

LA LIMITACIÓN DE BENEFICIOS EN EL CONVENIO PARA EVITAR LA DOBLE TRIBUTACIÓN CHILE-EE.UU.

DARÍO ROMERO C.*

RESUMEN

El Presente trabajo tiene por objeto analizar el cambio de enfoque que representa el reciente convenio suscrito entre Chile y EE.UU. en materia de tributación internacional, específicamente en las normas anti-abuso que contiene y como esto se aparta del modelo OCDE que nuestro país ha utilizado en otros convenios a través de un análisis particular de las normas del convenio al respecto.

I INTRODUCCIÓN

El nuevo convenio suscrito entre Chile y EE.UU., aún pendiente de ratificación, constituye un interesante cambio de enfoque en materia de tributación internacional. Ello no sólo se debe a los beneficios que el tratado otorga –que son, por cierto, interesantes– sino que en gran parte tiene relación con las condiciones impuestas para que ellos operen.

* Abogado, Universidad de Chile. LLM Mención Derecho Tributario, Pontificia Universidad Católica de Chile, Postítulo en Economía y Finanzas, Universidad de Chile, y Diplomado en Comercio Internacional, Universidad de Chile. Ejerce como Director del Grupo Tributario de AlbagliZaliasnik Abogados.

En efecto, la parte central del análisis de la aplicación práctica de este convenio consiste en determinar si las personas que invocan sus beneficios se encuentran calificadas para recibirlos. Y es justamente en esta materia que el tratado se aparta en gran medida de los instrumentos suscritos por Chile hasta el momento.

El artículo 24 del convenio en comento contiene una versión del artículo 22 del Modelo 2006 utilizado por Estados Unidos sobre limitación de beneficios, el cual analiza detalladamente los supuestos que los contribuyentes han de cumplir si tienen interés en aplicar las disposiciones que limitan la doble tributación. Esto contrasta notoriamente con el Modelo OCDE que nuestro país venía utilizando hasta ahora, pues el Modelo –y las numerosas versiones del mismo que Chile ha firmado con distintos países– no contempla una disposición similar.

El fin obvio de esta disposición es evitar en la práctica el denominado “*treaty shopping*”, esto es, que personas que no sean destinatarios del convenio hagan uso del mismo para obtener una tributación más beneficiosa de la que naturalmente tendrían. Como señalan las explicaciones técnicas al modelo, lo que se previene es que terceros países accedan a beneficios que se considera deben corresponder exclusivamente a las dos partes¹.

Según Rohatgi, el “*treaty shopping*” se define como “*la conducción de rentas provenientes de un país a una persona de otro país, por medio de un país intermediario, con la finalidad de obtener beneficios no pretendidos de un tratado*”².

Ello se logra de diversas maneras. Por ejemplo:

- El uso de “*conduit companies*”, o sociedades interpuestas entre un residente de un país sin convenio (País C) y el país fuente de la renta (País A), para aprovechar los beneficios de un convenio que el país en que se ubica la sociedad interpuesta (País B) tiene con el País A. Bajo este esquema, el pago realizado al País B se beneficia de una retención rebajada en el País A, en contraposición a la tasa

¹ Página 63, “United States Model Technical Explanation Accompanying The United States Model Income Tax Convention Of November 15, 2006”, Departamento del Tesoro de EE.UU., 2006. Disponible en <<http://www.irs.gov/pub/irs-trty/temod006.pdf>> [consultado el 31/8/2011]

² Traducción del autor. Rohatgi, Roy, “Basic International Taxation”, Segunda Edición, Nueva Delhi, Editorial Taxmann, 2007. Tomo 2 Página 165.

menos beneficiosa que hubiera afectado la remesa si ésta hubiera sido pagada directamente al residente del País C. Este esquema obviamente será funcional cuando a) las remesas al País C desde el País B estén sujetos a una retención baja o nula (por efectos de un tratado entre B y C, o porque la legislación interna de B no establece retenciones respecto de esos tipos de rentas); y b) la renta que reciba la sociedad interpuesta esté sujeto a impuestos bajos o nulos en el País B.

- El uso de “*stepping stone conduits*”, que constituye una variante al esquema anterior, y supone que el País B es un lugar de tributación alta; por lo tanto, la interposición de la sociedad, en principio, no lograría el objeto de reducir la tributación, pues si bien la retención en el País A sería baja, estaría afecta a impuestos altos en el País B. Con el objeto de lograr el beneficio tributario deseado, la sociedad del País B reduce su base imponible por medio de pagos al exterior (regalías, intereses, etc.), los que finalmente hacen que tribute con una alta tasa sobre una base notoriamente reducida. Esto sólo es útil en la medida que los pagos deducibles que efectúe al exterior no estén afectos a una alta retención, ya sea que esto se produzca por efectos de un tratado o porque la ley local no los grava.

Cabe destacar que estos arreglos suelen referirse a ingresos provenientes de actividades pasivas. Esto tiene bastante relevancia, pues en las normas de control del Modelo OCDE, la posibilidad de dejar las disposiciones del convenio sin aplicación sólo se contempla expresamente en los artículos sobre dividendos, intereses y regalías del modelo³. Como veremos más adelante, la realización de negocios activos es uno de los criterios a analizar para determinar la procedencia de aplicar o no los beneficios del convenio Chile-EE.UU.

Por último, debe tenerse presente que el “*treaty shopping*” no es un concepto que sea visto como sinónimo de abuso de los tratados por todos los países del mundo. Existen situaciones en que se admiten niveles aceptables de “*treaty shopping*”, pues según Rohatgi puede abusarse del “*treaty shopping*”, pero éste no es en sí abusivo⁴. En este sentido, puede ocurrir

³ Sin perjuicio de que la OCDE sugiere cláusulas anti abuso en los Comentarios que suelen incluirse en los tratados bilaterales, como se verá en el capítulo siguiente.

⁴ Óp. Cit., Tomo 2, página 182.

que el país de la fuente de las rentas no tenga problemas con perder algo de su recaudación tributaria, con tal de que por medio del “*treaty shopping*” se cumplan otros objetivos no fiscales. Típicamente los quienes que adoptan esta posición son países menos desarrollados a quienes no les importa perder algo de recaudación con tal de que lleguen capitales extranjeros a crear nuevos puestos de trabajo, se introduzcan nuevas tecnologías, se otorgue liquidez a su sistema financiero, etc.

Asimismo, existen ciertos niveles de “*treaty shopping*” que incluso algunos países desarrollados están dispuestos a tolerar⁵, siempre y cuando las sociedades interpuestas retengan un cierto nivel de independencia respecto de sus decisiones financieras y no sean meros artificios de papel por los cuales pasa el dinero formalmente, sin que intervenga la voluntad del supuesto titular de la renta.

II LAS CLÁUSULAS ANTI-ABUSO EN EL MODELO OCDE

Según se dijo anteriormente, el Modelo de Convenio de la OCDE no contiene una norma expresa que defina precisamente criterios de general aplicación bajo los cuales pueda determinarse *a priori* si el conjunto del tratado se aplica o no. Como consecuencia, el Modelo de Convenio de la OCDE parte de la premisa de que todas las personas consideradas residentes de los estados contratantes –conforme a las reglas que al efecto establece el artículo 4 del Modelo OCDE– tienen derecho a invocar las normas del convenio, salvo que el mismo tratado contemple una hipótesis que los excluya respecto de una renta en particular.

