

## **NORMAS DE VENTAS INDIRECTAS Y CONVENIOS PARA EVITAR LA DOBLE TRIBUTACIÓN**

JUAN PABLO NAVARRETE<sup>66</sup>

### **RESUMEN**

El artículo hace una breve reseña de las normas de ventas indirectas introducidas en la Ley de Impuesto a la Renta el año 2012 y las contextualiza a nivel de derecho comparado. Para efectos de analizar la aplicabilidad de dichas normas a un residente de un país que tenga un Convenio para Evitar la Doble Tributación con Chile, se describen las funciones de dichos Convenios en el marco del derecho tributario internacional, principalmente en relación al modelo de Convenio de la OCDE. A continuación, se analiza la principal línea argumentativa que –a juicio del autor– serviría de base para estimar que los Convenios no impedirían la aplicación de las normas de venta indirecta: las modificaciones específicas introducidas por Chile al modelo de Convenio de la OCDE aceptadas por los demás Estados contratantes y la comprensión de la regulación de la venta indirecta en Chile como normas específicas de control sobre ventas directas. Luego, el autor hace un análisis de los argumentos que él defiende para sostener que determinados Convenios firmados por Chile sí impedirían la aplicación de las normas de venta indirecta. Finalmente, el artículo hace un análisis crítico sobre la ausencia de argumentos en la jurisprudencia administrativa del Servicio de Impuestos Internos sobre esta materia y señala que en un corto plazo se deberían ventilar a nivel de tribunales los argumentos que sustenten una u otra postura.

---

<sup>66</sup> Juan Pablo Navarrete es socio de EY y abogado de la Universidad de Chile. Fue ayudante del Departamento de Derecho Económico y de Ciencias del Derecho de esa misma universidad. Además, tiene un magister de tributación en Georgetown University y de tributación internacional en New York University.

## I NORMAS DE VENTA INDIRECTA

Históricamente, las ventas efectuadas por no residentes de sociedades extranjeras con activos subyacentes en el país no eran tributables en Chile.

Tras el bullado caso de la venta de Minera Disputada Las Condes por parte de Exxon a Anglo American, en que se estimó que la estructura y venta de sociedades en el extranjero eran parte de una planificación agresiva que sólo buscaba evitar el pago de impuestos en Chile, el gobierno del Presidente Lagos estableció las primeras normas de ventas indirectas en la Ley 19.840 del 23 de noviembre de 2002.

Dichas normas consideraban como rentas de fuente chilena, y por lo tanto tributables en Chile aunque el enajenante sea un no residente, las ganancias de capital obtenidas en la venta de sociedades en el extranjero cuando: (i) el comprador fuera un residente en Chile; y (ii) que a través de esa venta se adquiriera indirectamente más del 10% de una sociedad constituida en Chile.

La condición de que el adquirente fuera un no residente le restó relevancia práctica a esas normas, ya que expresamente quedaron excluidas de tributación las ventas indirectas de activos en Chile cuando vendedor y comprador eran no residentes en Chile.

Las normas de venta indirecta que nos rigen en la actualidad fueron incorporadas en el gobierno del Presidente Piñera a través de la Ley 20.630 del 29 de septiembre de 2012 (la reforma tributaria del gobierno de la Presidenta Bachelet el 2014 sólo hizo ajustes menores a estas normas).

El ámbito de aplicación de estas normas del año 2012 es bastante más amplio que las del año 2002. Éstas básicamente disponen que son rentas de fuente chilena las ganancias de capital obtenidas en la venta de sociedades en el extranjero cuando: (i) se transfiera el 10% o más de una entidad extranjera; y (ii) los activos subyacentes en Chile que indirectamente se enajenan representen al menos el 20% del total de los bienes enajenados en la transacción o cuando el valor de dichos activos en Chile sea igual o superior a 210.000 UTA (en ambos casos considerando valores de mercado).

Además de las reglas anteriores, se incluyen disposiciones específicas cuando las sociedades enajenadas están en paraísos fiscales, normas de relación, de recaptura (para operaciones dispersas en un periodo de 12 meses), de reorganización y de retenciones.

## 1. Breve reseña de las Normas Chilenas a nivel de Derecho Comparado

Los países que gravan las ventas indirectas lo hacen a través de la aplicación de normas generales anti-elusión (“GAAR”) o de normas específicas anti-elusión (“SAAR”)<sup>67</sup>, las cuales pueden estar establecidas en la ley doméstica o en Convenios para Evitar la Doble Tributación (“Convenios”)<sup>68</sup>.

Por regla general, el modelo de GAAR prescinde de la recalificación de las ganancias en el extranjero como rentas de fuente local, siendo el caso más paradigmático el de China. En el caso del modelo de SAAR, se recalifican por regla general dichas rentas –bajo determinados estándares de materialidad– como de fuente local<sup>69</sup>.

Atendiendo a esta clasificación, y considerando además el origen de su dictación y su contenido, las normas de venta indirecta chilenas pueden ser catalogadas como normas específicas de control sobre ventas directas establecidas a nivel de ley doméstica<sup>70</sup>, lo cual es especialmente relevante para el análisis de la problemática a nivel de Convenios.

Similar origen y características pueden observarse en las normas de venta indirecta de otros países como India, Perú, Panamá, Ecuador y República Dominicana.

