero, entonces inmediatamente se restringe su obligación tributaria en Chile a las rentas de fuente nacional (v.gr. rentas que provengan de bienes situados en el país y de actividades desarrolladas en el territorio nacional) que él obtenga. Esta opción de la ley chilena evita – respecto de los nacionales chilenos- los problemas de doble tributación que afectan a los nacionales estadounidenses que llegan al país.

Como puede verse, la situación de los nacionales chilenos que trasladan su residencia a Estados Unidos –enfocada desde la perspectiva de las leyes tributarias chilenas- no experimenta mejoría con la suscripción del Convenio. ¿Dónde están, pues, los beneficios de este acuerdo para este tipo de personas?

Naturalmente, los nacionales chilenos avecindados en Estados Unidos gozarán de los mismos beneficios que el Convenio le otorga a los demás residentes estadounidenses (v.gr. límites a la tributación de intereses, dividendos, regalías, etc.). Pero, desde la perspectiva de la tributación aplicable en Chile, tales personas experimentarán los beneficios del Convenio recién cuando regresen al país.

En efecto, es frecuente que este tipo de personas obtenga durante su estancia en Estados Unidos un permiso de residencia (una *green card*) o incluso que adquieran la nacionalidad estadounidense, y que no deseen renunciar a tales beneficios con motivo de su regreso a Chile. Pues, bien, en ese caso los nacionales chilenos retornados experimentarán las mismas dificultades que los estadounidenses que se avecindan en Chile (v.gr., el fisco estadounidense les continuará exigiendo el pago de impuesto sobre sus rentas de fuente mundial), pero agravado por el hecho que la legislación chilena los obligará igualmente a tributar sobre sus rentas de fuente mundial, desde el momento mismo de su ingreso al país (salvo lo dispuesto en el número 7 del Protocolo del Convenio), por su condición de nacionales chilenos, y no una vez transcurridos 3 años, como en el caso de los extranjeros.

4. Prestación de servicios personales

Otro aspecto que experimentará mejoría con la suscripción del Convenio es la tributación que afecta a los residentes de un Estado que prestan servicios en el territorio del otro Estado.

Así, por ejemplo, bajo las actuales normas –en ausencia de Convenio vigente- un residente en Estados Unidos que se trasladara a Chile para prestar un servicio personal, por espacio inferior a 183 días, ya sea en calidad de independiente o bajo la subordinación de una empresa, y sin importar si dicha empresa estuviera o no situada en el país, debería pagar impuestos en Chile sobre la compensación que obtuviera por dicho trabajo, sin atender al lugar donde dicha compensación le fuere pagada (en Chile o en el extranjero).

Por el contrario, una vez que el Convenio entre en vigencia, la compensación que obtenga un residente en Estados Unidos por los servicios personales prestados en Chile bajo un lapso inferior a 183 días no quedará afectada a impuestos en nuestro país, salvo que sea pagada por un empleador residente en Chile (cfr. Artículos 14 y 15 del Convenio), lo que reducirá los costos administrativos (al no existir la necesidad de declarar impuestos en el país) y financieros (al no tener que desembolsarse dinero por concepto de impuestos).

Sin embargo, en el caso inverso –residentes en Chile que se trasladan a Estados Unidos para prestar un servicio personal- la diferencia entre la tributación aplicable antes y después de la entrada en vigencia del Convenio puede ser aún más dramática. En efecto, al igual que en el caso antes descrito, en ausencia de un acuerdo entre ambos países, nada impide a Estados Unidos aplicar impuestos sobre la compensación que se pague a residentes chilenos por servicios prestados en territorio estadounidense. Sin embargo, en el caso de los ciudadanos estadounidenses, los efectos de este episodio de doble tributación internacional pueden eliminarse o aminorarse por aplicación de las normas de exención de rentas extranjeras vigentes en Estados Unidos. Por el contrario, en el caso de los residentes chilenos que prestan servicios en un país con el cual Chile no tiene un convenio para evitar la doble tributación vigente, las compensaciones recibidas podrán quedar gravadas con impuesto en ambos países, con el agravante que la legislación chilena no establece medida unilateral alguna para evitar la doble tributación respecto de las personas naturales.

En otras palabras, bajo el actual régimen, las rentas que un residente en Chile perciba por servicios personales prestados en Estados Unidos quedan sometidas a doble tributación internacional, en el evento que la legislación estadounidense grave con impuesto tales rentas.

Por el contrario, una vez que el Convenio entre en vigencia, las rentas que obtenga en Estados Unidos un residente chileno por concepto de servicios personales y que cumplan algunas de las condiciones establecidas en los artículos 14 y 15 del Convenio (v.gr. servicio prestado en Estados Unidos, por período superior a 183 días, a favor de empleador estadounidense, etc.), podrán igualmente ser gravadas en ambos países, pero Chile estará obligado a garantizar un crédito por los impuestos que se paguen en Estados Unidos, de acuerdo a lo establecido en el artículo 23 N° 2 del Convenio.

5. Beneficios indirectos

Otras disposiciones del Convenio, aunque no se refieren directamente a personas naturales, establecen beneficios indirectos a favor de aquéllas. Tal es el caso de la disposición relativa al pago de dividendos (artículo 10), cuyo párrafo 3 establece una exención de impuestos en Estados Unidos, cuando el dividendo es pagado a un fondo de pensiones chileno. Como se ve, esta norma podría beneficiar indirectamente a los afiliados en AFP que mantengan inversiones en Estados Unidos.

Algo similar sucede con las ganancias de capital accionario que obtenga un fondo de pensiones chileno en Estados Unidos (artículo 13).

Esta última norma podría incluso favorecer a un inversionista persona natural que invierte en acciones en Estados Unidos, como el caso de los ejecutivos chilenos que hayan pactado *stock options* con las matrices estadounidenses de sus empleadoras.

6. Conclusión

El análisis precedente no pretende ser exhaustivo, sino concentrarse en algunos aspectos puntuales del Convenio que afectarán la tributación de las personas naturales que residen en ambos países. La mayor parte del análisis está aún pendiente y deberá irse decantando con motivo de la aplicación práctica del Convenio.

Sin embargo, los casos aquí comentados permiten comprobar que los efectos que tendrá el Convenio sobre las operaciones ejecutadas por personas naturales se encuentran entre los más significativos del mismo.

CAPITULO IV: Novedades y Ventajas del Convenio para Evitar la Doble Imposición de Chile con los Estados Unidos

Autor: Marcelo Muñoz⁷

Resulta difícil relatar en toda su extensión un Convenio para Evitar la Doble Tributación como el suscrito con Chile, corriéndose siempre el peligro de dejar de lado algún tema, tratando de privilegiar lo más novedoso y aquellos elementos que presentan ventajas y/u obligaciones para los contribuyentes.

Podemos comenzar diciendo que se trata de un convenio de últimas generación, que contempla los mecanismos de crédito y de residencia, siguiendo las directivas de la Organización para el Desarrollo y Cooperación Económico (OCDE), con modificaciones que tienen que ver, por un lado, con cláusulas propias de los convenios suscritos por Chile, y, por el otro, por el modelo que sigue Estados Unidos, como es la nacionalidad y el reconocimiento de instituciones propias de su legislación interna. Un ejemplo de esto último es la “transparencia fiscal” de ciertas entidades, como las “partnerships” (sociedad de personas de características propias).

Dentro de lo más destacable podemos citar los siguientes aspectos:

- 1) La inclusión de impuestos indirectos, sobre todo aquéllos federales de áreas específicas.
- 2) El tratamiento específico de figuras especiales, como las entidades denominadas “partnerships” referidas anteriormente, así como de sociedades especiales, como las “Regulated Investment Companies” (RIC) y las “Real Estate Investment Trusts” (REIT)
- 3) La gran relevancia que se le da al beneficiario efectivo del Convenio
- 4) El tratamiento especial a la nacionalidad, especialmente de los nacionales de los Estados Unidos y a personas con permiso de residencia en los Estados Unidos, la así llamada “green card”.
- 5) La elevación de ciertas franquicias que existen actualmente en Chile con rango legal a nivel de tratado, con rango suprallegal.