En los comentarios al artículo 1 del modelo se indican conductas que se consideran como un uso indebido del convenio, y se sugieren

⁵ Como es el caso del fallo del caso Prévost en Canadá, que se analiza más adelante. Her Majesty The Queen v. Prévost Car Inc. 26/2/2009, Corte Federal de Apelaciones de Canadá. El fallo puede ser consultado en <<http://decisions.fca-caf.gc.ca/en/2009/2009fca57/2009fca57.html>> [consultado el 31/8/2011]

⁶ Alessi, Verónica “Treaty Shopping-abuso a los convenios internacionales” Asociación Argentina de Estudios Fiscales, disponible en <[http://www.aeef.org.ar/websam/aeef/aeefportal.nsf/b2341886461676ba03256d600031b85f/14dbec78085dcb7b03256d58007d8dd7/\\$FILE/Doctrina0103.pdf](http://www.aeef.org.ar/websam/aeef/aeefportal.nsf/b2341886461676ba03256d600031b85f/14dbec78085dcb7b03256d58007d8dd7/$FILE/Doctrina0103.pdf)> [consultado el 31/8/2011]

ciertas soluciones al efecto⁷, pero la aplicación de estos comentarios a situaciones concretas no es fácil. A la luz de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, hay polémica en la doctrina respecto de la forma de usar los Comentarios como un recurso interpretativo para aplicar los tratados a situaciones concretas. Recurrir a ellos sin más para esclarecer el significado de una disposición es un tema debatido entre los especialistas en la materia⁸.

Las cláusulas 10 (imposición de los dividendos), 11 (intereses) y 12 (regalías) del modelo permiten aplicar las tasas de retención generales de la legislación interna de los países de la fuente, cuando el perceptor de la renta no es el “beneficiario efectivo” de la misma. El texto del convenio, por cierto, no contiene una definición de lo que significa esa expresión; su contenido se trata en los comentarios a los artículos respectivos, señalando guías generales y situaciones en que se considera que el perceptor de una renta no es su beneficiario efectivo. Es así como en el punto 12 de los comentarios al artículo 10, la OCDE se señala:

“El concepto “beneficiario efectivo” no se utiliza en su sentido técnico más estricto, sino que debe más bien interpretarse en su contexto y a la luz de los objetivos e intenciones del Convenio, incluyendo la voluntad de evitar la doble imposición y de prevenir la evasión y la elusión fiscales.”

Pues bien, el concepto de “beneficiario efectivo” es un concepto ajeno a nuestra cultura jurídica. La propia expresión es una traducción al castellano de una adaptación al francés (“*bénéficiaire effectif*”) de un concepto anglosajón (“*beneficial owner*”). Como señalamos, el concepto de beneficiario efectivo no se define en el convenio, ni existe en nuestra legislación una definición del término, por lo que a primera vista, esto no tiene mucho significado para los chilenos. Lo anterior se ve agravado por lo dispuesto en el párrafo 2 del artículo 3 del Modelo OCDE, que señala que las expresiones no definidas por el Convenio tendrán el significado que la legislación interna del país que aplica el impuesto les asigne, salvo que del contexto del tratado se infiera otra cosa.

⁷ Remisión a normas antielusivas internas o inclusión de ciertas cláusulas sugeridas al tratado bilateral que se celebre.

⁸ Véase, por ejemplo, el artículo “Interpretación de los convenios de doble imposición internacional”, escrito por César García Novoa. Páginas 1 a 65, en “Estudios de Derecho Internacional Tributario”, Editorial Legis, 2006. Varios Autores.

Los comentarios al Modelo OCDE señalan que la aplicación de normas anti-abuso de la legislación doméstica de cada país no son necesariamente incompatibles con la aplicación de las reglas antielusivas contenidas en los tratados, aunque esto en último término depende de la forma en que cada país concibe la interacción entre sus propias leyes y los convenios que suscribe⁹. De esto se sigue que la posición de la OCDE es que aquellos países que tengan dichas normas podrían recurrir a ellas, en la medida que sus propios criterios jurisprudenciales o legales lo permitan, y que para su contraparte en el tratado esto no signifique una violación de los términos pactados bilateralmente. Sin embargo, ciertos especialistas han señalado que el concepto de beneficiario efectivo debe interpretarse teleológicamente dentro del contexto del tratado, sin recurrir a normas internas¹⁰.

Sea como sea, las disposiciones anti abuso que permiten mirar el fondo sobre la forma son relativamente escasas en nuestro derecho, aunque han ido creciendo de un tiempo a esta parte. Aún peor, las normas antielusivas sobre beneficiarios efectivos que contemplan los convenios Modelo OCDE que Chile ha firmado se basan en un concepto foráneo que ni el Convenio, los Comentarios, o nuestra ley interna ha definido con total precisión¹¹.

Buscando llenar este vacío, el Servicio de Impuestos Internos emitió la Circular 57 de 2009, en la cual, siguiendo las pautas de la OCDE, ha dado ejemplos y guías generales respecto de cuando no se entiende

⁹ Véase, por ejemplo, los apartados 9.2 a 9.4 de los Comentarios al Artículo 1 del Modelo OCDE, y las observaciones de Irlanda y Luxemburgo a los Comentarios, en los apartados 27.5 y 27.6

¹⁰ Como Klaus Vogel, por ejemplo. Véase al efecto "The OECD Model Convention – 1998 and beyond; The concept of beneficial ownership in tax treaties" Transcripciones de un seminario ocurrido durante el 52 Congreso de la IFA. Kluwer Law International, 1998. Página 16.

¹¹ Aunque el actual artículo 106 de la ley de Impuesto a la Renta, incorporado en virtud de la ley Nº 20.448, contempla el concepto de "beneficiario efectivo". En virtud de este artículo, la exención de impuesto a la renta del mayor valor obtenido por inversionistas institucionales, sólo se aplica en cuanto éstos actúen por cuenta propia (esto es, no como mandatarios de terceros) y sean los beneficiarios efectivos de las rentas. Para acreditar el cumplimiento de este requisito, se establece una declaración jurada que el inversionista debe presentar, señalando que actúa por su propia cuenta y riesgo, y que es el beneficiario efectivo de dichas rentas. Sin embargo, la disposición no señala exactamente en qué situaciones debe entenderse que el receptor de la renta no es su beneficiario efectivo.

que una persona es el beneficiario efectivo de una determinada renta. Por ejemplo:

- Las personas que actúen como mandatarios o agentes de terceros no pueden ser considerados como los beneficiarios efectivos de las rentas. Claramente esta es la situación fáctica en que más evidentemente no se aplican los beneficios del tratado. Incluso las situaciones en que actúa un mandatario podrían resolverse sin necesidad de acudir al concepto de beneficiario efectivo, pues quien percibe una renta por cuenta de un tercero no tiene ninguna clase de propiedad sobre ella, ni siquiera formalmente.
- Las situaciones en que existen "*conduit arrangements*", los cuales por lo general comprenden sociedades instrumentales que son formalmente dueñas de la renta, pero en los hechos disponen de capacidades nulas o muy limitadas para disponer de ellas¹².

Cabe destacar, asimismo, que los convenios basados en el Modelo OCDE firmados por Chile contemplan normas antielusivas de exclusión de beneficios¹³ –siguiendo el modelo de cláusula recomendado para estos efectos por la OCDE en los Comentarios– que permiten negar el tratamiento favorable del tratado en relación a ciertas rentas, cuando se determine que la principal intención de las partes ha sido crear artificialmente una situación tributaria más favorable de la que les hubiere correspondido naturalmente.

La dificultad que plantea esta última cláusula se refiere a la prueba de las intenciones de las partes, más allá de lo declarado en los instrumentos que sirven de base a las transacciones. Como todo elemento subjetivo no fácil de probar, y menos con la concepción formalista que impera en nuestro derecho y jurisprudencia.

¹² Piénsese en el caso de una sociedad instrumental residente en un país B que recibe un préstamo de un residente de un país C, y luego presta exactamente la misma cantidad, a la misma tasa de interés, a un residente del país A. Los términos del préstamo entre B y C estipulan que cualquier pago que B reciba desde A debe ser transferido inmediatamente a C. En consecuencia, B es formalmente dueña de la renta por intereses recibida desde A, pero no tiene la opción de disponer libremente de ella, debiendo transferir exactamente el mismo monto recibido a C.