Al igual que el caso chileno, en dichos países también han sido casos de alta connotación pública los que han originado la dictación de normas de ventas indirectas<sup>71</sup>. El caso más emblemático es el de Vodafone en India en 2007, el cual motivó la dictación de normas de venta indirecta en ese país con efecto retroactivo a partir de 1961.

<sup>67</sup> CUI, Wei. Taxation of Non-residents’ Capital Gains. Handbook on Selected Issues in Protecting the Tax Base of Developing Countries, ONU, 2014. pp. 144-151.

<sup>68</sup> SUFFIOTTI, Gonzalo. Taxation of indirect share transfers: a recent phenomenon of concern in cross-border transactions. Tesis para optar al grado de magister, London School of Economics, 2014. pp. 25-30.

<sup>69</sup> CUI, Wei. Taxing Indirect Transfers: Improving an Instrument for Stemming Tax and Legal Base Erosion. Virginia Tax Review, Volume 33 (4): 2014. pp. 682-688.

<sup>70</sup> Como se verá más adelante, hay dos casos en que Chile introduce SAAR a nivel de Convenio.

<sup>71</sup> PLATAFORMA DE COLABORACIÓN EN MATERIA TRIBUTARIA (FMI, OCDE, ONU, GBM). Tributación de las transferencias indirectas transnacionales. 2017. pp. 27-30. [en línea] <<https://www.imf.org/~/media/Files/News/press-release/pr17308s.ashx>> [consulta: 31 de octubre de 2017].

## 2. *Ventas Indirectas y Convenios*

Las normas de ventas indirectas chilenas reseñadas anteriormente no se refieren al caso en que el enajenante o vendedor sea residente de un país con el cual Chile tenga vigente un Convenio, lo cual en ningún caso es un vacío atendido al rango legal de los Convenios.

Como veremos en detalle más adelante, la postura del Servicio de Impuestos Internos (“SII”) en esta materia es que los Convenios no impiden la aplicación de las normas de venta indirecta.

Sin embargo, y teniendo en cuenta que las interpretaciones que hace el SII de la ley no son vinculantes para los contribuyentes, quienes pueden objetarlas en sede judicial, este tema ha sido bastante debatido en los círculos académicos y profesionales ligados al derecho tributario.

## 3. *Doble Tributación Internacional y Modelos de Convenios*

La manera correcta de enfocar este problema, a mi juicio, es atender al carácter y función que cumplen los Convenios en el marco del derecho tributario internacional.

Por regla general, el problema de la doble tributación internacional se presenta cuando hay dos países que invocan jurisdicción para gravar la misma renta: (i) un país como fuente de la renta (al ser renta de fuente local ese país aplica impuestos aunque el contribuyente sea un no residente); y (ii) otro país como el de la residencia del contribuyente (si bien para ese país la renta no es de fuente local, es obtenida por un residente que tributa en dicho país por sus rentas de fuente mundial).

Atendida esa situación, los Convenios regulan distintos tipos de rentas y operan fundamentalmente a través de dos mecanismos para evitar el problema de la doble tributación<sup>72</sup>: (i) restringen la potestad tributaria del país fuente de la renta (ya sea fijando tasas máximas o derechamente limitando completamente la facultad de gravar dicha renta); y (ii) establecen que el país de la residencia debe contemplar en su legislación interna exenciones o dar créditos por los impuestos pagados respecto a esas rentas en el país fuente.

---

<sup>72</sup> VOGEL, Klaus. Double tax treaties and their interpretation. Berkeley Journal of International Law, Volume 4: 1986. pp. 27-29.

Para los efectos de analizar esta función de evitar la doble tributación en los Convenios en relación a las normas de venta indirecta, se debe observar que el modelo de Convenio de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE)<sup>73</sup> funciona como una lista taxativa<sup>74</sup> de tipos de rentas que pueden ser gravadas en el país fuente. Por lo tanto, toda renta que no forme parte de ese listado taxativo, sólo puede ser gravada en el país de la residencia.

La norma del modelo de Convenio de la OCDE que establece dicho carácter taxativo es la del Artículo 21-1 (“Otras Rentas”) que dispone una regla de clausura en favor del país de la residencia que señala lo siguiente: *“Las rentas de un residente de un Estado contratante, cualquiera que fuese su procedencia, no mencionadas en los anteriores artículos del presente Convenio sólo pueden someterse a imposición en ese Estado”* (sólo se exceptúan de esta regla de clausura las rentas inmobiliarias a través de establecimientos permanentes).

Respecto al tratamiento de las ganancias de capital en el Artículo 13 del modelo de Convenio de la OCDE, hay dos elementos que deben ser considerados:

- a) No se establece que el país fuente pueda gravar la ganancia de capital en la venta de acciones de sociedades (salvo cuando más del 50% de su valor proviene de propiedad inmobiliaria situada en dicho país);
- b) Existe una norma de clausura en favor del país de la residencia en el Artículo 13-5 que, cumpliendo una función análoga a la del Artículo 21-1 antes mencionada, dispone lo siguiente: *“Las ganancias derivadas de la enajenación de cualquier otro bien distinto de los mencionados en los apartados 1, 2, 3 y 4 pueden someterse a imposición sólo en el Estado contratante en que resida quien enajena”*.