7 Nota Biográfica del Autor: Marcelo Muñoz, socio de Salcedo & Cía., Abogados + Auditores Tributarios Ltda., es abogado, Licenciado en ciencias jurídicas de la Pontificia Universidad Católica de Chile, Magíster (c) en Derecho Tributario de la Universidad de Chile. Tiene una especialización en Derecho Comercial y Tributario en la Eberhard-Karls Universität Tübingen y cuenta con Diplomados y postítulos en tributación y Economía y Finanzas de la Facultad de Economía y Negocios de la Universidad de Chile. Además, ha realizado un postítulo sobre el Impacto de las normas contables IFRS, impartido por la Universidad Adolfo Ibáñez. En Salcedo & Cía. se especializa en el área del derecho corporativo y tributario, tanto nacional como internacional, en materias como fusiones y adquisiciones de empresas, organización societaria de conglomerados empresariales, planificación tributaria, reestructuraciones empresariales, asesoría de inversiones extranjeras en Chile y de inversiones chilenas en el exterior. Marcelo Muñoz ha sido Profesor de Microeconomía de la Facultad de Derecho, Universidad Finis Terrae. Actualmente es Profesor titular de Derecho Tributario de la Universidad Andrés Bello, en la cátedra de “Derecho Tributario”.

- 6) Limitación de beneficios, especialmente a “personas calificadas” y teniendo en cuenta las categorías de acciones de las sociedades, así como el reconocimiento y tratamiento especial a fondos de pensiones y organizaciones de caridad, educacionales, científicos y religiosos.
- 7) La facultad de cualquiera de los Estados Contratantes para gravar las rentas de sus residentes y nacionales, como si el Convenio no existiera (con las limitaciones que se especifican más adelante)
- 8) Opción para el contribuyente para determinar la base neta del impuesto sobre el patrimonio, a través de una ficción de la existencia de un establecimiento permanente.
- 9) El intercambio de información.

Los convenios suscritos por Chile, debido a su doble nivel de tributación, contienen la así llamada “Cláusula Chile”, la cual limita la obligación de Chile de gravar el impuesto corporativo (en Chile denominado Impuesto de Primera Categoría y expresamente así llamado en el tratado) de las empresas no residentes en Chile por los dividendos o retiros repartidos por sociedades residentes en Chile, el que, si bien es bajo (17%), representa un anticipo del impuesto final del no residente, que alcanza a un 35% de dichas rentas. De esta manera, se amplían para Chile las tasas de 5% (en caso de beneficiarios efectivos que poseen al menos 10% de las acciones con derecho a voto de la sociedad pagadora), o 15% en los demás casos.

Si bien, como se dijo, la “Cláusula Chile” se acepta, tal cláusula se condiciona a la total deducibilidad del impuesto corporativo contra el impuesto final que afecte al residente en Estados Unidos. Expresamente se dispone que, en caso de cambio en la legislación interna chilena y que dicho impuesto corporativo dejare de ser totalmente deducible contra el impuesto final, o se aumentara la actual tasa de 35%, las tasas dispuestas por el Convenio, 5%, o 15%, según sea el caso.

- 1) Inclusión de los impuestos indirectos: El Convenio, aparte de reconocer e incluir los impuestos a la renta y al patrimonio, alcanza a los impuestos indirectos federales relativos a las primas de seguros pagadas a aseguradoras extranjeras y de fundaciones privadas. Es así como, en el artículo 7, párrafo 8 del Convenio, se dispone expresamente que, en la ausencia de un establecimiento permanente, los Estados Unidos podrá aplicar su impuesto indirecto sobre las primas de seguros pagadas a aseguradoras extranjeras y Chile podrá gravar con su impuesto sobre las primas de seguros contratados con compañías no residentes en Chile, con topes de 2% del importe bruto en caso de reaseguros, y 5% en caso de cualquier otra póliza.
- 2) El tratamiento especial a la nacionalidad, especialmente de los nacionales de los Estados Unidos: El protocolo del Convenio dispone que, *“No obstante cualquier disposición del Convenio, los Estados contratantes pueden gravar a sus nacionales (“citizens”, en la terminología norteamericana) como si el Convenio no existiera”*. Esta misma reserva se aplica a sus residentes. Esto tiene limitantes en materias como pensiones, seguridad social, así como en los ajustes que resultan de la imposición a Empresas Asociadas. Esta cláusula fue agregada por los Estados Unidos, siguiendo su

tradición de gravar a sus nacionales por sus rentas mundiales, sin importar su residencia.

Además, en el protocolo, en su artículo 6, referente a la residencia de los contribuyentes, Chile se obliga a considerar como residentes de los Estados Unidos a extranjeros que tengan la así denominada “green card”, en la medida que tengan allí una presencia sustancial, como su vivienda permanente.

3) El particular tratamiento de figuras especiales, como los “partnerships”, así como de sociedades especiales, como las “Regulated Investment Companies” (RIC) y las “Real Estate Investment Trusts” (REIT): Muy novedosa resulta la regulación de las “partnerships”. Ellas fueron definidas así en ambos textos (castellano e inglés) del Convenio, por no existir un equivalente exacto en la legislación chilena. Son personas jurídicas que, sin embargo, para efectos fiscales, son “transparentes”, es decir, las obligaciones tributarias se radican directamente en los socios (“partners”). En el caso de las “Regulated Investment Companies” (RIC) los límites de imposición de los dividendos se amplían, de un 5% a un 15% y en el caso de los REIT, la limitación del 15% sólo se aplica en los casos que los dividendos pagados por dichas entidades tengan como receptor a una persona que cumpla alguno de los siguientes requisitos:

- a) Que se trate de un Beneficiario efectivo aceptado para que se le aplique el Convenio
- b) Que dicha persona sea persona natural con una participación minoritaria (no más de 10% de participación)
- c) Que dichos dividendos sean pagados con relación a acciones de pública cotización,
o
- d) Que las acciones se paguen a un minoritario (no más de 10% de su capital) de dicho REIT y las acciones de dicho REIT se encuentren diversificadas.

Aquí vuelve a tomar relevancia el concepto de “partnership”, en que, si los REIT poseen participación en los “partnerships”, los bienes del “partnership” se cuentan para determinar la diversificación de las acciones del REIT referida.

4) La elevación de ciertas franquicias que existen actualmente con rango legal a nivel de tratado, con rango supralegal: El artículo 13, sobre Ganancias de Capital, contempla una limitación de 16% para el Estado de la Fuente en los casos que dichas ganancias se obtengan a través de la enajenación de acciones de una sociedad que tenga presencia bursátil, vendidas en una bolsa de valores reconocida de alguno de los Estados o a través de una oferta pública de acciones, siguiendo, grosso modo, los lineamientos del artículo 18 ter de la ley de la Renta chilena. Esta cláusula podría considerarse inocua, por cuanto en Chile, de acuerdo a dicho artículo, la renta resultante del mayor valor en la enajenación de acciones con presencia bursátil, son Ingresos No Renta, por lo que no son gravadas en Chile, no produciéndose doble tributación internacional. Sin embargo, una eventual derogación posterior de esta norma interna tendrá el efecto de gatillar la efectividad de la norma del Convenio y limitar la tributación de dichas rentas producidas en Chile para el residente en los Estados Unidos, con la tasa máxima antedicha.

Por otro lado, el Convenio limita, en el artículo 11 referido a los intereses, la tasa al 4% a la tributación en el Estado Fuente sobre las operaciones de crédito realizadas desde Estado Fuente a un residente del otro Estado, lo cual se corresponde con el artículo 59 N° 1 letra b) de la Ley de la Renta chilena, que habla de los intereses por créditos obtenidos por bancos extranjeros, compañías de seguros, y empresas que realizan activa y regularmente actividades comerciales de crédito o financieras.

Para otras operaciones, la tasa límite del Estado Fuente es de 10%. Sin embargo, por los primeros cinco años desde la entrada en vigencia del Convenio, esta tasa máxima se eleva a 15%.

Sin embargo, las operaciones “back-to-back, expresa y literalmente están gravadas con un 10% en el Estado fuente.