¹³ Por ejemplo, el párrafo 7 del artículo 12 del CDTI suscrito entre Chile y Canadá, que dispone: "*Las disposiciones de este Artículo no se aplicarán si el propósito principal o uno de los principales propósitos de cualquier persona relacionada con la creación o atribución de derechos en relación a los cuales las regalías se paguen fuera de sacar ventaja de este Artículo mediante tal creación o atribución.*".

Ahora bien, si se coincide con el aserto que las normas antielusivas del Modelo de Convenio de la OCDE plantean muchas dificultades para el intérprete, lo siguiente que cabe preguntarse es por qué una institución integrada por destacados especialistas ha podido incurrir en aquellas desaciertos en un modelo perfeccionado sucesivamente durante el transcurso de más de 30 años¹⁴. Ello obviamente no es casual.

A juicio del autor, ello se debe a que el Modelo OCDE es un modelo que pretende ser universal (al menos entre los miembros de la OCDE). Como entre los países miembros de la OCDE existen las más diversas opiniones en cuanto a tributación internacional, y muy distintos sistemas legales, para llegar a todos ellos es que la OCDE debe hacer ciertas concesiones en materias de certeza para llegar a un consenso aceptable¹⁵. Asimismo, como se ha dicho, no todos los países consideran ciertos niveles de *"treaty shopping"* como algo necesariamente deleznable, por lo que la OCDE se conforma con dar pautas generales para que los países lleguen a acuerdo en base a sus propias políticas y conceptos al respecto.

Por ejemplo, la Corte Federal de Apelaciones de Canadá falló a favor del contribuyente, en un caso que podría fácilmente caracterizarse como constitutivo de *"treaty shopping"*. En el caso *Prévost* se interponía una sociedad holding holandesa, que era dueña de una compañía canadiense. La compañía canadiense distribuía dividendos a la sociedad holandesa, beneficiándose de la tasa rebajada de retención (5%) prevista por el convenio Holanda-Canadá. La compañía holandesa, a su vez, era de propiedad de una compañía sueca y una compañía inglesa.

La administración tributaria canadiense objetó la aplicación de la tasa rebajada, bajo la premisa de que la sociedad holandesa no era beneficiaria efectiva de los dividendos. La Corte rechazó este aserto, teniendo presente, entre otras cosas, que:

- La sociedad holding holandesa era la dueña de las acciones de la sociedad canadiense, pagó por ellas y las tenía por cuenta propia.
- Los estatutos de la sociedad holding holandesa no la obligaban a distribuir dividendos a sus accionistas.

¹⁴ El concepto de beneficiario efectivo se incorporó al Modelo en 1977.

¹⁵ En este sentido, cabe destacar que de acuerdo a la Convención de 1960 que da origen a la OCDE, las decisiones son adoptadas por consenso. Basta un voto negativo para bloquear un acuerdo, aunque los miembros pueden abstenerse de aprobar la propuesta de que se trate, lo que hace que ese acuerdo no sea vinculante para ellos.

- No había un flujo predeterminado ni automático a los accionistas de los dividendos que recibía la sociedad holding holandesa.
- Cuando la sociedad holandesa recibía los dividendos, los recibía a nombre propio e ingresaban a su patrimonio, quedando a disposición de cualquier eventual acreedor hasta que la junta administrativa declarara un dividendo y los accionistas lo aprobaran.

Esto llevó a la Corte a concluir que la sociedad holding holandesa era la beneficiaria efectiva de los dividendos, y tenía derecho a las tasa de retención rebajada del convenio Canadá-Holanda¹⁶.

En consecuencia, podemos concluir que la normativa Modelo de la OCDE sobre beneficiarios efectivos es insuficiente por sí sola para eliminar el *"treaty shopping"*, excepto quizá los casos más extremos. Salvo que los países pacten algo distinto, existen ciertos casos en que la sociedad interpuesta podrá acceder a los beneficios del convenio, en cuanto no sea sólo una entelequia por la cual pasan formalmente las rentas.

Corresponde a los países, según el enfoque sobre la materia que tengan, introducir las modificaciones que deseen para limitar más este fenómeno.

III

LA EXPERIENCIA DE EE.UU. CON LOS CONVENIOS PARA EVITAR LA DOBLE TRIBUTACIÓN

Como se ha venido señalando, para algunos países e intérpretes el *"treaty shopping"* no necesariamente constituye una práctica abusiva que los convenios prohíban. No es éste el caso de EE.UU., cuya política en este sentido es que los efectos de sus tratados deben circunscribirse estrictamente a los dos países que los firman, y no beneficiar a otros¹⁷; en suma, al firmar un convenio con un determinado país, la idea es que ese país se beneficie de la repartición de potestades tributarias, no que se termine firmando un "tratado con el mundo". El modelo actual de EE.UU. es

¹⁶ OP Cit. Her Majesty The Queen v. *Prévost Car Inc.*

¹⁷ Hurtado Araneda, Hugo. *"Convenio para evitar la doble tributación entre Chile y Estados Unidos: Estudios complementarios sobre usos, efectos y oportunidades"* Título VI, Cláusulas de Limitación de Beneficios. AMCHAM. Disponible en <<http://www.amchamchile.cl/sites/default/files/SET%20documento%201%20final.pdf>> [consultado el 31/8/2011].

muy similar al de la OCDE, pero refleja preocupaciones específicas de los EE.UU. respecto del abuso de los convenios y paraísos tributarios¹⁸.

Avi-Yonah¹⁹ indica que el problema de los arbitrajes tributarios y el acceso a beneficios de los tratados no fue una prioridad para los EE.UU. en el pasado. En abono a su posición, cita como ejemplo el convenio tributario que firmaron los Estados Unidos con Francia, en 1937, que ocurrió en un momento en que Francia aplicaba impuestos en base al principio de la fuente, es decir, sólo sobre rentas de origen francés. En consecuencia, es fácil concluir que la remesa de rentas desde EE.UU. a Francia se beneficiaba de retenciones menores a las generales y no volvía a tributar al llegar a Francia, ni tampoco al ser remesada desde Francia a un tercer país. El autor antes citado prosigue comentando que esta postura cambió en la década de 1980, cuando EE.UU. comenzó a insistir en la inclusión de una cláusula exhaustiva de limitación de los beneficios, y derogó su tratado con Antillas Holandesas.

Como los convenios suscritos con anterioridad a esa época no contenían normas de limitación de beneficios, países como Antillas Holandesas eran típicamente usados para crear sociedades interpuestas como conductos para canalizar inversiones a EE.UU. por parte de residentes de países sin tratado. Estos países con convenio eran denominados “*treaty tax havens*”, y como señala Isenbergh, la mayoría de ellos surgió por una confluencia de varios factores: luego de la Segunda Guerra Mundial, las grandes potenciales coloniales (Holanda y el Reino Unido) se disgregaron, creando una multitud de nuevos estados soberanos en un momento que los EE.UU. estaban sedientos de capital extranjero. Los convenios que se firmaron con estos países eran equivalentes a aquellos que EE.UU. tenía con la antigua metrópoli, pero no tomaban en cuenta que los sistemas tributarios de estos nuevos países eran muy distintos²⁰. Por ejemplo, las Antillas Holandesas no retenían impuestos sobre intereses pagados al exterior.

Entonces, se hizo común buscar estructuras de “*treaty shopping*”; esto se denominaba un “*Treaty Sandwich*”, y típicamente adoptaba la for-

¹⁸ Isenbergh, Joseph, “*International Taxation (Concepts and Insights)*”. Segunda edición, Nueva York, Editorial Foundation Press, 2005. página 233.