Nótese, por tanto, que bajo el modelo de Convenio de la OCDE el país fuente ni siquiera puede gravar la venta directa de acciones en ese país (salvo la situación de excepción en relación a la propiedad inmobiliaria antes señalada<sup>75</sup>).

---

<sup>73</sup> OCDE, Model Tax Convention on Income and on Capital 2014 (Full Version). [en línea] <<http://www.oecd.org/ctp/treaties/model-tax-convention-on-income-and-on-capital-2015-full-version-9789264239081-en.htm>> [consulta: 31 de octubre de 2017].

<sup>74</sup> ROHATGI, Roy. Basic international taxation. New Delhi, Taxmann, Volume 1, 2007. pp. 100-102.

<sup>75</sup> Las disposiciones del tratado multilateral que modifica los Convenios (conocido bajo su sigla en inglés como “MLI”) firmado por Chile el 7 de junio de 2017 (pero que aún

Similar situación ocurre en el modelo de Convenio de Estados Unidos<sup>76</sup>.

En el caso del modelo de la Organización de Naciones Unidas (“ONU”), sólo a partir de la versión del año 2011 se incluye la posibilidad que el país fuente grave la venta directa de acciones, pero no las indirectas<sup>77</sup>.

Dada la pertenencia de Chile a la OCDE desde el año 2010, y que incluso antes de ser miembro nuestro país ha utilizado desde el año 1998<sup>78</sup> el modelo de Convenio de la OCDE<sup>79</sup>, en adelante me referiré principalmente a ese modelo y a las modificaciones que Chile le ha introducido.

#### 4. *Modificaciones introducidas por Chile al Modelo de Convenio de la OCDE*

Bajo las normas del modelo de Convenio de la OCDE antes reseñadas, el análisis de la aplicación de las normas de venta indirecta sería simple: dado que los Convenios no le dan jurisdicción al país fuente para gravar la venta directa de acciones (salvo la situación de los inmuebles antes referida), dicho país tampoco puede grabar las ventas indirectas.

---

no está vigente), no modifica el análisis del modelo de Convenio de la OCDE efectuado anteriormente y sólo hace precisiones en relación al caso especial de sociedades cuyo valor deriva en más de un 50% de propiedad inmobiliaria. Lo mismo ocurre a nivel de los comentarios al modelo de Convenio de la OCDE.

<sup>76</sup> U.S. DEPARTMENT OF THE TREASURY, United States Model Income Tax Convention 2016. [en línea] <<https://www.treasury.gov/resource-center/tax-policy/treaties/Documents/Treaty-US%20Model-2016.pdf>> [consulta: 31 de octubre de 2017].

<sup>77</sup> ONU, Convención modelo de las Naciones Unidas sobre la doble tributación entre países desarrollados y países en desarrollo 2011. [en línea] <[http://www.un.org/esa/ffd/wp-content/uploads/2014/09/UN\\_Model\\_2011\\_UpdateSp.pdf](http://www.un.org/esa/ffd/wp-content/uploads/2014/09/UN_Model_2011_UpdateSp.pdf)> [consulta: 31 de octubre de 2017].

<sup>78</sup> Anteriormente, el año 1976, Chile había suscrito un Convenio con Argentina bajo el Modelo del Pacto Andino el cual fue desahuciado el año 2012. En la actualidad ambos países tienen un Convenio vigente bajo el modelo de la OCDE.

<sup>79</sup> “*Los CDTI vigentes en Chile han seguido al modelo de Convenios para evitar la doble tributación de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (Modelo OCDE), por lo que los comentarios emitidos por OCDE y que clarifican la aplicación de tal concepto en base a la finalidad perseguida por los CDTI, pueden ser utilizados como medio de interpretación complementario, de acuerdo a lo previsto en el artículo 32 de la Convención de Viena*”, Circular N° 57 de 2009 del SII.

Sin embargo no lo es, debido a que nuestro país ha solicitado en todos los Convenios que ha firmado modificaciones estructurales tanto al Artículo 21 como al Artículo 13 del modelo de Convenio de la OCDE.

Dado lo anterior, el efecto de los Convenios en la aplicación de las normas de venta indirecta debe necesariamente analizarse a la luz del contexto, alcance y finalidad de las modificaciones al modelo de Convenio de la OCDE que Chile ha negociado.

Empecemos viendo cuáles son esas modificaciones.

Con pequeñas variantes, la norma de clausura del Artículo 21-1 antes vista se neutraliza a través de un párrafo 3° no contemplado en el modelo de Convenio de la OCDE que dispone lo siguiente<sup>80</sup>: “*No obstante lo dispuesto en los párrafos 1 y 2, las rentas de un residente de un Estado Contratante, no mencionados en los artículos anteriores de este Convenio y procedentes del otro Estado Contratante, también pueden someterse a imposición en ese otro Estado*”.

Respecto a la norma sobre ganancias de capital del Artículo 13, el elemento en común es que Chile en todos los Convenios ha negociado cambios al modelo de la OCDE que dejen clara la potestad tributaria de nuestro país para gravar la venta directa de acciones de sociedades chilenas (lo cual recién fue recomendado por el modelo de la ONU el año 2011).