- 5) Limitación de beneficios, especialmente a “personas calificadas” y teniendo en cuenta diferentes categorías de acciones de las sociedades, así como el reconocimiento y tratamiento especial a fondos de pensiones y organizaciones de caridad, científicas, educacionales y religiosas: La limitación de beneficios representa un aspecto fundamental del Convenio. En efecto, mientras otros países han apostado por desarrollar una red muy extensa (más de 100) de convenios para evitar la doble tributación, los Estados Unidos ha elegido celebrar pocos de estos tratados con países estratégicos, contando con alrededor de 30 convenios. Es por esto que el concepto de beneficiario efectivo del tratado es tan relevante y se encuentra mencionado a lo largo de todo el Convenio. Es así que, a menos de estipulación en contrario, un residente del otro Estado no tiene el derecho a invocar el Convenio, a menos que tal residente sea una “persona calificada”. Dicha categoría se le reconoce a:

- a) Las personas naturales
- b) A los Estados mismos, con sus divisiones y reparticiones correspondientes, y a
- c) Las sociedades, en tanto la categoría principal (acciones ordinarias) de sus acciones, así como sus llamadas “acciones desproporcionadas” (acciones preferentes) sean cotizadas regularmente en una o más bolsas de comercio reconocidas, sea que la categoría principal de las acciones o sus acciones desproporcionadas sean cotizadas en una o más de estas bolsas de valores, o en tanto la sede principal de dirección efectiva y control (administración y propiedad) de dicha compañía se encuentre en el Estado de su residencia. Sin embargo, dándose ciertos presupuestos, se permite que una matriz de un grupo multinacional que no cumple con estos requisitos sea catalogada como persona calificada, en tanto las subsidiarias estén suficientemente diversificadas y la matriz ejerza labores de supervisión y administración a las subsidiarias, servicios que pueden incluir financiamiento, sin que, sin embargo funcione meramente como ente financiero. (Esto busca encontrar al controlador efectivo y no meramente al proveedor de financiamiento).

Es de relevancia destacar que el Convenio reconoce explícitamente como bolsas de comercio ciertas y específicas instituciones, como el “NASDAQ”, y cualquier otra reconocida por la “U.S. Securities and Exchange Commission” en los Estados Unidos, y en Chile la “Bolsa de Comercio”, la “Bolsa Electrónica” y la “Bolsa de Corredores”,

dejando, eso sí, la posibilidad de reconocer otras bolsas de comercio, en tanto las autoridades de ambos Estados estén de acuerdo.

- 6) La importancia del beneficiario efectivo: El concepto de beneficiario efectivo, como se indicó previamente, atraviesa todo el Convenio. Como Estados Unidos busca que las ventajas del tratado no sean mal utilizadas a través de fórmulas denominadas “treaty shopping” o “conduit companies” (que conducen las ventajas tributarias a un beneficiario efectivo distinto del declarado), diversas cláusulas del Convenio restringen su aplicabilidad en el caso de que se pretenda utilizar sus beneficios por no residentes de ninguno de dichos Estados o por ellos por rentas de un tercer Estado.

La importancia del beneficiario efectivo se ve claramente, como se analizó, a propósito de los dividendos, en la calidad del receptor de los dividendos que se pagan del Estado Fuente al residente del otro Estado.

- 7) El intercambio de información: Si bien los convenios suscritos por Chile contienen la obligación de intercambiar información por motivos de fiscalización de las obligaciones tributarias de sus contribuyentes, este Convenio explícitamente hace referencia a “(...) *información relativa a la liquidación o recaudación de los impuestos comprendidos en el Convenio, de su aplicación efectiva o de la persecución del incumplimiento relativo a los mismos, de la resolución de los recursos en relación con los mismos. (...)*”. Esto incide, entre otros, en aspectos que tienen repercusión en temas de Precios de Transferencia entre empresas relacionadas. El intercambio de información contiene dos menciones dignas de ser destacadas:
 - a) Imposibilidad de un Estado de negarse a proporcionar información por el mero hecho de que se encuentre en poder de bancos y otras instituciones que tienen una regulación especial de secreto de sus operaciones (como mandatarios fiduciarios)
 - b) Se acordó la retroactividad del deber de información a partir del 1 de enero del 2010, no obstante estar pendiente la ratificación del Convenio.
- 8) Precios de Transferencia entre empresas relacionadas: El Convenio, a lo largo de todo su articulado, pone un énfasis especial en la regulación y supervigilancia, a través de las administraciones tributarias correspondientes, de la observancia del tema de los Precios de Transferencia. En efecto, a la estipulación ya antigua en los modelos OCDE del principio de independencia (Principio de Arm’s Length), en que especifican criterios para su aplicación, como es la división razonable de los recursos, con su consecuente resultado en sus utilidades (método del profit split), el artículo 9, referido a las Empresas asociadas vuelve a aceptar este método como directriz para vigilar la correcta operación entre empresas vinculadas por patrimonio, dirección o control. El artículo 11, referido a los intereses, en su párrafo 8, limita en las disposiciones de su articulado al interés que las partes hubieren acordado a precios contratados entre personas no relacionadas.

Más aún, como exigencia para la aplicación del 4% a los intereses percibidos por empresas que realizan, como se dijo, actividades comerciales de crédito u otras

operaciones financieras, el Convenio exige que sea con partes no relacionadas. En caso contrario, se aplica la tasa del 10%, más allá de las sanciones propias del incumplimiento de la inobservancia del principio de Arm's length.

Muy importante es el concepto (aunque no sea expresado en el texto del Convenio) de "Fair Trade". En la última década, este concepto, de comercio justo, ha ido ganando fuerza y se ha ido sobreponiendo al principio de "Free Trade", en que lo único determinante era la eliminación de todo tipo de trabas burocráticas para el libre intercambio de bienes y servicios. La crisis económica mundial, así como escándalos financieros de gran notoriedad han ido impulsando tanto a Chile como a los Estados Unidos a acordar normas que, liberando barreras que impiden el desarrollo del mercado mundial, tratando de impedir, en este caso, la doble tributación internacional, vigilan que dichas liberaciones no vulneren los intereses, tanto de los Estados y de sus justos derechos fiscales, como además de la vigilancia de actividades que atenten en última instancia contra el mercado, causando monopolios, así como normando la fiscalización del posible abuso de posición dominante. La materia de Transfer Pricing es un ejemplo excelente referente a este "Fair Trade", pues, si bien tiene una primera aproximación tributaria, tiene una incidencia importantísima en la regulación de los gobiernos corporativos. En efecto, al sancionar que una matriz dicte órdenes a sus filiales y controladas en la determinación de los precios en sus transacciones, los accionistas minoritarios de las sociedades controladas encuentran en este tratado un arma eficaz para protegerse de la posición dominante de la controladora.

Esto tiene no sólo consecuencia para los privados, sino también fuerte incidencia en la recaudación de impuestos, en la fiscalización del funcionamiento general de las compañías residentes en ellas, teniendo consecuencias fiscales y extrafiscales, como el ya comentado tema de gobiernos corporativos, además del lavado de activos provenientes de actividades ilícitas (aquí cobra importancia el levantamiento del secreto bancario), y otros múltiples temas no tratados directamente por este tratado de naturaleza fiscal, pero que derivan de su aplicación

CAPITULO V: Intercambio de Información bajo el Convenio para Evitar la Doble Imposición y para Prevenir la Evasión Fiscal en relación al Impuesto a la Renta y al Patrimonio entre Chile y Estados Unidos

Autor: Gonzalo Garfías von Fürstenberg⁸

Uno de los aspectos más interesantes del Convenio destinado a evitar la doble tributación suscrito entre Chile y los Estados Unidos (“el Convenio”) se refiere al intercambio de información tributaria que puede tener lugar entre las administraciones de ambos países, y que se encuentra regulado en el artículo 27 del mismo.

1.- Tipo de Información a ser intercambiada:

La primera parte del párrafo primero del artículo 27 de dicho Convenio indica que la información a ser intercambiada será aquella “*previsiblemente pertinente*” para: i/ aplicar correctamente las disposiciones del Convenio; y ii/ aplicar la legislación interna de los Estados contratantes relativas a los impuestos de toda clase y naturaleza percibidos por los Estados contratantes, incluso si no se trata de la aplicación de un artículo concreto del Convenio.