¹⁹ Avi-Yonah, Reuven “*International Tax as International Law*”. Primera Edición, Nueva York, Cambridge University Press, 2007 Página 186

²⁰ Óp. Cit., Isenbergh, Joseph, página 267.

ma de un “*stepping stone conduit*”: la sociedad de Antillas (o del país que fuera) recibía pagos de intereses sin retención desde EE.UU., en un virtud de un préstamo “*back to back*”²¹ en que participaba un residente de un tercer país como acreedor de la sociedad instrumental. Si bien los intereses recibidos desde EE.UU. tributaban en las Antillas, los pagos de intereses que la sociedad de las Antillas efectuaba al exterior podían deducirse de la base imponible. Si se ejecutaba correctamente, el interés cobrado a los EE.UU. era un poco superior al interés que la sociedad del tercer país cobraba a la sociedad de Antillas por el préstamo, de modo de dejar alguna, aunque muy poca, utilidad tributable en ese país. Ello resultaba en un impuesto efectivo muy bajo.

EE.UU. pidió a las Antillas Holandesas modificar el convenio, para incluir una cláusula de limitación de beneficios, cosa que las Antillas Holandesas rehusaron; en consecuencia EE.UU. denunció el tratado, y la puerta quedó cerrada definitivamente.

Pero incluso la ausencia de cláusulas de limitación de beneficios en los convenios para evitar la doble tributación no impidió que los EE.UU. atacaran estos “*conduit arrangements*”. El ejemplo más patente de ello es el caso “*Aiken Industries Inc. v. Commissioner*”, en el cual se atacó la interposición de una sociedad hondureña²², a la cual le fue cedida la acreencia de una sociedad bahameña contra una compañía estadounidense, con el fin de evitar el impuesto de retención a los intereses que a la sazón se aplicaba en EE.UU. Cabe destacar que en este caso, los pagos de intereses y principal no quedaban en la sociedad hondureña, sino que pasaban automáticamente a la sociedad bahameña, sin que la sociedad de Honduras reportara beneficio alguno de la operación.

Resumidamente, en este caso, el tribunal aplicó la regla de sustancia sobre forma o “*business purpose doctrine*” de “*Gregory v. Helvering*”, considerando la interposición de la sociedad hondureña como carente de una razón de negocios. Como resultado, negó los beneficios del convenio a la sociedad hondureña, sin que existiera una cláusula que así lo permitiera en el tratado.

Pero si bien en este caso la ausencia de una razón de negocios –más allá de minimizar la retención en los EE.UU.– era bastante transparente,

²¹ Estructura en virtud de la cual una persona efectúa un préstamo con fondos que a su vez recibió prestados de un tercero.

²² País con el cual EE.UU. tenía un tratado en esa época.

en los casos en que quedaba alguna utilidad –aunque baja– en la sociedad interpuesta²³, aplicar esta regla sería un poco más difícil.

La inclusión de un cláusula de limitación de beneficios en el Modelo de EE.UU. de 1977, la denuncia de los tratados con los países que se consideraban paraísos tributarios o en los cuales se tributaba conforme al principio de la fuente, fueron algunos de los pasos que el Tesoro norteamericano siguió para evitar los abusos que percibía se originaban por el uso de los convenios por parte de terceros ajenos a ellos.

Pero como correctamente apunta Isenbergh, estas medidas tenían poco efecto si no eran universales, pues bastaba que existiera un país cuyo convenio no contemplara la limitación de beneficios para que simplemente se usara ese país. Cuando se derogó el tratado con Antillas Holandesas, los contribuyentes interesados en reducir retenciones comenzaron a utilizar Holanda como lugar para efectuar inversiones en EE.UU. Por lo tanto, comenzó a renegociar sus tratados existentes para incluir cláusulas de limitación de beneficios.

Si lo anterior no fuera suficiente, EE.UU. reforzó además sus normas domésticas contra el uso de “*conduit companies*”, mediante normas introducidas en 1993. En efecto, la sección 7701 (1) del Código Tributario de EE.UU. permite a la autoridad tributaria ignorar las operaciones efectuadas con intermediarios, en cuanto perciba que existe “*treaty shopping*” y se produzca la elusión de impuestos estadounidenses. Las operaciones de financiamiento en que participan varias partes pueden ser recalificadas, en caso de que un intermediario relacionado participe en un préstamo “*back to back*”, con la finalidad de evitar impuestos de retención en EE.UU. También se aplican a algunos intermediarios no relacionados, arriendos “*back to back*” y licencias²⁴.

Si tomamos además en cuenta la doctrina de EE.UU. de que las leyes internas dictadas con posterioridad a los tratados priman sobre ellos –a pesar de que algunos autores observan una tendencia a superar esta forma de pensar²⁵– tenemos que los EE.UU. son, por lejos, el país que más agresivamente combate el uso impropio de los convenios en materia fiscal. Asimismo, basar el control del abuso de los convenios sólo en legis-

²³ Como se recordará es el caso de los “*stepping stone conduits*”.

²⁴ Misesy Jr., Robert, y Schadeewald, Michael, “Practical Guide to US International Transactions” Séptima edición, Chicago, Editorial CCH, 2009. Página 471.

²⁵ Vid. Lagos Koller, Medardo “EE.UU. y los Convenios de Doble Tributación” Santiago de Chile, Editorial LexisNexis, 2005.

lación e interpretaciones internas no incluidas en los mismos es una política que puede funcionar para poner atajo a ciertos abusos puntuales, a largo plazo resulta cuestionable aplicarla sistemáticamente como único método de control; ello que refuerza más la posición de incluir cláusulas de control autosuficientes en los tratados.

IV LA CLÁUSULA DE LIMITACIÓN DE BENEFICIOS EN EL CONVENIO CHILE-EE.UU.

4.1 Sistema de control

Como hemos adelantado, el artículo 24 del Convenio Chile-EE.UU. contiene un sistema de control anti abuso novedoso entre nosotros. En efecto, en el párrafo primero de la disposición antes señalada, se establece que sólo tendrán acceso a los beneficios del convenio las “personas calificadas” para ello. Estas personas calificadas son aquellas que satisfacen los criterios objetivos que el mismo artículo establece, o que aún sin satisfacerlos, han sido reconocidos como beneficiarios del tratado por las administraciones tributarias de las partes; la lógica subyacente de aquello es que solamente se beneficien del convenio las personas que tienen un vínculo suficiente con las partes del tratado o tienen motivos económicos válidos para obtener una renta determinada.

El Tesoro de los EE.UU., en sus explicaciones técnicas sobre el convenio modelo, ha señalado que:

“Por lo general, la norma no descansa sobre la determinación del propósito o intención, sino que describe una serie de pruebas objetivas. Un residente de un estado contratante que satisfaga una de estas pruebas obtendrá beneficios sin importar cuáles han sido sus motivaciones al elegir su estructura económica”^{26 27}.

²⁶ Óp. Cit. “United States Model Technical Explanation Accompanying The United States Model Income Tax Convention Of November 15, 2006”.

²⁷ Si bien existe consenso en torno a que las explicaciones unilaterales de un tratado no son vinculantes al interpretarlo en el otro país, las explicaciones técnicas de EE.UU. constituyen la única guía oficial emitida por alguna autoridad tributaria existente en esta etapa. Si bien no es perentorio que Chile siga las interpretaciones allí enunciadas, sí puede esperarse con bastante certeza que lo hagan las autoridades tributarias de EE.UU.

Ahora bien, el convenio sigue manteniendo las disposiciones que limitan los beneficios cuando el perceptor de la renta no es su beneficiario efectivo, lo que sí importa un juicio subjetivo respecto de la estructura que un determinado contribuyente ha elegido. Así pues, si un contribuyente califica en primera instancia para recibir los beneficios del tratado, eso no implica que no haya posibilidades ulteriores de negárseles, en la medida que se acredite que el perceptor de la renta no era su beneficiario efectivo (aunque sólo en el caso de ciertas rentas).

Por lo tanto, este artículo establece una barrera adicional para la aplicación del convenio, en cuanto es necesario pasar por tres calificaciones diferentes, en el orden de prelación que se indica:

- a) Que pagador y perceptor sean considerados residentes de uno de los países, pues si no se es residente, no se cumple el prerrequisito que habilita la aplicación del tratado;
- b) Ser considerado como una persona calificada, pues aún siendo residente, no se otorgan beneficios a quienes no cumplan los requisitos; y en ciertos casos; y
- c) Que el perceptor sea el “beneficiario efectivo” de ciertas rentas (dividendos, intereses, regalías, pensiones).