Sin embargo, la forma en que se logra ese resultado y sus redacciones son disímiles. Para efectos de sistematización, se pueden distinguir los siguientes grupos de Convenios firmados por Chile en relación al tipo de Artículo 13 (las diferencias que no son relevantes para el análisis de la venta indirecta no se consideran):

- Grupo A: La norma de clausura en favor del país de la residencia del Artículo 13-5 del modelo de Convenio de la OCDE se reemplaza por completo, señalándose que: “*Nada de lo establecido en el presente Convenio afectará la aplicación de la legislación de un Estado Contratante para someter a imposición las ganancias de capital provenientes de la enajenación de cualquier otro tipo de propiedad distinta de las mencionadas en este Artículo*”.

En este grupo se encuentran los primeros Convenios firmados por Chile bajo el modelo de la OCDE –con Canadá y México– y el con Nueva Zelanda y Brasil.

---

<sup>80</sup> Este párrafo está tomado del modelo de la ONU, desde su primera edición en 1980.

- Grupo B: Se introduce una norma no contemplada en el modelo de la OCDE que permite al país fuente gravar la venta de acciones sin límite de tasa.

En este grupo se encuentran: Ecuador, Polonia, Perú, Dinamarca, Noruega, Malasia, Rusia, Paraguay, Tailandia, República Checa, Sudáfrica y China.

- Grupo C: Se introduce una norma no contemplada en el modelo de la OCDE que permite al país fuente gravar la venta de acciones sin límite de tasa, a menos que se cumplan ciertas condiciones (en esos casos se establece un límite máximo de tributación que es generalmente de 16%).

En este grupo se encuentran: Corea, Croacia, España, Reino Unido, Francia<sup>81</sup>, Suecia, Irlanda, Portugal, Bélgica, Colombia, Suiza, Australia<sup>82</sup>, Austria, Italia y Japón.

- Grupo D: Se introduce una norma no contemplada en el modelo de la OCDE que permite expresamente gravar las ventas indirectas. En este grupo se encuentra el Convenio con Argentina (también el firmado con Uruguay el cual todavía no está vigente).

## 5. *Grupos de Convenios Firmados por Chile y Venta Indirecta*

Atendiendo a la clasificación anterior, se puede concluir que en el caso del Grupo A y Grupo D los Convenios firmados por Chile no impiden la aplicación de las normas de venta indirecta.

La controversia, por tanto, se centra en los Convenios del Grupo B y Grupo C.

---

<sup>81</sup> En reuniones que he tenido con el Departamento de Normas Internacionales del SII, se ha planteado que la redacción de este Convenio permitiría claramente la aplicación de las normas de venta indirecta. Si bien la forma y orden del Artículo 13 de este Convenio tiene notorias diferencias con el resto de los Convenios firmados por Chile, no comparto esa opinión.

<sup>82</sup> Gonzalo Suffiotti identifica en este Convenio una remisión a las SAAR domésticas de Chile que, por tanto, permitiría gravar la venta indirecta: “*Sin embargo, nada en este Artículo afectará el derecho de ese otro Estado a someter a imposición tales ganancias, de conformidad con su legislación (...)*”. Si bien es un razonamiento interesante, no me parece concluyente. SUFFIOTTI (2014), *Ibíd.*, nota al pie N° 131.



Hay quienes han querido ver una diferencia entre ambos grupos para efectos de la norma de venta indirecta (sólo por este motivo los separé), fundado en lo siguiente:

- a) El SII señaló que las normas de venta indirecta eran aplicables en el caso de un Convenio del Grupo C (el con España); y
- b) Los Convenios del Grupo C se refieren a las tenencias indirectas y los del Grupo B no.

Sin embargo, a mi juicio, el razonamiento anterior es incorrecto por las siguientes razones:

- a) En análisis de la problemática de los Convenios y la venta indirecta debe hacerse bajo la perspectiva de poder cuestionar la interpretación del SII en esta materia.
- b) Dicho eso, se podrá estar de acuerdo o no con la interpretación del SII (que será analizada más adelante), pero a mi juicio no es discutible que la opinión del SII es que ningún Convenio firmado por Chile impide la aplicación de las normas de venta indirecta.
- c) Al citar el Convenio con España, el SII deja claro que lo hace a vía solamente de ejemplo.
- d) La referencia que hacen los Convenios del Grupo C a la tenencia indirecta no es respecto a la venta, sino respecto al porcentaje de posesión para efectos del límite máximo de tasa.
- e) Finalmente, no tendría ninguna racionalidad interpretar que en los Convenios donde Chile aceptó parcialmente restringir su potestad tributaria en la venta directa de acciones no haya impedimento para aplicar las normas de venta indirecta (Grupo C); pero que sí exista tal impedimento en los Convenios donde Chile no aceptó limitación alguna (Grupo B).

Basado en las consideraciones anteriores, en adelante me referiré por Convenios a los del Grupo B y C (salvo que se indique lo contrario).

## 6. *Análisis e Interpretación Legal de la Controversia*

Frente al entusiasmo que generó entre algunos tributaristas la aplicación de una suerte de regla *a contrario sensu* respecto al Convenio recientemente firmado con Argentina (si en ese Convenio se estableció expresamente que se podían gravar las transferencias indirectas eso significaría que en el resto de los Convenios no se podría), lo primero que hay

que señalar es que las leyes tributarias son de derecho público y, por lo mismo, no se pueden invocar *prima facie* en un análisis de interpretación legal las normas de los Artículos 19 al 24 del Código Civil<sup>83</sup>.