Respecto al segundo de los objetivos indicados es importante considerar que dicha información puede ser requerida aún cuando la transacción objeto del requerimiento no sea de aquéllas cubiertas por el Convenio, esto es, que sea exclusivamente nacional o interna, sin tener por objeto la aplicación de un artículo del Convenio. Un buen ejemplo de las implicancias prácticas que puede traer esta norma es aquella referida en las explicaciones técnicas del Modelo de tratado estadounidense para evitar la doble tributación (en adelante “explicaciones técnicas Modelo USA”), específicamente contenido en los comentarios al Modelo de Convenio Tributario sobre la Renta y sobre el Patrimonio de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (en adelante “Comentarios OECD”). Ejemplo: “*Una sociedad del Estado A [en nuestro caso, Estados Unidos] vende mercancías a una sociedad del Estado B [Chile] por mediación de una sociedad del Estado C (posiblemente un país con un nivel bajo de imposición). Las sociedades en cuestión pueden estar o no asociadas. Ningún convenio se ha firmado entre el Estado A [Estados Unidos] y el Estado C, ni entre el Estado B [Chile] y el Estado C. En virtud del convenio concluido entre A y B, el Estado A [Estados Unidos], con el fin de poder aplicar correctamente las disposiciones de su legislación interna a las utilidades realizadas por la sociedad situada en su territorio, pregunta al Estado B [Chile] qué precio ha pagado por las mercancías la sociedad del Estado B.*”⁹

8 Nota Bibliográfica del Autor: Gonzalo Garfías von Fürstenberg es abogado de la Pontificia Universidad Católica de Chile, Diplomado en Gestión y Planificación Tributaria de la Pontificia Universidad Católica de Chile y LL.M. en Gestión y Planificación Tributaria de la Universidad Adolfo Ibañez. Actualmente se encuentra cursando un curso de postgrado en Tributación Internacional y Europea, Universidad de Maastricht, siendo becario de la Comisión Nacional de Investigación Científica y Tecnológica, Gobierno de Chile, CONICYT. Desde 2006 hasta la fecha es asociado del Estudio Allende Bascañan y Cia. Ltda.

9 OECD Comentario al artículo 26, Parágrafo. 1. numero 8 letra b).

La última parte del primer párrafo del artículo 27 del Convenio se refiere a la información relativa a la liquidación o recaudación de los impuestos comprendidos en el Convenio, de su aplicación efectiva o de la persecución del incumplimiento relativo a los mismos, y por último, de la resolución de los recursos en relación con los mismos. Finalmente, se aclara que el intercambio de información no se verá limitado por el artículo 1 “Ámbito General”, o por el Artículo 2 (Impuestos Comprendidos). Ejemplos prácticos de estas últimas consideraciones son las siguientes: i/ Que el intercambio de información no esté limitado al Ámbito General de aplicación del Convenio se demuestra con la posibilidad de requerir y proveer información respecto de personas no residentes en ninguno de los estados contratantes (Chile y Estados Unidos). En las explicaciones técnicas del Modelo USA, se indican dos ejemplos prácticos útiles en relación con dicha materia. Primero el caso de un residente de un tercer estado que tiene un establecimiento permanente en Chile, y ese establecimiento permanente genera una transacción con una empresa estadounidense, Estados Unidos podrá requerir información respecto de dicho establecimiento permanente sin importar que dicho residente del tercer estado no sea residente en Chile ni en Estados Unidos.¹⁰ Y segundo, el caso de un residente de un tercer estado que mantiene una cuenta bancaria en Chile, y la administración tributaria estadounidense (IRS) tiene razones para creer que los fondos de dicha cuenta debieran haber sido informados respecto de alguna situación de carácter tributario, información podrá ser requerida a Chile en relación con la cuenta bancaria de dicho residente de un tercer estado; y ii/ Que el intercambio de información no esté limitado a los impuestos comprendidos en el Convenio implica que podría requerirse información respecto de impuestos de cualquier tipo contenidos en las respectivas legislaciones internas de Chile o Estados Unidos. Así, y a modo de ejemplo, información podría ser requerida respecto de Impuestos a las Herencias y Donaciones, Impuestos de Salida (Exit Tax), e Impuestos al Valor Agregado.

2.- Tratamiento de la información intercambiada:

La base fundamental para la efectividad de la asistencia recíproca entre las administraciones tributarias es la seguridad que cada una de ellas tiene en relación a que la otra administración tratará de manera confidencial las informaciones recibidas como consecuencia de su cooperación. Tal como se indica en los comentarios al modelo OECD, las reglas de confidencialidad contenidas en el artículo 27 del Convenio son aplicables a todo tipo de información recibida de acuerdo con dicho artículo, incluyendo tanto la información suministrada con ocasión de un requerimiento como la transmitida en respuesta a un requerimiento. Será responsabilidad de la ley interna de Chile y de Estados Unidos el mantenimiento de dicha confidencialidad, por lo mismo, las eventuales sanciones que se apliquen en caso de violación de dicho secreto o confidencialidad serán las previstas por dichas legislaciones.

Las informaciones obtenidas sólo podrán entregarse a las personas o autoridades encargadas de la liquidación o recaudación de impuestos, de la aplicación efectiva o la

10 Explicaciones técnicas (US Model 2006), Parágrafo. 1. número [420]. Contenidas en volumen 1 “Materials on International & EC Tax Law”, seleccionadas y editadas por Kees va Raad año 2009-2010.

persecución del incumplimiento relativo a los mismos, de las resoluciones de los recursos referentes a tales impuestos o de la supervisión de las funciones anteriores. De acuerdo a lo anterior, eventualmente hasta el mismo contribuyente, su apoderado o testigos podrían recibir dicha información, ya que dentro de destinatarios antes mencionados generalmente se encuentran aquellas personas encargadas de decidir si dicha información debiera proporcionarse al contribuyente, su apoderado o testigos del mismo. La información recibida sólo podrá ser utilizada para los efectos establecidos en el párrafo primero del artículo 27 del Convenio, y no podrá ser proporcionada a personas o autoridades no mencionadas en el párrafo segundo en análisis. En los comentarios al modelo OECD se incluye un ejemplo que ratifica la regla recién referida; “*con independencia de la existencia de leyes que obliguen a la divulgación de información, como la legislación sobre el derecho a la información u otra legislación que permita un amplio acceso a los documentos públicos.*”¹¹. Esto implica que no queda en manos de las legislaciones internas de Chile y de Estados Unidos establecer el real límite respecto de a quienes y en qué circunstancias dichas informaciones deben o podrían ser proporcionadas.

El segundo párrafo del artículo 27 del Convenio asegura que la información intercambiada será mantenida en secreto en igual forma que la información obtenida de acuerdo al derecho interno de Chile y de Estados Unidos. La información recibida solo podrá ser comunicada a las personas o autoridades (incluidos los tribunales y órganos administrativos) encargados de la liquidación, recaudación, aplicación o de la persecución en caso de incumplimiento, o de la supervisión de cada una de las funciones anteriores.

3.- Limitaciones a la obligación de informar:

El tercer párrafo del artículo 27 del Convenio establece ciertas limitaciones a la obligación principal de informar. La primera de ellas, establecida en la letra a) de dicho artículo, previene al Estado de “*adoptar medidas administrativas contrarias a su legislación o práctica administrativa, o a las del otro Estado Contratante*” en el cumplimiento de su obligación de informar.

En referencia a esta primera limitación, las disposiciones relativas al deber de secreto fiscal no debieran entenderse como un obstáculo al intercambio de información previsto en el Artículo. En Chile, por ejemplo, los nuevos artículo 62 y 62 Bis del Código Tributario introducidos por la Ley 20.406 (publicada el día 5 de diciembre de 2009), establecen normas que permiten el acceso a la información bancaria por parte de la autoridad tributaria a través de un procedimiento mixto de notificación al contribuyente y al banco respectivo, otorgando un plazo mínimo de 45 días para responder la información requerida.¹² En caso que el contribuyente se oponga a proporcionar dicha información, el banco no podrá dar cumplimiento al requerimiento ni la autoridad tributaria exigirlo, a menos que esta última le notifique una resolución judicial, lo que necesariamente demoraría aún más la entrega de la información requerida en orden a cumplir con un hipotético requerimiento por parte de la administración tributaria estadounidense. En los comentarios al modelo OECD, se expresa

11 OECD Comentario al artículo 26, Parágrafo. 2. numero 12.

12 Ley número 20.406 “Establece normas que permiten el acceso a la información Bancaria por parte de la autoridad tributaria”, publicada el día 5 de diciembre de 2009.

que una norma interna como la antes referida, debería aplicarse en forma tal que no impida o retrase indebidamente el intercambio efectivo de información. A modo de ejemplo se indica que dichos procedimientos de notificación debieran admitir excepciones a las notificaciones en casos en que la solicitud de información es de naturaleza muy urgente o la notificación pudiera socavar las posibilidades de éxito de la investigación llevada a cabo por el Estado que solicita la información,¹³ situaciones que claramente la ley chilena no contempla, y no existe otra herramienta legal, salvo la aceptación sin oposición por parte del contribuyente, que permita a las autoridades chilenas evitar u omitir el proceso de notificación antes referido.