De tal manera, la calificación de ser o no el beneficiario efectivo pasa a ser una norma antielusiva residual, aplicable únicamente cuando los controles anteriores no han contenido el abuso que se pretendía proscribir.

Asimismo, las diversas clases de personas que el convenio designa como beneficiarias “calificadas”, pueden referirse a una o más clases de renta.

- a) Las personas calificadas de acuerdo a las letras a), b), c), d), e) y f) del artículo 24.2 del convenio, los que reciben beneficios del convenio respecto de cualquier clase de renta.
- b) Si no cumplen los requerimientos antes indicados, aún así pueden recibir beneficios del convenio, en cuanto pasen la prueba denominada “*ownership/base erosion test*”, que describiremos más adelante. Si satisfacen los requisitos de esta prueba, tendrán derecho a los beneficios por cualquier renta cubierta por el tratado.
- c) En caso que no cumplan el test anterior, y satisfacen el “*active business test*”, tendrán derecho a los beneficios respecto de la renta específica de dicha clase que perciban.

- d) Por último, si no satisfacen ninguno de los criterios antes enunciados, las autoridades tributarias pueden discrecionalmente otorgar los beneficios del tratado respecto del conjunto de rentas obtenidas por el contribuyente o una renta específica, en cuanto se acredite que el propósito principal de establecerse de una u otra manera no era aprovechar los beneficios del convenio.

4.2 Personas calificadas

Es de notar que las personas se consideran calificadas durante un año tributario, por lo que deberán preocuparse, en cada año fiscal, de mantener las condiciones que habilitaron la obtención de esos beneficios en un primer momento.

Las personas calificadas, y los requisitos para obtener tal calificación, se indican en seguida.

4.2.1 Personas naturales

La norma no establece mayores requisitos para que las personas naturales sean beneficiarias del convenio, suponiendo obviamente que cumplan con ser residentes de uno de los dos estados contratantes de acuerdo al artículo cuarto.

4.2.2 Los Estados contratantes, sus subdivisiones políticas, o autoridades locales; o cualquier agencia u organismo de estos Estados

Entendemos que en este caso, en Chile serían calificadas las personas jurídicas de derecho público dependientes de algún poder del Estado. Asimismo, debiese considerarse como calificadas a las municipalidades, en su calidad de autoridades locales.

La calificación bajo este número de empresas del Estado podría resultar cuestionable, especialmente en el caso de empresas en que el Estado participa en conjunto con actores privados, o que compiten libremente en el mercado. La expresión “agencia u organismo de estos Estados” pareciera hacer referencia a aquellas dependencias por medio de las cuales se ejerce alguna manifestación del poder político, y no aquellas que tienen patrimonio propio y participan como agentes privados del mercado, aunque el Estado sea su propietario único.

Estas empresas deberán satisfacer alguno de los otros criterios que la cláusula preceptúa.

- 4.2.3 Entidades constituidas bajo las leyes de un Estado Contratante y establecida y mantenida en ese Estado exclusivamente para propósitos religiosos, de caridad, educacionales, científicos, u otros similares, aunque se encuentre normalmente exenta de impuesto en ese Estado

Si bien la disposición no lo señala expresamente, parece lógico entender que en este caso, las instituciones a las que alude la norma son personas jurídicas sin fines de lucro (en el caso de las instituciones religiosas y caritativas debiera ser así), y no abarca a personas jurídicas con alguno de los fines señalados que buscan obtener una legítima ganancia por sus actividades; estas últimas deberán satisfacer alguno de los criterios establecidos para las sociedades.

Es de notar que la cláusula 4.2 del Modelo 2006 de los EE.UU. asegura la calidad de residente a ciertas personas no afectas a impuesto en el estado de su residencia, habilitando la aplicación de las normas del convenio a su respecto. El convenio con Chile no replica esta norma, y el artículo 4.1 establece la sujeción a impuestos como criterio para determinar la residencia, lo que no deja de llamar la atención.

Por lo tanto, *prima facie* podría argüirse cualquier persona jurídica sin fines de lucro exenta de impuesto no cumple con el requisito básico de ser residente a ojos del tratado. Sin embargo, interpretando armónicamente las normas del convenio²⁸, debe desecharse tal interpretación, ya que el tratado las considera como personas calificadas, y ser residente es una condición habilitante para ser “persona calificada”. Por otra parte, vale la pena recordar que en el caso de instituciones sin fines de lucro chilenas, la regla general es que ellas sí están afectas a impuestos a la renta en Chile, salvo que califiquen para la exención establecida en el artículo 40 de la Ley de Impuesto a la Renta, o estén eximidas por alguna ley especial.

²⁸ Conforme al artículo 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

4.2.4 Fondos de pensiones

Para todos los efectos del convenio, el artículo 3.1, letra j), define a los fondos de pensiones como cualquier persona o entidad establecida en uno de los estados contratantes, en cuanto cumpla con las siguientes dos condiciones copulativas:

- a) Que se encuentre generalmente exenta de impuesto a la renta en ese Estado; y
- b) Que sea operada principalmente, ya sea:
 - i. para administrar o entregar pensiones o beneficios de retiro; o
 - ii. para obtener rentas a beneficio de una o más personas o entidades que administran o entregan pensiones o beneficios de retiro.

En el caso de los fondos de pensiones que **directamente** administran o entregan pensiones o beneficios de retiro, ellos serán considerados como personas calificadas para efectos del convenio. Por su parte, en caso de que sean fondos destinados a obtener rentas o beneficios para terceros administradores, calificarán en cuanto más del 50% de sus beneficiarios, miembros o participantes sean personas naturales residentes en algunos de los estados contratantes.

4.2.5 Sociedades²⁹

En este caso, existe una serie de supuestos que califican a las personas jurídicas como “personas calificadas”; es decir, denotan que mientras una persona jurídica cumpla con cualquiera ellos, podrá recibir beneficios, aunque reprobé todos los demás.

Una sociedad residente en uno de los estados contratantes será considerada como una persona calificada, en cuanto satisfaga alguno de los siguientes criterios:

²⁹ El título habla de sociedades sin más calificación, y el convenio define como sociedades a cualquier persona jurídica o entidad que se considere persona jurídica a efectos impositivos. De la lectura del contenido de la disposición resulta evidente que si bien el título no lo dice, las sociedades susceptibles de calificar en base a este criterio sólo pueden referirse en Chile a sociedades de capital, pues se refiere en todo momento a acciones y no derechos sociales.

4.2.5.1 Sociedades anónimas abiertas o "Publicly-traded Corporations"

Si la sociedad en cuestión es una sociedad anónima abierta, y tanto la "categoría principal"³⁰ como cualquier "categoría desproporcionada" de sus acciones regularmente³¹ sean objeto de oferta pública en una Bolsa de Valores reconocida³², esta sociedad será considerada como una persona calificada, en cuanto además se verifique una de dos condiciones alternativas:

- a) **Primera condición: Que la categoría principal de sus acciones sea principalmente³³ (pero no exclusivamente) transada en una o más bolsas de valores reconocidas del país de residencia de la compañía.**

El convenio no define cuándo una serie es "principalmente" transada en un país u otro. Las explicaciones técnicas del Tesoro de los EE.UU.³⁴ señalan que la voz "principalmente" será definida de acuerdo a la legislación doméstica de cada país, y principalmente aquella del estado de la fuente. Para EE.UU., se reconocerá que fueron principalmente transadas cuando el conjunto de las transacciones realizadas durante un

³⁰ De acuerdo con el artículo 24.6, letra b), la categoría principal de acciones será, en principio, las acciones ordinarias de la compañía, en cuanto dicha serie congregate más del 50% del derecho a voto y valor de la sociedad. Si ninguna clase califica por sí sola, la categoría principal entonces será la sumatoria de acciones transadas en una bolsa del país, en cuanto represente la mayoría del derecho a voto y valor de la compañía en cuestión.