En el caso particular de los Convenios, además, existen las normas de la Convención de Viena sobre Interpretación de los Tratados y la norma especial del Artículo 4-2 del modelo de Convenio de la OCDE (el alcance de la expresión “*a menos que de su contexto se infiera una interpretación diferente*” es sin embargo objeto de alta controversia entre los autores de derecho tributario internacional<sup>84</sup>).

Habiendo hecho esta aclaración respecto al método de interpretación legal, me parece que la controversia analizada en este artículo es discutible, en el sentido que existirían argumentos legalmente plausibles para sostener ambas posiciones. Sin perjuicio de lo anterior, y adelantando conclusiones, mi opinión es que el efecto de los Convenios debiera ser la no aplicación de las normas de venta indirecta.

Para sostener la postura contraria, esto es que los Convenios no excluirían la aplicación de las normas de venta indirecta, el principal argumento viene dado por entender las normas de venta indirecta como normas de control. De hecho, como se analizó anteriormente, ese es inequívocamente el origen de la dictación de estas normas en Chile.

Dicho origen, se refleja también en su contenido. En efecto, bajo la perspectiva de control o SAAR, las normas de venta indirecta establecen estándares de materialidad respecto a los activos chilenos (no todas las transferencias de sociedades extranjeras con activos subyacentes en Chile se encuentran gravadas) y fórmulas alternativas para calcular la ganancia de capital (a elección del contribuyente) que excluyan los activos fuera de Chile.

Por lo tanto, y teniendo en cuenta lo anterior, si Chile expresamente ha solicitado alterar el modelo de Convenio de la OCDE para gravar la venta de acciones de sociedades chilenas, pudiera argumentarse que el otro país contratante ha aceptado también las normas de control sobre dichas ventas.

---

<sup>83</sup> VERGARA, Alejandro. El derecho administrativo como sistema autónomo: el mito del código civil como derecho común. Santiago, Legal Publishing, 2010. pp.29-66.

<sup>84</sup> LANG, Michael. Introduction to the Law of Double Taxation Conventions. Vienna, Linde, 2010. pp. 39-42.

Sin perjuicio que esta es la línea de argumentación es persuasiva, la posición de que los Convenios excluirían la aplicación de las normas de venta indirecta me parece la correcta por las siguientes razones:

- a) Las normas de control, por tener ese carácter, deben necesariamente interpretarse en sentido restrictivo.

En el marco de los Convenios, los lineamientos de la OCDE han sido que las normas de control de las legislaciones internas (ya sean bajo el modelo de GAAR o SAAR) que no están explicitadas en los Convenios no pueden afectarlos<sup>85</sup>.

Incluso los lineamientos de la ONU (también usados por el SII en sus interpretaciones administrativas), que son más favorables que los de la OCDE hacia el país fuente y que contemplan desde el año 2011 la posibilidad que dicho país grave la venta directa de acciones, señalan que en un caso de SAAR a nivel doméstico (que es el caso de Chile en ventas indirectas) que estén en pugna con un Convenio, éste último debe prevalecer<sup>86</sup>.

- b) Sin perjuicio de que Chile exige en sus Convenios revertir la norma de cláusula en favor del país de la residencia en el Artículo 21, la norma residual modificada en favor del país fuente debe entenderse en todo caso respecto a rentas en que dicho país pueda reclamar un criterio de atribución de potestad tributaria (o factor de conexión) reconocible por el otro país contratante. Si no es ese el caso, debe haber una disposición expresa en el Convenio que la explicita<sup>87</sup>.

En efecto, pareciera complejo en el Convenio con Bélgica por ejemplo, argumentar que ese país debiera reconocer –sin norma expresa

---

<sup>85</sup> OCDE (2014), *Ibíd.*, Comentarios al Artículo 1, Párrafos 9.2, 22.1 y 22.2. De todas formas, la OCDE no desarrolla las diferentes hipótesis de conflicto entre ley doméstica y Convenios como sí lo hace la ONU.

<sup>86</sup> ONU (2011), *Ibíd.*, Comentarios al Artículo 1, Párrafo 15: “*En general, cuando la aplicación de la legislación interna y de los acuerdos fiscales da lugar a conflictos, deben prevalecer las disposiciones de estos últimos acuerdos. Ello es consecuencia lógica del principio de pacta sunt servanda, incorporado en el artículo 26 de la Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados. Así pues, si la aplicación de esas normas tuviera como efecto un aumento de la responsabilidad fiscal de un contribuyente más allá de lo que autoriza un acuerdo fiscal, se incurriría en contradicción con las disposiciones del acuerdo y estas disposiciones deberían predominar en virtud del derecho internacional público*”.

<sup>87</sup> VERGARA, Gonzalo. Factores de conexión en el impuesto adicional. *Revista de Estudios Tributarios* N° 8, 2013. pp. 66-73. [en línea] <<http://www.revistaestudiostributarios.uchile.cl/index.php/RET/article/viewFile/41087/42632>> [consulta: 31 de octubre de 2017].

en el Convenio– la potestad tributaria de Chile para considerar como renta de fuente chilena la que proceda de una venta en que la compañía vendida, el vendedor y el comprador son belgas.