La segunda de las limitaciones, establecida en la letra b) de dicho artículo, previene al Estado de “*suministrar información que no se pueda obtener sobre la base de su propia legislación o en el ejercicio de su práctica administrativa normal, o de las del otro Estado Contratante*” en el cumplimiento de su obligación de informar.

Debemos presumir que “*la información solicitada podría obtenerse por el Estado solicitante en una situación similar*”, y por lo tanto, en dicho caso, el Estado requerido no estará obligado a proporcionar información en caso que su legislación interna o prácticas administrativas no permitan obtener dicha información. Sin embargo, si la presunción antes referida no es cierta, esto es, que bajo la legislación interna o prácticas administrativas del Estado requirente no es posible obtener dicha información en una situación similar, en dicho caso el Estado requerido también podrá negar la entrega de información.

Sin perjuicio de dicha limitación, tanto los comentarios al modelo OECD como las explicaciones técnicas del Modelo USA comentan dicha norma desde una perspectiva pro entrega de información. Los comentarios establecen que “*Estados distintos tendrán necesariamente mecanismos distintos para obtener y suministrar información. Las variantes en las prácticas y los procedimientos no deberían ser una razón para denegar una solicitud, salvo si el efecto de esas variantes fuera el limitar de manera significativa la capacidad general del Estado solicitante para obtener y suministrar la información en el caso de que él recibiera una solicitud legítima del Estado requerido*”, concluyendo que la aplicación rigurosa del principio de reciprocidad podría afectar el objetivo principal de intercambio de información, y que por lo mismo dicho principio debe interpretarse de modo amplio y pragmático.¹⁴ A su vez, las explicaciones técnicas indican que, sin perjuicio de las limitaciones impuestas a un Estado contratante bajo las cuales no está obligado a proporcionar información, dicho Estado requerido no tiene prohibido proporcionar dicha información, y puede bajo su discreción entregar dicha información sujeto solamente a las limitaciones de su legislación interna.

Por último, la tercera limitación, establecida en la letra c) de dicho artículo, previene al Estado de “*suministrar información que revele secretos comerciales, gerenciales, industriales o profesionales, procedimientos comerciales o informaciones cuya comunicación sea contraria al orden público*” en el cumplimiento de su obligación de informar.

13 OECD Comentario al artículo 26, Parágrafo. 3. numero 12.

14 OECD Comentario al artículo 26, Parágrafo. 3. numero 15.

No es conveniente dar una interpretación amplia al concepto de secreto indicado en esta limitación, ya que lo anterior derivaría en la ineficacia del intercambio de información. Como se indica en los comentarios al modelo OECD *“En la mayoría de los intercambios de información no surgirá ninguna cuestión con implicaciones de secreto comercial, profesional o de otra índole. Se debe entender que el secreto comercial o profesional debe involucrar hechos y circunstancias de una importancia económica considerable y que podrían ser explotados de forma práctica y cuyo uso no autorizado podría conllevar un serio perjuicio (por ejemplo, podría traer consigo graves perjuicios financieros). No podría considerarse que la exacción, la liquidación o la recaudación de impuestos, como tales, traerían como resultado un perjuicio grave.”*¹⁵

4.- Obligación de usar medidas para recabar información aún cuando el Estado requerido no necesite dicha información para sus propios fines tributarios:

El cuarto párrafo del artículo 27 del Convenio establece el principio que obliga a Chile y a Estados Unidos a usar las medidas (toda ley o procedimiento administrativo a jurisdiccional que permiten a Chile o Estados Unidos obtener y suministrar la información solicitada) para recabar información de que dispongan aunque las empleen solamente para suministrar información al otro Estado contratante. Tal como se indica en las explicaciones técnicas del Modelo USA, en ausencia del referido párrafo algunos contribuyentes argumentaban que la limitación impuesta en el párrafo tercero letra a) del mismo artículo restringía el derecho de un Estado contratante de requerir información a un banco en caso que dicho Estado no necesitara dicha información para sus propios fines tributarios. Por lo tanto, este párrafo aclara que el párrafo tercero antes referido no impone dicha limitación, y que un Estado contratante no está limitado sólo a proporcionar información considerada necesaria para sus fines tributarios.

5.- Obligación de intercambiar informaciones aún cuando dicha información está en poder de Bancos, Instituciones Financieras o de cualquier persona que actúe en calidad representativa o fiduciaria o porque esa información haga referencia a la participación en la titularidad de una persona:

El quinto párrafo del artículo 27 del Convenio establece el principio que obliga a los Estados contratantes a intercambiar todo tipo de informaciones. Tal como se indica en las explicaciones técnicas del Modelo USA, dicho párrafo establece que un Estado contratante no puede negarse a suministrar información por el solo hecho de que esa información esté en posesión de un banco u otra institución financiera, o de cualquier persona que actúe en calidad representativa o fiduciaria o porque esa información haga referencia a la participación en la titularidad de una persona. Así, a modo de ejemplo, el párrafo quinto simplemente le impide a Chile o Estados Unidos argumentar que una norma nacional referida al secreto bancario o a la entrega de información financiera, prevalece por sobre su obligación de proveer información de acuerdo al párrafo primero del mismo artículo. En conclusión, este párrafo deroga parcialmente el párrafo tercero del mismo artículo, ya que

15 OECD Comentario al artículo 26, Parágrafo. 3. numero 19.2.

sin el presente párrafo, el párrafo tercero permitiría a Chile y a Estados Unidos la denegación del suministro de información sobre la base del secreto bancario.

6.- La forma en el Intercambio de Información:

El sexto y penúltimo párrafo del artículo 27 del Convenio establece que cuando Chile o Estados Unidos sean requeridos, dicho Estado hará lo posible por entregar la información en la forma especialmente requerida por el Estado solicitante. Generalmente las necesidades de ciertas formalidades se producirán debido a la necesidad del Estado solicitante de presentar dicha información como prueba en juicio. El Estado requerido deberá, en la medida de lo posible, proveer la información en la forma requerida siempre y cuando sea posible bajo su legislación interna o prácticas administrativas obtener la información cumpliendo con dichas formalidades.

7.- Asistencia Mutua en la aplicación del artículo:

Por último, el séptimo párrafo del artículo 27 del Convenio establece que las autoridades competentes de los Estados Contratantes se consultarán mutuamente con el propósito de cooperar y aconsejarse respecto de las acciones a realizar para la implementación del presente Artículo.

Del artículo recién comentado del Convenio surgen una serie de interrogantes respecto al alcance que tendrá la obligación de intercambio de información asumida por ambos Estados y la forma como dicha obligación se verá limitada o complementada por la legislación interna de cada país. Naturalmente, habrá que esperar a que el Convenio entre en vigencia y se produzcan los primeros requerimientos para ver cómo tales interrogantes se resuelven.

CAPITULO VI: Cláusulas de Limitación de Beneficios

Autor: Hugo Hurtado Araneda¹⁶

1. Introducción

La cláusula de Limitación de beneficios se encuentra presente en la mayoría de los convenios para combatir la doble tributación suscritos por Estados Unidos y en la totalidad de los tratados firmados por éste, después de 1981. Esta cláusula se basa en que Estados Unidos considera la firma de un tratado tributario como un vehículo mediante el cual se otorga beneficios tributarios sólo a los dos estados contratantes y no a terceros países, evitando a través de esta cláusula, que por el sólo hecho de suscribir un tratado con determinado país, se beneficie a “todo el mundo”.¹⁷

Como su nombre lo indica, la cláusula de limitación de beneficios busca limitar el uso de los beneficios emanados de un convenio tributario por parte de residentes de terceros países que utilizan la técnica denominada “*treaty shopping*” mediante la cual establecen vehículos jurídicos en países con los cuales Estados Unidos ha suscrito convenios tributarios, con el fin de beneficiarse del tratado suscrito por éste con el otro estado contratante¹⁸.