³¹ La Tesorería de EE.UU. entiende que las acciones se transan "regularmente" cuando a) se hayan efectuado ventas de acciones en cantidades durante a lo menos 60 días del año fiscal en cantidades que no sean mínimas; y b) el total de acciones transadas en el año sea igual al menos al 10% de la cantidad promedio de acciones existentes en el año. (Comentarios técnicos, página 66). Cabe preguntarse cuál será el criterio para las autoridades chilenas; el concepto de presencia bursátil ajustada del DLI.328 podría resultar de utilidad, aunque el criterio de medición es sobre 180 días y no un año completo.

³² Para los efectos del tratado, el artículo 24.6, letra a), designa como bolsas de valores reconocidas en EE.UU. al NASDAQ y cualquier bolsa de comercio registrada con la Securities and Exchange Commission. Para Chile, se consideran como bolsas reconocidas la "Bolsa de Comercio", la "Bolsa Electrónica de Chile", la "Bolsa de Corredores", y todas aquellas reconocidas por la SVS.

³³ Las explicaciones técnicas indican que las acciones son principalmente transadas en una Bolsa cuando el número de acciones listadas en esa Bolsa supera a aquellas transadas en otras Bolsas de Comercio (Comentarios técnicos, página 66).

³⁴ Comentarios técnicos, página 66.

año fiscal dado sobre la principal clase de acciones de la compañía, dentro de una o más bolsas de valores de su país de residencia, sea superior al conjunto de transacciones realizadas en bolsas foráneas respecto de esas mismas acciones en ese mismo año.

Así pues, si una serie, o cualquier combinación de series de acciones que representen más del 50% de los derechos políticos y del valor de la compañía se transan principalmente en una bolsa de valores del país de su residencia, dicha sociedad sería considerada como una persona calificada a efectos de la aplicación de los beneficios del convenio, sin necesidad de efectuar calificaciones ulteriores.

Sin embargo, el tratado también contempla una norma de control en caso que existan series "desproporcionadas" de acciones que no se transen regularmente en bolsa. Estas series son definidas en el artículo 24.6 b) como aquellas que otorgan a los accionistas una parte superior (ya sea por medio de dividendos, pagos por rescate u otros pagos), en relación a aquel que les correspondería proporcionalmente en relación al resto de las series, pero en cuanto este valor se refiera a activos o negocios situados dentro del otro estado contratante. En caso de que existan estas series "desproporcionadas", y éstas no se transen en una bolsa reconocida en el estado de residencia de la compañía, la compañía no sería considerada como persona calificada bajo este criterio.

Para explicar lo anterior, y parafraseando un ejemplo contenido en las explicaciones técnicas de EE.UU., supongamos que existen 2 series de acciones dentro de una compañía estadounidense, las serie A y B. Las acciones serie B, que representan el 50% del valor de la compañía, son de propiedad de un solo inversionista, no se transan en bolsa, no tienen derecho a voto, y tienen derecho a un dividendo equivalente al 100% del interés percibido de préstamos efectuados a deudores chilenos. Las acciones serie A, que se transan principalmente en la bolsa de Nueva York, representan el 50% del valor de la compañía y tienen el 100% del derecho a voto.

De tal suerte, esta compañía no sería una persona calificada, ya que la serie desproporcionada no se transa en una bolsa de valores reconocida.

- b) **Segunda condición: Que la sede principal de dirección efectiva y control de la sociedad se encuentre en su país de residencia.**

Así pues, aquella sociedad anónima abierta que no satisfaga la primera condición antes enunciada será considerada como "persona calificada" si cumple esta segunda condición.

El artículo 24.6 d), por su parte, define lo que se entiende por sede principal de dirección efectiva y control, y de acuerdo a esta disposición, debe estarse más a aquel lugar en que se tomen las decisiones del día a día, más que las grandes decisiones de estrategia general. Aquí lo que se busca evitar es que se considere que el sólo hecho de tener un directorio en el país que sesiona unas pocas veces al año, dicho país sea considerado por ese sólo hecho como la sede principal de dirección efectiva y control.

De tal suerte, lo que constituye una sede principal de control y gestión es aquella en que se gestiona la compañía efectivamente, no necesariamente la ubicación del más alto nivel estratégico de dirección general (aunque en la mayoría de los casos generalmente será así), sino que el lugar en que existe un cierto nivel de presencia constante en el manejo de los asuntos de la empresa. Ahora bien, esta gestión del día a día también debe ser de una calidad tal que pase del mero procesamiento de decisiones tomadas en otros lugares; también debe haber algún poder decisorio radicado en ese lugar, no la mera ejecución.

Por lo tanto es un doble control: tanto de cotidianeidad en la gestión, como un nivel decisorio que permita llevar a la práctica políticas de carácter estratégico.

Las explicaciones técnicas³⁵ señalan que por lo general, bastará con ver cuál es el país en que se encuentran los cuarteles generales o casa matriz de la compañía, aunque no siempre será suficiente. Puede ser que un nivel significativo de la gestión sea realizada en otro lado, incluso en compañías relacionadas³⁶.

4.2.5.2 *Filiales de sociedades anónimas abiertas, o "Subsidiaries of publicly-traded corporations"*

En este caso, la norma exige que la sociedad en cuestión sea de propiedad de hasta cinco sociedades anónimas abiertas que cumpla con alguna de las dos condiciones señaladas en el número anterior. En este caso, la calificación como beneficiario de la matriz se traslada a las filiales.

³⁵ Comentarios técnicos, Página 67.

³⁶ Por ejemplo, en el caso de grupos económicos que tienen compañías de servicios compartidos para la gestión de sus diversas filiales.

Para cumplir con este criterio, es necesario que un máximo de 5 sociedades anónimas abiertas calificadas y residentes en EE.UU. o Chile sean dueñas –directa o indirectamente– de una cantidad de acciones que represente a lo menos el 50% del derecho a voto y del valor de una compañía dada. En el caso que existan series de acciones desproporcionadas, también deberán tener al menos 50% de dicha serie.

De tal suerte, si 4 sociedades anónimas abiertas calificadas residentes en EE.UU. controlan más del 50% de una sociedad residente en Chile, esta última será considerada también como calificada. Lo anterior también aplica en caso de que la propiedad esté repartida dentro de ambos estados contratantes, esto es, si 3 sociedades anónimas abiertas calificadas residentes en EE.UU. y 2 sociedades anónimas abiertas calificadas residentes en Chile controlan más del 50% de una sociedad chilena.

Asimismo, la cadena de propiedad debe estar ininterrumpidamente situada dentro de Chile o EE.UU.; cada una de las sociedades de la cadena debe ser residente de EE.UU. o Chile. Si existe una o más sociedad interpuesta en otra jurisdicción, la calificación no se “transfiere” desde su matriz.

Por último, es importante señalar que la disposición haga mención solamente de acciones y no de derechos sociales, lo que pareciera limitar el espectro de tipos sociales que recibirían esta “transmisión” de calificación desde sus casas matrices. Esto implica, en el caso de sociedades de personas chilenas, que deberán cumplir con alguno de los otros criterios si desean ser consideradas como calificadas a efectos del convenio.

4.2.5.3 *Matrices de grupos multinacionales ("Headquarters test")*

Esta disposición resulta algo llamativa, pues no está incluida en el modelo 2006 de EE.UU., pero sí aparece en numerosos convenios, como los convenios con Suiza y Holanda, y más recientemente, el tratado con Hungría.

Otro punto digno de destacar es que el convenio usa la palabra “persona” sin otro calificativo, lo que resulta innecesario, pues esta disposición sólo puede referirse a personas jurídicas; las personas naturales residentes califican por derecho propio como beneficiarios del tratado.