De hecho, en un caso similar que involucraba empresas francesas con activos subyacentes en India, permitiendo el Convenio entre esos dos países la tributación en el país fuente de las ventas directas de acciones (como es el caso de Chile en sus Convenios) y habiendo introducido India normas especiales de ventas indirectas a nivel doméstico (al igual que Chile en un contexto de control tras un caso de alta connotación<sup>88</sup>), la Andhra Pradesh High Court de India resolvió que ese país no podía aplicar tributación sobre esa transacción en virtud del Convenio entre ese país y Francia<sup>89</sup>.

- c) Invocar un criterio de atribución de potestad tributaria no reconocible en sí mismo ni explicitado en un Convenio, también es complejo en materia de créditos por impuestos pagados en el extranjero, que se regula en el Artículo 23-A de los Convenios.

De hecho, desde la perspectiva del país residencia, los créditos se otorgan –por regla general– bajo las siguientes condiciones: (i) por impuestos pagados en el extranjero; (ii) respecto de rentas de fuente extranjera<sup>90</sup>; y (iii) obtenidas por un residente que tributa por su renta de fuente mundial.

¿Cómo podría Bélgica en el ejemplo anterior considerar como renta de fuente extranjera (segundo requisito) la que proceda de una venta de una compañía belga en que el vendedor y comprador también son belgas sin que exista mención alguna a una situación así en el Convenio?

De hecho, es probable que Bélgica no diera crédito en un caso así por estimar que dicha renta es de fuente local. El problema del enfoque seguido por Chile y otros países (SAAR a nivel de ley doméstica que recalifican las rentas provenientes de ventas indirectas como de fuente local) es que generan problemas doble tributación que generalmente no son solucionados a nivel de Convenios (por

<sup>88</sup> Ver nota al pie N°71 anterior.

<sup>89</sup> SANOFI CASE [en línea] <[http://itatonline.org/archives/?dl\\_id=950](http://itatonline.org/archives/?dl_id=950)> [consulta: 31 de octubre de 2017].

<sup>90</sup> Esto reconoce excepciones en casos de EP y recientemente en Chile tras la dictación de la Ley 20.956.

haber dos países que estiman que la renta es de fuente local), a menos que el contribuyente solicite un procedimiento de acuerdo mutuo al amparo del Artículo 25 lo que es complejo y tiene varias limitaciones de admisibilidad.

La concurrencia de los 3 requisitos señalados anteriormente para la procedencia de créditos por impuestos pagados en el extranjero y los problemas de doble tributación que puede generar que dos países consideren una misma renta de fuente local, puede incluso requerir una solución expresa a nivel de los mismos Convenios.

Por ejemplo, en el caso del Convenio entre Chile y Estados Unidos (que aún no se encuentra vigente), los dividendos que reparte una sociedad chilena a una sociedad estadounidense (dueña de más del 10% de la chilena) es considerada como una renta de fuente local tanto por Chile como Estados Unidos. Bajo esas condiciones, Estados Unidos no podría dar crédito por los impuestos pagados en Chile sobre dicha renta, al no ser considerados en ese país como renta de fuente extranjera.

Para que Estados Unidos pueda dar crédito en esa situación, fue necesaria una regla especial que señala que para los efectos del Convenio esas rentas se consideran de fuente chilena (Artículo 23-3-c).

Como hemos señalado, nada se acuerda en los Convenios en relación a la pretensión de Chile de considerar como renta de fuente local la venta de una sociedad domiciliada en el otro país contratante o en un tercer país.

- d) Se puede incluso sostener que la concreción de esa pretensión puede implicar una violación por parte de Chile, al menos de los Convenios vigentes con anterioridad a las normas domésticas de venta indirecta.

Volviendo al ejemplo del Convenio con Bélgica mencionado anteriormente, es interesante notar lo siguiente: antes de la dictación de las normas de venta indirecta del año 2012 la renta en cuestión hubiera sido calificada bajo el Artículo 13-5 del Convenio (como el comprador también está en Bélgica no son aplicable tampoco las normas del año 2002); sin embargo, luego de la dictación de esas normas, la pretensión chilena sería que esa renta se encuentre comprendida en el Artículo 13-4 del Convenio.

El problema es que, tal como lo resolvió la Corte Suprema de Holanda el año 2003, ese es un caso paradigmático de violación de

Convenio: cambios en las legislaciones domésticas que tienen como consecuencia la aplicación de una regla distributiva distinta a la regla distributiva aplicable al momento de la conclusión del Convenio, en que la nueva regla distributiva resulta en atribución de jurisdicción tributaria al país que efectuó la modificación legal a nivel interno, en circunstancias que la norma distributiva previamente aplicable atribuía jurisdicción tributaria al otro Estado contratante<sup>91</sup>.

Chile podría intentar argumentar que aún antes del año 2012 dicho caso estaba comprendido en el Artículo 13-4 del Convenio con Bélgica, aun cuando Chile no decidiera en ese entonces aplicar impuestos sobre dicho tipo de rentas. Sin embargo, una alegación de esa naturaleza debiese ser desestimada.

- e) Sin perjuicio de las consideraciones sobre la norma de clausura del Artículo 21 efectuadas anteriormente, el tema determinante es que los Convenios mantienen a nivel del Artículo 13 sobre las ganancias de capital la norma de clausura en favor del país de la residencia del modelo de la OCDE (reitero que estoy analizando los Convenios del Grupo B y C).