En este contexto, analizaremos las implicancias y el alcance del artículo 24 que contiene la cláusula de limitación de beneficios incluida en el Convenio para Combatir la Doble Tributación suscrito ente Chile y Estados Unidos suscrito el 4 de febrero de 2010 (“El Convenio”).

Para determinar si una persona puede o no recibir los beneficios generados por el Convenio, el artículo 24 contempla una serie de tests que buscan de una manera objetiva determinar si debe o no otorgarse los beneficios a dicha persona. En efecto, si el contribuyente cumple con alguno de los tests indicados en esta cláusula, éste será considerado que tiene un objeto de negocios real en el país de residencia, o bien, tener un

16 Nota Bibliográfica del Autor: Hugo Hurtado es abogado de la Pontificia Universidad Católica de Chile y actualmente es socio de Guerrero, Olivos, Novoa y Errázuriz. Es Master of Laws in International Taxation (2006) de la Universidad de Florida y Candidato a Doctor en Juridical Science in Taxation. Fue abogado tributario en Edwards y Cia. Ltda. entre 2003 y 2005, y socio tributario en Beltramin Hurtado Abogados entre 2006 y 2008. Ha sido Profesor de Derecho Tributario en Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile desde 2006; Profesor de Tributación Internacional y Reorganización y Planificación Tributaria de Empresas de la Universidad Diego Portales desde 2006; Director del Postítulo de Derecho Tributario de la Universidad Diego Portales (2009) y Profesor visitante de la cátedra Comparative Estate Taxation in Washington University in St. Louis (2009). Se especializa en temas relacionados a tributación nacional e internacional y de impuestos a las herencias. Asimismo, tiene una amplia experiencia en reorganizaciones empresariales tales como divisiones, fusiones, transformaciones y enajenación de empresas. Es miembro y Branch Reporter 2010 de la International Fiscal Association (IFA)

17 McDaniel Paul, Introduction to the United States International Taxation, 2005.

18 Al respecto es importante indicar que los comentarios del artículo 1 del Modelo para combatir la doble tributación de la OCDE, incluyen una propuesta de cláusula similar a la contenida en el Convenio, aunque con menor nivel de especificidad que aquella contenida en éste.

nexo de conexión de tal relevancia con éste, que le permitirá a dicho contribuyente acceder a los beneficios del tratado.¹⁹

Desde el punto de vista práctico, la cláusula de limitación de beneficios busca evitar el *treaty shopping*, mediante la asunción que una sociedad constituida en un estado contratante cuya propiedad es poseída sustancialmente por residentes de ese estado contratante y que no hace pagos deducibles de impuestos relevantes a terceros países, es probablemente una sociedad que no fue constituida por residentes de otros países para aprovecharse indebidamente de los beneficios del Convenio.

Ahora bien, si la sociedad no cumple las condiciones antes indicadas, pero realiza activamente un comercio o negocio en el otro estado contratante, obteniendo rentas relacionadas a este comercio o negocio, puede conseguir que determinadas rentas reciban los beneficios del tratado. Por último, si una compañía no satisface ninguno de los requisitos antes indicados, puede dirigirse a la autoridad competente del otro país para que ésta otorgue los beneficios del Convenio.

Es importante señalar que las normas de limitación de beneficios no son excluyentes respecto de las normas de derecho interno que buscan limitar el abuso del derecho con el fin de obtener beneficios tributarios. En efecto, el derecho interno puede ser utilizado para identificar el beneficiario efectivo de una renta y la cláusula de limitación de beneficios puede ser utilizada para determinar si dicho beneficiario efectivo puede o no recibir los beneficios del tratado respecto a dicha renta.²⁰

A continuación, se estudiarán las disposiciones incluidas en el artículo 24 del Convenio para determinar si procede o no otorgar los beneficios contemplados en dicho artículo, a determinadas personas.

2. Residentes calificados para recibir los beneficios del Convenio

Un residente de un Estado contratante será considerado como calificado para recibir los beneficios del Convenio si es²¹:

- 2.1 Una persona natural;
- 2.2. Ese Estado o subdivisión política o autoridad local del mismo, o cualquier agencia u organismo de ese Estado;
- 2.3 Un fondo de pensión siempre que más del 50% de sus beneficiarios, miembros o participantes sean personas naturales residentes en el otro país;
- 2.4 Una entidad sin fines de lucro establecida para propósitos religiosos, de caridad, educacionales, u otros similares;
- 2.5 Una sociedad cuyas acciones sean regularmente cotizadas en una o más bolsas de valores, o bien, una sociedad que sea filial de una sociedad cuyas acciones son

19 Bittker Boris and Lokken Lawrence, *Fundamentals of International Taxation*, 2005

20 Artículo 22, Párrafo 1, 2006 United States Model Technical Explanations.

21 Article 22.2. del Convenio para Combatir la Doble Tributación celebrado entre Chile y Estados Unidos

cotizadas regularmente en bolsa²². En el primer caso, además, la sociedad debe satisfacer cualquiera de los siguientes requisitos adicionales: Que la categoría principal de las acciones sea cotizada en una o más bolsas del país de residencia de la sociedad; o que la sede principal de dirección efectiva y control de la sociedad se encuentre en el estado de residencia de la sociedad²³.

Conforme a lo antes indicado, también, se otorgará los beneficios del Convenio a una sociedad si al menos el 50% de la propiedad de ésta es detentada por cinco o menos sociedades cuyas acciones sean cotizadas en bolsas de valores reconocidas. En el caso de existir propiedad indirecta, cada propietario interpuesto debe ser residente de Chile o Estados Unidos.

- 2.6 Una persona que actúe como sociedad matriz de un grupo corporativo multinacional. Para estos efectos, se entiende como sociedad matriz aquella que cumpla las siguientes condiciones copulativas: (i) realiza la supervisión y administración general –de forma discrecional e independiente- de un grupo de sociedades en el Estado donde resida²⁴; (ii) el grupo corporativo del cual es parte, realiza activamente un negocio en a lo menos cinco países, generando 10 por ciento o más de la renta bruta del grupo pero menos del 50 por ciento de ésta en cada país; (iii) no obtiene más del 25 por ciento de su renta bruta del otro Estado Contratante; (iv) está sometida a las normas tributarias generales establecidas para sociedades operativas²⁵; y (v) las rentas que obtenga en el otro Estado están conectadas o son incidentales a las obtenidas en el negocio activo del grupo. Sin perjuicio de la rigidez de esta disposición, esta norma contempla cierta flexibilidad ya que establece que en caso de no cumplirse los porcentajes indicados, pueden utilizarse los promedios de las rentas de los cuatro años precedentes para efectos de calcular dichos porcentajes. Esto permite que no se denieguen los beneficios del Convenio por el solo hecho de obtener un resultado económico muy pobre o exitoso en un año específico.
- 2.7 Una persona jurídica que satisface el test denominado “*ownership/base erosion*”. Bajo este test se busca limitar la constitución de sociedades en estados contratantes con el único fin de recibir los beneficios del Convenio. En la práctica, se considera que una persona está calificada para recibir los beneficios del Convenio, si el 50 por ciento o más de cada clase de acciones o intereses son poseídos directa o indirectamente a lo menos durante la mitad del año tributario por una persona que

22 El artículo 22 limita también la elusión de estas normas mediante la creación de “acciones desproporcionadas” que son aquellas que dan derecho a los accionistas a participaciones desproporcionadamente mayores a través de dividendos, pagos por rescate u otros tipos de pagos.

23 De conformidad al artículo 22 del Convenio, la sede principal de dirección efectiva y control está ubicada en el país donde los ejecutivos y empleados superiores, asumen, más que en otro país, las responsabilidades del día a día vinculadas a las políticas estratégicas, financieras y operacionales de la sociedad y el personal de esas personas realizan en ese país más que en cualquier otro país las actividades de día necesarias para tomar esas decisiones.

24 De conformidad al artículo 24.2.d.ii del Convenio, este grupo de sociedades puede incluir pero no consistir principalmente en un grupo financiero.