Pues bien, las matrices calificarán en cuanto satisfagan **copulativamente** los siguientes requisitos:

- a) Que provean, desde el estado de su residencia, una parte sustancial de la supervisión y administración general de un grupo de so-

ciudades. Esto puede a su vez incluir el financiamiento del grupo, pero en ningún caso las actividades financieras pueden constituir la actividad principal del grupo en su conjunto. Por lo tanto, las actividades financieras serán admisibles dentro del grupo, en cuanto sean un apoyo a una actividad real, y no viceversa³⁷.

- b) Este grupo debe consistir de sociedades residentes en Chile o EE.UU., y estas sociedades deben realizar activamente un negocio en por lo menos cinco países. Las actividades realizadas en cada uno de estos cinco o más países debe generar al menos un 10% de la renta bruta del grupo en su conjunto, pero no más del 50% de la renta bruta del grupo.
- c) Un máximo de 25% de la renta bruta del grupo debe generarse en el otro estado contratante.
- d) La matriz tiene y ejerce autoridad discrecional independiente para supervisar y administrar este grupo económico. Las explicaciones técnicas del Convenio entre Suiza y EE.UU. señalan que aunque la matriz sea responsable formalmente de la supervisión, pero materialmente se limitara a ejecutar decisiones tomadas por otra persona, no podría entenderse que tiene autoridad discrecional.
- e) Está sujeta a las normas generales de tributación aplicables a sociedades que desarrollan negocios activos en su país de residencia, esto es, que no haya distinción para efectos tributarios entre sociedades holding y sociedades operativas; y
- f) Las rentas obtenidas en el estado de la fuente provienen de negocios activos, ya sea directamente, o por medio de la participación que le cabe en sociedades de negocios activos en otros países.

Si en un año dado no se cumplen los requisitos de renta bruta (entre 10% y 50% fuera de los estados contratantes, y hasta un 25% en el otro estado contratante), la matriz se considerará calificada en cuanto al promedio de la renta bruta de los cuatro años inmediatamente anteriores se halle en los rangos requeridos.

³⁷ Las explicaciones técnicas del tratado entre EE.UU. y Suiza –ubicadas (o similar) en la página 67– señalan que se considera que existe supervisión cuando la matriz realiza varias de las siguientes actividades: financiamiento del grupo económico, fijación de precios, marketing, auditorías internas, comunicaciones internas y administración.

Cabe destacar que la norma no exige que la matriz participe directamente de las compañías que supervise.

4.2.5.4 La prueba de la propiedad y de la erosión de la base imponible (“Stock ownership/base erosion test”)

Por su parte, si la persona jurídica no satisface ninguno de los criterios señalados precedentemente, será considerada como persona calificada si cumple los siguientes dos requisitos **copulativos**:

a. Primer criterio: “Stock ownership”

Para cumplir este criterio, los titulares –directos o indirectos– de derechos o acciones que representen el 50% de los derechos de voto y del valor de la persona jurídica deben haber sido residentes en alguno de los estados contratantes durante al menos la mitad de los días comprendidos en un año tributario dado. En el caso de que existan categorías de acciones desproporcionadas, al menos el 50% de esa categoría debe pertenecer a residentes de uno de los estados contratantes.

Para los efectos de esta disposición, los propietarios que califican como residentes son personas naturales, alguno de los estados contratantes o sus subdivisiones políticas, sociedades anónimas abiertas, entidades sin fines de lucro o fondos de pensiones. Cada uno de ellos debe cumplir los requisitos que el artículo establece para calificar; asimismo, en el caso de que exista propiedad indirecta, cada uno de los dueños interpuestos entre el residente y sus propietarios sean residentes del Estado Contratante respectivo.

b. Segundo Criterio: “Base erosion”

Para cumplir con este requisito, es necesario que menos del 50% de la renta bruta de la persona residente se pague o devengue –bajo el supuesto de que los pagos realizados son deducibles de la base imponible de esa persona– a favor de sujetos **no** considerados como personas calificadas, bajo ciertas condiciones. No todas las personas calificadas se consideran en este caso; las personas calificadas que se consideran para estos efectos son personas naturales, alguno de los estados contratantes o sus subdivisiones políticas y fondos de pensiones.

Curiosamente, el tratado también indica que se consideran para estos efectos a los residentes incluidos en la “cláusula i) del subpárrafo e)”. Esto resulta bastante llamativo, ya que el subpárrafo e) (entidades de

propósitos religiosos, caritativos, etc.) no tiene una cláusula i). Suponemos que esto se debe a un simple error de transcripción, y que se omitió señalar que la referencia a la cláusula i) era respecto del subpárrafo c) (sociedades anónimas abiertas); de todas formas, en su actual redacción, perfectamente podría entenderse que las sociedades anónimas abiertas no son consideradas como calificadas para el “*base erosion test*”, y que las organizaciones sin fines de lucro tampoco lo son.

Asimismo, para efectos de este criterio, no se consideran los pagos a terceros no calificados, siempre y cuando se verifiquen las siguientes dos condiciones copulativas:

- i) Que los pagos correspondan a transacciones realizadas a precio de mercado.

Que correspondan a pagos realizados ordinariamente en el curso del negocio de prestación de servicios o venta de bienes corporales que realiza el contribuyente (por ejemplo, la compra de insumos normalmente requeridos para realizar el negocio a una empresa domiciliada en un tercer país).

4.2.5.5 *Negocios activos o “Active business test”*

Con todo, aquellos residentes que no sean considerados como calificados según los criterios antes señalados, pueden recibir los beneficios del tratado, respecto de una renta particular, en cuanto cumplan con los requisitos que el tratado prescribe para negocios activos. Vale la pena resaltar que esta es una calificación que debe hacerse renta por renta; para algunas rentas, el residente puede calificar, mientras que para otras no. Los requisitos son:

- a) Que el contribuyente en cuestión lleve a cabo un activamente un comercio o negocio³⁸ en el otro estado contratante; el tratado señala que se encuentran excluidos de esta definición la inversión o gestión de inversiones. La exclusión antes mencionada, sin embargo, no comprende a las actividades bancarias, de seguros o de gestión de valores desarrolladas por Bancos, aseguradoras, o agencias

³⁸ El tratado no define qué es lo que debe considerarse como un comercio o negocio activo; por exclusión debemos entender que es todo aquel negocio que no se refiere a la gestión de inversiones en general. Las matrices de grupos multinacionales no calificarían, por ejemplo, ya que en esencia se dedican a gestionar inversiones pasivas.

de valores, en cuanto sean reconocidas en el estado respectivo. Es importante señalar que no todas las actividades de gestión de inversiones que desarrolle un banco o aseguradora califican automáticamente; deben guardar relación con el desarrollo del negocio bancario, de seguros, o de gestión de valores por cuenta de terceros.

- b) La renta procedente de ese estado debe ser obtenida en relación con el ejercicio de ese negocio, o ser incidental al mismo. De tal suerte, las rentas no deben provenir necesariamente del negocio en sí, pero pueden calificar en la medida que estén necesariamente relacionados con su ejecución. Por ejemplo, las regalías provenientes del licenciamiento de propiedad intelectual necesaria para la gestión del negocio calificarán en la medida que efectivamente sean necesarias para su desarrollo; lo mismo sucede con los intereses, en cuanto sean razonables³⁹. Es interesante destacar que las explicaciones técnicas señalan que los dividendos provenientes del estado de la fuente se imputarán primero a las utilidades generadas por los negocios activos que reciben los beneficios del tratado^{40 41}.
- c) Las actividades del residente sean sustanciales en relación con aquellas que lleva a cabo en su país de origen. De acuerdo a las explicaciones técnicas⁴², el único propósito de este requisito es evitar casos marginales de abuso del tratado por medio del desarrollo de negocios insignificantes en el país de la fuente, con el sólo fin de calificar para los beneficios del tratado. Al efectuar la determinación, deben tomarse en cuenta todas las circunstancias del caso, considerando entre otras, el tamaño relativo de las economías nacionales y de las empresas involucradas.