Respetando el carácter taxativo que impone dicha norma respecto a las ganancias de capital (y en armonía con el carácter taxativo general que inspira el modelo de Convenio de la OCDE), el listado de situaciones específicas y excepcionales en que el país fuente puede imponer tributación debe interpretarse necesariamente de forma restrictiva, y en dicho listado no se encuentra la posibilidad de gravar las ventas indirectas.

Por lo mismo, cualquier pretensión de analogía o interpretación extensiva en esta materia, basada en normas de control a nivel doméstico (ya sea en la modalidad de GAAR o SAAR), debiera ser descartada tal como lo sugieren los lineamientos de la OCDE y de la ONU<sup>92</sup>.

- f) Un último argumento es el relativo a la introducción de SAAR en los Convenios<sup>93</sup> con Argentina y Uruguay (este último no se encuentra aún vigente).

---

<sup>91</sup> DE PIETRO, Carla. Tax Treaty Override and the Need for Coordination between Legal Systems: Safeguarding the Effectiveness of International Law. *World Tax Journal*, Volume 7 (1): 2015. pp. 80-87.

<sup>92</sup> Ver notas al pie N° 85 y 86 anteriormente.

<sup>93</sup> En ONU (2011), *Ibíd.*, Comentarios al Artículo 1, Párrafo 33, se hace una consideración crítica sobre el abuso de este mecanismo.

Si bien, como señalé anteriormente, debe descartarse la aplicación de normas de interpretación de derecho privado (como la regla *a contrario sensu*, que ni siquiera en dicho ámbito opera entre leyes), la incorporación expresa de la venta indirecta en esos Convenios no viene sino a confirmar los argumentos expuestos anteriormente en el sentido que un hecho gravado de esas características debe necesariamente acordarse de forma expresa entre las partes que suscriben un Convenio.

## 7. Interpretación del SII

Como señalé anteriormente, la solución de la controversia tratada en este artículo (en favor de cualquiera de las dos posiciones) debiera analizarse principalmente a la luz de las modificaciones introducidas por Chile al modelo de Convenio de la OCDE.

Lamentablemente, dicho análisis no se recoge en las interpretaciones por vía administrativa que el SII ha efectuado respecto a esta materia, donde simplemente se asume que los Convenios no excluyen la aplicación de las normas de venta indirecta.

Las reglas que ha dado el SII en esta materia son las siguientes<sup>94</sup>:

- Circular N° 14 del 7 de marzo de 2014 (“Circular N° 14”):

En un apartado muy breve relativo a los Convenios, la Circular N° 14 parte señalando lo siguiente: “*en virtud de lo estipulado en los Convenios para evitar la doble tributación internacional suscritos por Chile que se encuentren vigentes, se estima que los términos de éstos resultan aplicables a las rentas e impuesto referido, cuando el enajenante o adquirente en su caso, sean personas residentes del otro estado contratante*”.

Lamentablemente, el SII no ofrece ningún argumento que sustente la afirmación “*se estima*”.

Luego el SII instruye que en el caso de Convenios la tributación aplicable dependerá de si –en el marco de las normas de venta indirecta– se opta por tributar como si los activos subyacentes en Chile se hubieran vendido directamente o no. En el primer caso, la

---

<sup>94</sup> Se ha revisado la jurisprudencia administrativa del SII hasta el día 31 de octubre de 2017.

norma a aplicar es la del Artículo 13 del Convenio; en el segundo caso, la del Artículo 21<sup>95</sup>.

Como vimos, dada la modificación que introduce Chile al Artículo 21 del modelo de la OCDE en todos los Convenios que ha firmado, esta regla de la Circular N° 14 llevaba implícitamente resuelto el problema de que Chile sí puede gravar las ventas directas, pero sin desarrollar un argumento.

La instrucción del SII respecto a la aplicación del Artículo 13 en abstracto –como lo hace esa circular– no resolvía tampoco el problema, por los distintos tipos de Artículo 13 que hemos comentado y porque el SII dejó abierta la interrogante sobre qué numeral del Artículo 13 recogía la situación de una venta indirecta. Sin embargo, de la redacción de la Circular N° 14 se desprendía que la postura del SII era que Chile podía gravar la venta indirecta en todos los Convenios<sup>96</sup>.

- Circular N° 59 del 14 de noviembre de 2014 (“Circular N° 59”):

El SII parte anunciando un cambio de criterio (y por eso se publicó en el diario oficial), el cuál es que siempre debe estarse a la tributación indicada en el Artículo 13 de los Convenios (y no más en el Artículo 21)<sup>97</sup>, señalándose que la tributación se verá caso a caso teniendo en cuenta los distintos tipos de Artículo 13 acordados por Chile en sus Convenios.

<sup>95</sup> La disyuntiva entre el Artículo 13-5 o el Artículo 21 como norma residual en ganancias de capital fue analizada por RUST, Alexander, en Klaus Vogel on Double Taxation Conventions, Kluwer Law International, 2015. Por razones de especificidad y coherencia sistémica, dicho autor concluye que no debiese invocarse en esta materia nunca el Artículo 21.