25 Una interpretación restrictiva de esta norma debería denegar los beneficios del Convenio bajo el concepto de sociedad matriz a una sociedad constituida en Chile que se acoja al régimen especial establecido en el artículo 41 D de la Ley sobre Impuestos a la Renta.

sea beneficiaria del Convenio en los términos indicados más arriba²⁶ y, además, menos del 50 por ciento de la renta bruta de dicha persona es pagada a personas no beneficiarias del Convenio por vía de pagos deducibles de impuestos. A modo de ejemplo, se pueden citar dentro de éstos, intereses, regalías y servicios con excepción de servicios o bienes pagados a precio de mercado en el curso ordinario del negocio del pagador de dichas rentas.

- 2.8 Una persona que no califica para los beneficios del Convenio de conformidad a todas las reglas indicadas arriba, aún puede recibir los beneficios de éste, respecto a una renta específica que obtenga en el país desde la cual se paga la renta (país de la fuente) relacionada al ejercicio activo de un comercio o negocio desarrollado en el otro estado (país de la residencia)²⁷. Para que proceda este beneficio, las rentas deben provenir de negocios distintos al de invertir o gestionar inversiones, excepto en el caso de actividades bancarias, de seguros, o de valores llevadas a cabo por un banco, empresa o una agencia de valores reconocida. A mayor abundamiento, el ejercicio activo de un comercio o negocio en el país de residencia debe ser “substantial” en relación con la actividad llevada a cabo en el país de la fuente. Para determinar si una actividad o negocio es substantial o no, deben analizarse todos los hechos y circunstancias relacionadas a dicha actividad o negocio²⁸.
- 2.9 Una persona que no cumple ninguna de las condiciones indicadas en los párrafos 2.1 a 2.7 para ser calificada como beneficiaria del Convenio y no satisface los requerimientos indicados en el párrafo 2.8 para que determinada renta reciba los beneficios del Convenio, puede ser beneficiaria de éste, si la autoridad competente del otro Estado Contratante decide otorgarlos. Para estos efectos, dicha autoridad deberá considerar si la adquisición o mantenimiento de tal persona y el desarrollo de sus operaciones perseguía o no como uno de sus principales objetivos el obtener los beneficios del Convenio. Al respecto, es importante indicar que los residentes de los estados contratantes pueden presentar sus casos con antelación a la materialización de un determinado negocio, con el fin que la autoridad competente del otro Estado contratante califique si dicho contribuyente recibirá o no los beneficios incluidos en el Convenio²⁹.

Finalmente, el párrafo 5 del artículo 24 del Convenio dispone que una renta obtenida en el país de la fuente que sea atribuible a un establecimiento permanente (“EP”) en un tercer estado, no recibirá los beneficios del Convenio. Lo anterior siempre que el impuesto pagado por dicha renta en el país de residencia de la empresa dueña del EP, sumado al impuesto pagado en el tercer país sea menor al 60 por ciento del impuesto que se hubiera pagado en el país de residencia, de haber obtenido la renta en este país. En el caso

26 Según lo expuesto en el artículo 24.2.g.i en el caso de propiedad indirecta, cada propietario debe ser considerado un residente de dicho Estado contratante.

27 Para estos efectos, el artículo 24.3.c dispone que las actividades desarrolladas por personas vinculadas a una persona se entenderán desarrolladas por tal persona. El concepto de personas vinculadas incluye participaciones iguales o superiores al 50 por ciento del capital y derechos a beneficios de una sociedad en otra, o si analizando los hechos y circunstancias, una de ellas tiene el control de la otra o ambas se encuentran bajo el control de la misma persona o personas.

28 Especial atención debe recibir el tamaño relativo de las economías de los países contratantes. Artículo 22, Párrafo 3, 2006 United States Model Technical Explanations

29 Artículo 22, Párrafo 4, 2006 United States Model Technical Explanations

particular de los dividendos, intereses y regalías que se encuentren en esta situación, quedarán afectos a impuestos en el país de la fuente, pero su tasa no excederá del 15 por ciento del monto bruto pagado³⁰. Cualquier otra renta se someterá a la tributación general establecida en la ley doméstica.

No obstante lo anterior, las restricciones antes indicadas que otorgan potestad tributaria al país de la fuente en el caso de rentas atribuibles a un EP establecido en un tercer país, no aplican, si los pagos corresponden a regalías recibidas como compensación por el uso de propiedad intangible producida o desarrollada por el EP, o bien, los pagos corresponden a cualquier otra renta obtenida con conexión o en forma incidental al desarrollo activo de un comercio o negocio llevado a cabo por el EP en el tercer país³¹.

3. Conclusión

La cláusula de limitación de beneficios presenta un importante avance en el derecho tributario internacional para evitar abusos relacionados al *treaty shopping*, imponiendo una serie de restricciones a sociedades que se constituyan en un determinado país con el fin de obtener los beneficios de un convenio suscrito con Estados Unidos. Sin embargo, la complejidad de la aplicación de esta cláusula, requiere la revisión y adaptación de distintas estructuras legales utilizadas por multinacionales que se constituyen en Chile para realizar negocios tanto en Latinoamérica como en Norteamérica, ya que a pesar de no tener fines impositivos como su objetivo principal al establecerse en Chile, podrían verse afectadas por la denegación de los beneficios contemplados en el Convenio, debido a las limitaciones impuestas por esta cláusula.

30 Esta norma debe estudiarse con detención en el caso de los dividendos, ya que esta disposición podría entrar en conflicto con el Protocolo del Convenio que establece que los párrafos 2,3, 7 y 8 del Artículo 10 no limitan la aplicación del Impuesto Adicional en la medida que de acuerdo a la legislación doméstica en Chile, el impuesto de Primera Categoría sea totalmente deducible en la determinación del monto del Impuesto Adicional a pagar.

31 Sin perjuicio de esta excepción, la letra b) del párrafo 5 del artículo 24 dispone que el negocio de invertir, gestionar, o simplemente poseer inversiones por cuenta de la empresa, tributará en el país de la fuente a menos que las actividades sean bancarias o de valores llevadas a cabo por un banco o un agente de valores registrado.

Capítulo VII: Los Acuerdos de Doble Tributación y la Inversión Extranjera Directa. ¿Cómo se relacionan?

Autora: Nora Balzarotti³²

En este artículo se abordará el tema de los beneficios netos que acarrearán los acuerdos de doble tributación (de ahora en más, ADT) en términos de mayor inversión extranjera directa (FDI), teniendo en cuenta que tales acuerdos asimismo generan costos originados en la pérdida de recaudación tributaria para los estados partícipes de estos acuerdos, entre otras cuestiones que pueden menoscabar los beneficios. A continuación se resume la literatura económica en la materia para aportar perspectiva crítica sobre las bondades de este tipo de convenios.

Un poco de historia

El primer modelo de ADT fue diseñado y publicado en 1928 por un Grupo de Expertos convocados por la Liga de las Naciones en 1921. Desde entonces, la legislación internacional en la materia se ha hecho más compleja y sofisticada, enfrentando el desafío de sistemas impositivos más abarcativos y una creciente globalización. No obstante, las motivaciones que alentaron a aquel grupo en 1921 parecieran ser similares a las motivaciones de los gobiernos actuales cuando abordan las negociaciones para un ADT. En ese sentido, la tendencia creciente a la firma de ADT pareciera confirmar cierto consenso sobre sus virtudes: Durante los años 1960s se registraron alrededor de 18 nuevos ADT; durante los 1980s, fueron 58 los nuevos ADT; en los 1990s se agregaron 80 al total, para incrementarse en alrededor de 120 hacia principios de los 2000s. En años posteriores, la tendencia a pactar nuevos ADT pareció revertirse, pero este cambio debe relativizarse porque si bien no se firmaron nuevos acuerdos en tanta cuantía, también es cierto que se renegotiaron muchos otros preexistentes³³

32 Nora Balzarotti es Licenciada en Economía de la Universidad de Buenos Aires. Actualmente es Gerente de Estudios y Proyectos de AmchamChile y Profesora de organización de la empresa en la Universidad de los Andes. Fue economista del Servicio Exterior del Gobierno de los Estados Unidos; asesora del Secretario de Defensa de Competencia de la Argentina; coordinadora de las negociaciones argentinas en el ALCA en las áreas de política de competencia y regulación; investigadora full-time en comercio internacional y organización industrial en el Instituto de Economía de la Universidad Argentina de la Empresa (UADE) y del Centro de Estudios Económicos para la Regulación (CEER) para la UADE y el Banco Mundial; fue economista de la Fundación FIEL en Argentina. Fue Profesora de Microeconomía, Microeconomía de los Sectores Regulados, Análisis Económico de las Regulaciones, Política de Competencia y Negociaciones Internacionales y Organización Industrial, en la Universidad Torcuato Di Tella, UADE y UADE Senior, Universidad de Buenos Aires, el World Bank Institute, el Instituto Tecnológico de Buenos Aires (ITBA), la Universidad Nacional del Centro, Universidad Austral e IDEA.