Con el fin de determinar si el contribuyente desarrolla un negocio activo en el país de la fuente de las rentas, y si estos negocios son

³⁹ Y así lo reconocen las explicaciones técnicas. Óp. Cit., página 71.

⁴⁰ Aunque esto no parece demasiado consistente con el sistema de imputación histórico que se utiliza para asignar utilidades (y los créditos respectivos) que se utiliza en Chile.

⁴¹ Las explicaciones técnicas indican que la renta obtenida debe además tener relación con las rentas que el contribuyente obtiene normalmente en su estado de residencia, aunque dicha conclusión no se desprende del texto de la cláusula en estudio.

⁴² Óp. Cit., página 71.

sustanciales, los negocios llevados a cabo por personas relacionadas son considerados. Para estos efectos, el tratado considera que existe relación cuando:

- a) Relación matriz/filial. Una de las personas involucradas posee al menos:
 - i. el 50% de la participación en los beneficios de la otra; o
 - ii. el 50% de las acciones con derecho a voto y del valor de las acciones de la sociedad; o
 - iii. o el 50% participación accionaria de dicha sociedad.
- b) Sociedades con un mismo controlador. Una tercera persona posee al menos:
 - i. el 50 % de la participación de los beneficios de cada persona; o
 - ii. al menos el 50% de la totalidad de acciones con derecho a voto y del valor de las acciones de la sociedad; o
 - iii. el 50% participación accionaria de dichas sociedades.
- c) Si en los hechos, habida consideración de las circunstancias del caso, una de ellas tiene el control de la otra, o ambas se encuentran bajo el control de la misma persona o personas.

4.3 Calificación discrecional de las autoridades tributarias

En caso que una persona no califique para los beneficios del tratado bajo ninguno de los criterios antes señalados, la autoridad competente del estado en el cual se invocan sus beneficios podrá, discrecionalmente, considerarla como una persona calificada. En este caso, el estado competente será el de la fuente de la renta o de residencia del contribuyente, según cuál sea el Estado que debe otorgar el beneficio. Así pues, para calificar para la tasa reducida de retención sobre regalías de fuente chilena, el contribuyente deberá pedir la calificación en Chile; viceversa, si por ejemplo, desea obtener acceso a los métodos para eliminar la doble tributación del artículo 23, el residente estadounidense deberá acudir a las autoridades de EE.UU.

Esta calificación podrá abarcar todos los beneficios del tratado, o sólo beneficios referidos a una renta específica, dependiendo del criterio del ente administrativo. Las explicaciones técnicas señalan asimismo,

que para los efectos de EE.UU., esta autorización puede ser otorgada previo cumplimiento de ciertas condiciones adicionales, o sujeto a un plazo específico⁴³.

En este sentido, lo que deberá acreditarse a satisfacción de la autoridad respectiva es que el establecimiento, adquisición o mantenimiento del ente o negocio en cuestión, y el desarrollo de sus operaciones, no perseguía como uno de sus principales objetivos la obtención de beneficios del tratado. Si la creación de una figura obedece a una legítima razón de negocios, y los beneficios del tratado son sólo incidentales a las formas elegidas por el contribuyente, el contribuyente debiera recibir los beneficios del tratado.

Las explicaciones técnicas señalan que los contribuyentes podrán solicitar la calificación con antelación al establecimiento de la figura. En el caso de acreditarse la procedencia de los beneficios, el criterio de EE.UU. es que la aprobación debiera ser retroactiva, esto es, extenderse desde el establecimiento de la estructura o la entrada en vigencia del tratado, en su caso⁴⁴.

4.4 Norma anti triangulación o "Triangular provision"

Por último, dentro del artículo 24 se encuentra una norma de control, diseñada para prevenir el abuso del tratado. Lo que ella busca evitar es la aplicación de los beneficios del tratado respecto de rentas obtenidas en un país no contratante, por medio de la creación de sociedades interpuestas en uno de los estados contratantes para realizar actividades en un tercer país.

De tal suerte, no se aplican los beneficios del tratado cuando se verifican los siguientes requisitos **copulativos**:

- a) Que una empresa domiciliada en uno de los estados contratantes reciba rentas que son de fuente del otro estado contratante, pero esas rentas provienen de un establecimiento permanente situado en un tercer país; y
- b) Que el impuesto que corresponda a esa renta en el estado de residencia de su perceptor termine siendo inferior al 60% del impues-

⁴³ Óp. Cit., página 73

⁴⁴ Óp. Cit., página 73.

to total que hubiere sido aplicable de no existir este establecimiento permanente en el tercer país; debe compararse la tributación que la renta normalmente tendría en el estado de la residencia de su perceptor, como si el estado de la residencia fuera la fuente de las rentas, versus aquella que efectivamente tuvo por la aplicación de las normas del tratado.

En el caso de los intereses, dividendos y regalías que caigan dentro de esta norma de control, el estado de la fuente retendrá un máximo de 15% del monto bruto de la misma⁴⁵. Todas las demás rentas estarán afectas a la tributación que normalmente les correspondería de acuerdo con la legislación doméstica del estado contratante de la fuente.

Existen dos situaciones en que la norma de control no se aplica, pese a que se verifiquen los supuestos de hecho antes señalados:

- a) Si las rentas en cuestión son regalías, y dichas regalías fueron obtenidas en el tercer país como compensación por el uso o derecho al uso de propiedad intangible producida o desarrollada por el establecimiento permanente ubicado en la tercera jurisdicción; o
- b) Si las rentas no constituyen regalías, pero son obtenidas en conexión con, o de manera incidental al desarrollo activo de un comercio o negocio llevado a cabo por el establecimiento permanente en el estado no contratante⁴⁶. (distinto al negocio de invertir, gestionar, o simplemente poseer inversiones por cuenta de la empresa, a menos que las actividades sean bancarias o de valores llevadas a cabo por un banco o un agente de valores registrado).

⁴⁵ Como apunta Hugo Hurtado, en el caso de dividendos de fuente chilena puede existir un conflicto, toda vez que de acuerdo con el protocolo, el tratado no limita la aplicación del impuesto adicional en la medida que el impuesto de primera categoría pagado por la sociedad de la fuente constituya un crédito contra aquel que grava la remesa. Hurtado, Hugo, op. Cit., nota al pie de página 5.

⁴⁶ Siempre y cuando el negocio desarrollado no tenga relación con la gestión de inversiones, salvo en el caso de bancos o agentes de valores reconocidos que desarrollen las actividades de su giro.

V CONSIDERACIONES FINALES

Con la entrada en vigencia de este nuevo tratado, será necesario que los contribuyentes, en cuanto sean personas jurídicas, se adapten al cumplimiento de los requisitos objetivos para calificar para los beneficios en él contenidos. Aún en el caso de legítimas estructuras de negocios sin propósitos de ahorro fiscal, pueden imaginarse situaciones en que la estructura podría no considerarse como calificada, quedando el acceso a beneficios sujeto a la discreción de las autoridades tributarias.

En este sentido, la calificación se convierte en un fundamental análisis ex ante que los contribuyentes y sus asesores deben hacer antes de invocar los beneficios del tratado, dado el carácter automático y auto ejecutable que es consustancial a esta clase de normas, cambiando el paradigma que venía operando en nuestra tradición fiscal internacional. La residencia, antes requisito necesario y suficiente, pasa solamente a ser un requisito necesario, pero no suficiente para aplicar el tratado a las transacciones desarrolladas por las personas jurídicas residentes en alguno de los estados contratantes.

Como consideración final, la aplicación de esta cláusula y sus consecuencias por parte de las autoridades debe ser ante todo criteriosa, tomando en cuenta las necesidades de los contribuyentes –especialmente en los casos de las calificaciones discrecionales– habida consideración del fin del convenio. De lo contrario, se corre el riesgo de no lograr lo que justamente constituye el objeto de los convenios de esta clase: evitar la doble tributación.