<sup>96</sup> Para el caso en que se tome la opción de tributar como si los activos subyacentes en Chile se hubieran vendido directamente, el SII tampoco fue claro en determinar a qué nivel debía operar el Convenio (en caso que lo hubiere). Si bien, de acuerdo a los principios generales del derecho tributario internacional, debería ser a nivel del país del vendedor, la Circular N° 14 sugiere que esta opción del contribuyente implica una ficción de entender –para todos los efectos tributarios– que la venta la realiza la compañía extranjera que tiene directamente los activos en Chile (nota al pie N° 8 de esa circular). De la misma forma, la Circular N° 14 tampoco fue clara en determinar a qué nivel debían operar los requisitos del hoy extinto Régimen Único del Impuesto de Primera Categoría en las ganancias de capital: ¿Quién debía tener las acciones más de 1 año? ¿El vendedor extranjero en la target extranjera que se vende o el extranjero que tenía directamente las acciones en Chile en relación a esas acciones?

<sup>97</sup> Con este cambio, el SII sigue a RUST (2015), *Ibíd.* (ver nota al pie N° 95 anterior).



Lo anterior, representaba un avance. Primero, porque los Artículos 21 de los Convenios firmados por Chile oscurecen y no se hacen cargo del tema. Y, segundo, porque se reconoció que el efecto de los Convenios en la aplicación de las normas de venta indirecta podía ser distinto según el tipo de Artículo 13 (o, bajo mi enfoque, según el tipo de modificaciones al Artículo 13 del modelo de Convenio de la OCDE).

Sin embargo, luego la Circular N° 59 hace un análisis que puede estimarse como correcto o no, según la posición que se tenga respecto a la controversia analizada en este artículo: citando como ejemplo el Convenio con España, el SII señala que la tasa reducida de 16% en venta directa de acciones también está disponible en ventas indirectas<sup>98</sup>, en la medida que se cumplan los dos requisitos que establece el Convenio para la aplicación de dicha tasa<sup>99</sup>.

Descartándose la posibilidad de hacer una distinción entre este tipo de Convenios (Grupo C) y los que no establecen tasa máxima (Grupo B) por las consideraciones efectuadas anteriormente, la

---

<sup>98</sup> La posibilidad de aplicar una tasa reducida de Convenio no se mencionó en los ejemplos que da la Circular N° 14 –antes analizada– a propósito de la opción de tributar como si los activos subyacentes en Chile se hubieran vendido directamente. No obstante ello, del Oficio N° 1481 del 22 de agosto de 2014 (tres meses antes de la Circular N° 59), se desprende más claramente esta posibilidad, aunque sin mencionar expresamente lo de la tasa reducida.

<sup>99</sup> Hay 4 temas en relación a la tasa reducida de 16% del Convenio con España que no están suficientemente claros en la Circular N° 59. Primero, en relación al requisito de que el vendedor no posea un 20% o más de la sociedad vendida, no queda claro si la Circular N° 59 no menciona la contra-regla del protocolo del Convenio por parecerle innecesario dar más detalles o por estimar que dicha contra-regla sólo está disponible en ventas directas (estimo que debiese ser lo primero). Segundo, la Circular N° 59 no menciona en qué país está el vendedor (pareciera serle irrelevante), lo que es consistente con la ficción en esta materia (ver nota al pie N° 26 anterior en relación a la Circular N° 14). Si bien podría desprenderse –de una interpretación literal de la Circular N° 59– que lo relevante es el Convenio (si existe) del país de la sociedad target extranjera que se vende, una interpretación armónica de la circular lleva a concluir que lo relevante es el país de la sociedad extranjera que tiene directamente los activos en Chile. Tercero, la Circular N° 59 no señala si para acceder a la tasa reducida de 16%, el contribuyente debe optar por tributar como si los activos subyacentes en Chile se hubieran vendido directamente (o pasa a ser irrelevante tras el cambio de criterio en siempre es aplicable el Artículo 13 de los Convenios). Y, cuarto, en caso de ser necesaria esa opción, no queda claro si la misma está o no vinculada a la elección en materia de costos (en mi opinión son dos elecciones independientes).

ventana de ambigüedad que había dejado la Circular N° 14 respecto al Artículo 13 se cerró completamente en la Circular N° 59: aún en los Convenios con una norma de clausura en favor del país de la residencia a nivel de las ganancias de capital (Grupo B y Grupo C, que son los controvertidos), el SII señalaba que Chile sí podía gravar las ventas indirectas.

Lamentablemente, el SII nuevamente no explicó por qué llegó a esa conclusión.

#### 8. *Fase Final de la Controversia*

La palabra final sobre este tema la tendrán las Cortes cuando conozcan el caso de un contribuyente que sea fiscalizado desafiando la legalidad de la interpretación del SII en esta materia<sup>100</sup>.

Debiera ser ese el momento en que el SII explique con más detalle su postura y se explicita en un proceso formal la postura de muchos tributaristas (dentro de los que me incluyo) que opinan que los Convenios del Grupo B y Grupo C excluyen la aplicación de las normas de venta indirecta.

---

<sup>100</sup> A la fecha de esta columna sólo tengo conocimiento de solicitudes de devolución de impuestos pagados en ventas indirectas –habiendo un Convenio aplicable– que han sido rechazadas por el SII y se encuentran en fase de reclamo ante los Tribunales Tributarios Aduaneros. Dichos procesos, sin embargo, están sujetos a una reserva parcial que impiden que sean analizados.