33 Para una síntesis de este tema, ver Radaelli, Claudio M.: *The Politics of Corporate Taxation in the European Union*, Routledge Research in European Public Policy, 1997

Beneficios y Costos de los Acuerdos de Doble Tributación

En lo que sigue, se definirá doble imposición siguiendo a la OCDE³⁴, como la imposición sobre el mismo contribuyente de impuestos análogos en por lo menos dos países, con respecto a la misma materia y en los mismos períodos de tiempo.

Aunque los países pueden imponer medidas para evitar la doble imposición de modo unilateral, se observa que muchos países han apelado a los ADT con este objetivo. Esto, basándose en la presunción que la doble tributación afecta negativamente la cantidad de FDI, como también distorsiona el patrón de asignación de FDI entre países.

Los ADT aportarían la posibilidad de:

- Evitar la doble tributación y con ello, el desaliento a la inversión que implica un mayor gravamen impositivo.
- Desarrollar una herramienta contra la evasión fiscal en tanto los ADT generalmente incluyen elementos de intercambio de información entre los fiscos, para mejorar las chances de detectar evasores. En este sentido, un ADT podría desalentar al inversor foráneo que especula con la posibilidad de evadir, pero por el otro lado, alentar al inversor que busca un ambiente macroeconómico estable e instituciones sólidas que combaten la ilegalidad. Por este componente, el efecto neto de un ADT puede cambiar por caso, inclusive contemplando el beneficio neto derivado de la mayor recaudación fiscal por menor evasión.
- Reducir la incertidumbre del potencial inversor sobre futuros cambios regulatorios que podrían afectar el retorno de su negocio, en la medida que los métodos de cálculo y las definiciones plasmados en estos acuerdos en general prevalecen sobre cambios en la legislación local, por disposiciones en el mismo acuerdo o por las características de los sistemas jurídicos. De este modo, la incertidumbre se reduce como resultado de una mayor estabilidad en un sistema impositivo dado, generalmente en contextos institucionales menos conocidos para el inversor.
- Finalmente, la literatura reconoce el efecto positivo sobre la reputación de los países menos desarrollados, de la firma de este tipo de acuerdos entre esos países y países con sistemas impositivos sólidos y rigurosos, generalmente los países desarrollados. La mera firma del acuerdo, más allá de sus efectos concretos para evitar gravámenes mayores, sería una señal valiosa para el potencial inversor, que generaría un efecto de atracción a la FDI. En este sentido, los ADT evitarían la “competencia desleal” proveniente de los paraísos fiscales, de la que resultan cambios ineficientes en el patrón de asignación internacional de FDI.

34 OECD: Model Tax Convention on Income and Capital: Condensed Version, Organization for Economic Cooperation and Development, 2005.

No obstante estos beneficios, existen costos asociados a los ADT para las partes contratantes, básicamente referidos a

- La disminución de los recursos tributarios para el fisco, que derivan del menor pago de impuestos. En teoría, la reducción en la recaudación por los beneficios otorgados a los inversores extranjeros podría compensarse en alguna medida por la mayor recaudación resultante de los beneficios para los inversores nacionales con negocios en la otra parte contratante; no obstante, la diferencia en los regímenes impositivos y la fuerte asimetría en los flujos de inversión, especialmente entre países con diferente nivel de desarrollo, hace que esta compensación sea minúscula, y se verifiquen caídas en la recaudación como resultado del acuerdo en al menos alguna de las partes del convenio.
- Los costos asociados a la negociación misma, que pueden ser sustanciales dados los largos plazos que estas negociaciones tradicionalmente requieren.
- Un costo asociado no menor puede ser la incorporación del ADT al sistema jurídico interno, dado que es común que existan normas que no permitan o dificulten la limitación de la soberanía fiscal, y la ratificación de un ADT puede generar dificultades y costos políticos altos.

Estudios existentes sobre los Efectos de los Acuerdos de Doble Tributación sobre la Inversión Extranjera Directa

A lo largo del tiempo se han verificado varios intentos para analizar el impacto de los ADT sobre la FDI. En general, estas iniciativas enfrentaron el desafío de la escasa y pobre calidad de las estadísticas sobre flujos de FDI, especialmente a nivel bilateral. A esto se suma que la firma de los acuerdos generalmente ocurre en contextos de reforma económica en alguna de las partes, con elementos de apertura al comercio exterior, estabilización macroeconómica, desregulación de los mercados competitivos, etc., lo que mejora el clima de inversión y atrae FDI más allá de la firma de algún ADT. Por ello, además de los problemas con los datos, el intento de apartar el efecto del acuerdo sobre la nueva FDI respecto del impacto general de la reforma, requiere de herramientas estadísticas sofisticadas que no siempre se aplicaron adecuadamente. Así, varios estudios han dejado algunos cabos sueltos e interrogantes metodológicos, dando lugar a cuestionamientos severos sobre la calidad de los resultados obtenidos. Algunos de los estudios más serios en esta asignatura son el de Davis³⁵, que no encuentra impacto alguno de los ADT sobre la FDI, y los de Blonigen y Davies³⁶, que tampoco encuentran inicialmente que los ADT atraigan inversión, aunque una revisión posterior de su mismo trabajo les permite algún hallazgo positivo. Coupé, Orlova y Skiba³⁷ estudian el tema

35 Davies, Ronald B.: Tax Treaties, Renegotiations, and Foreign Direct Investment, University of Oregon Economics Working Paper No. 2003-14, University of Oregon, Eugene, 2003.

36 Blonigen, Bruce A. y Ronald B. Davies: The Effects of Bilateral Tax Treaties on U.S. FDI Activity, International Tax and Public Finance, 2004. Blonigen, Bruce A. y Ronald B. Davies: Do Bilateral Tax Treaties Promote Foreign Direct Investment?, in: Choi, Eun Kwan and Hartigan, James C. (eds.), 2005, Handbook of International Trade.

37 Coupé, Tom, Irina Orlova, and Alexandre Skiba: The Effect of Tax and Investment Treaties on Bilateral FDI Flows to Transition Countries, mimeo, 2008.

pero no pueden hallar un resultado contundente. Otros autores trabajando en la misma línea con información de FDI total y bilateral encuentran resultados similares, generando el sinsabor de la falta de claridad sobre si el esfuerzo de la negociación de un ADT valía un resultado incierto sobre la FDI.

Los promisorios hallazgos más recientes.

El trabajo muy reciente y sólido de Barthel, Busse and Neumayer³⁸, autores que accedieron a una base de datos sobre FDI detallada, una muestra más representativa para evitar sesgos debidos a la selección muestral, y un período de tiempo más largo que otros analistas, presenta novedosos y alentadores resultados en esta materia. Sobre los datos, implementaron métodos econométricos muy potentes y encontraron que los ADT influyen positivamente y de modo sustancial sobre los flujos y stocks de FDI proveniente de los países socios en los acuerdo. El incremento que encuentran sobre la FDI bilateral ronda entre el 27% y el 31%. Estos autores concluyen que los ADT son un medio efectivo para promover la FDI. No obstante, enfatizan que no debe perderse de vista los costos asociados con ese aumento, por lo que deben evaluarse siempre a la luz de los beneficios esperados, ahora sabiendo que los beneficios en términos de FDI pueden ser significativos.

38 Fabian Barthel, Matthias Busse and Eric Neumayer: The Impact of Double Taxation Treaties on Foreign Direct Investment: Evidence from Large Dyadic Panel Data, revised version, mimeo, May 2009.