

APLICACIÓN DE LOS CONVENIOS DE DOBLE TRIBUTACIÓN RESPECTO DE RENTAS OBTENIDAS POR O A TRAVÉS DE ENTIDADES FISCALMENTE TRANSPARENTES: INTERROGANTES Y REFLEXIONES RESPECTO DEL OFICIO N°282 DE 2020

GONZALO SUFFIOTTI CISTERNAS¹⁹⁶

RESUMEN

La aplicación de los beneficios de los CDTI respecto de rentas obtenidas por o a través de entidades fiscalmente transparentes ha sido objeto de extenso debate técnico y académico en el exterior. En Chile, la discusión académica y desarrollo jurisprudencial parece ser incipiente. La Ley N° 21.210 de febrero de 2020 introdujo un régimen de transparencia fiscal en Chile. Adicionalmente, normas sobre entidades fiscalmente transparentes están siendo incorporadas en los nuevos CDTI de Doble Tributación suscritos por Chile y serán incluidas en otros CDTI vigentes a través de la convención multilateral para la implementación de las medidas BEPS (MLI) de la OCDE. Este es un tema de interés creciente en Chile y una muestra de ello es el Oficio N°282 de 2020 del SII. Este artículo analiza algunos aspectos generales sobre la aplicación de beneficios de CDTI respecto de rentas obtenidas por o a través de entidades fiscalmente transparentes y, en particular, analiza la situación descrita en el Oficio N°282 de 2020 del SII, proponiendo ciertas interrogantes y reflexiones.

PALABRAS CLAVES: entidades transparentes, BEPS, Acción 2, MLI

INTRODUCCIÓN

La aplicación de los beneficios de los CDTI respecto de rentas obtenidas por o a través de entidades fiscalmente transparentes ha sido objeto de extenso debate técnico y académico en el exterior.¹⁹⁷ En contraste, la discusión académica y desarrollo juris-

¹⁹⁶ Abogado, Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile. LLM in Taxation, London School of Economics & Political Science. Advanced LLM in International Taxation, Leiden University. Correo electrónico: gsuffiotti@gmail.com

¹⁹⁷ Entre otros: AVERY JONES, J., DE BROE, L. et al. Characterization of Other States' Partnerships for Income Tax, *Bull. Intl. Taxn.* Vol. 56, issue 7, (IBFD) 2002. DANON, R. Qualification of

prudencial sobre el tema en Chile parece incipiente.¹⁹⁸ Sin embargo, ciertos eventos recientes revelan que este tema adquirirá mayor relevancia en el futuro próximo.

La Ley N° 21.210 de febrero de 2020 que Moderniza la Legislación Tributaria (la “Ley de Modernización Tributaria”) introdujo un régimen de transparencia tributaria en el art. 14D (8) de la LIR que recoge las características fundamentales de un régimen de transparencia fiscal, esto es, la entidad transparente no se encuentra sujeta a impuesto corporativo, sino que son los socios o accionistas de dicha entidad los que se encuentran afectos a impuestos finales, i.e. IGC o IA.

Adicionalmente, en el marco del proyecto BEPS, la OCDE publicó el año 2015 el reporte final de la Acción 2 destinada a neutralizar los efectos de los mecanismos híbridos (“Acción 2”).¹⁹⁹ La Acción 2, entre otras materias, propuso ciertas modificaciones al Modelo de Convenio Tributario sobre la Renta y sobre el Patrimonio (“Modelo OCDE”) y a sus comentarios,²⁰⁰ para asegurar que la renta de entidades transparentes sea tratada, para efectos de la aplicación de un CDTI, en conformidad a los principios establecidos en el reporte denominado “*The Application of the OECD Model Tax Convention to Partnerships*” (“Partnership Report”) publicado por la OCDE el año 1999.

Según se explica en la sección 2.2., con anterioridad al proyecto BEPS, un número aislado de CDTI concluidos por Chile contenían normas relativas a entidades fiscalmente transparentes. Luego de la publicación de los reportes finales de las acciones del proyecto BEPS, se han ido incorporando normas sobre entidades fiscalmente transparentes en ciertos Convenios concluidos recientemente por Chile. Asimismo, como se explica en la sección 2, se espera que las recomendaciones propuestas por la Acción 2 se incorporen en otros CDTI vigentes en Chile a través de la convención multilateral para la implementación de las medidas BEPS (el “MLI”), una vez que el MLI entre en vigor en Chile y en los otros países con los cuales Chile haya suscrito un CDTI cubierto por el MLI.²⁰¹

Taxable Entities and Treaty Protection, Bull. Intl. Taxn. Vol. 68, issue 4/5, (IBFD) 2014. LANG, M. & STARINGER, C. General Report, Qualification of taxable entities for treaty protection, International Fiscal Association (IFA) Cahiers de Droit Fiscal International, vol. 99b (2014).

¹⁹⁸ GARFIAS, G. & YAÑEZ, F. Qualification of taxable entities for treaty protection, International Fiscal Association (IFA) Cahiers de Droit Fiscal International, vol. 99b (2014).

¹⁹⁹ OECD. Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2 - 2015 Final Report (en adelante, la “Acción 2”), OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD 2015.

²⁰⁰ La Acción 2 propone un nuevo Art. 1(2) del Modelo OCDE y nuevos comentarios al Art. 1 (párrafos 26.3-16). Acción 2, Cap. 14.

²⁰¹ El MLI es un instrumento diseñado por la OCDE para la implementación coordinada de los cambios propuestos por el proyecto BEPS en los CDTI bilaterales, evitando que los países tengan que negociar bilateralmente las modificaciones de cada CDTI. El MLI modificará la aplicación de miles de CDTI bilaterales. También permitirá implementar estándares mínimos acordados para contrarrestar el abuso de los CDTI y mejorar los mecanismos de resolución de conflictos. OECD, Multilateral Convention to Implement Tax Treaty Related Measures to Prevent Base Erosion and Profit Shifting, 2016.

De esta manera, la aplicación de los beneficios de CDTI a las entidades fiscalmente transparentes es un tema que seguramente dará que hablar entre expertos, académicos, autoridad tributaria y jurisprudencia en Chile. Una muestra de esto es el Oficio N°282 de 2020 (el “Oficio 282”) del SII, que analiza la aplicación de los beneficios del Convenios con Dinamarca respecto de los socios (residentes en Dinamarca) de una entidad establecida en Alemania que es considerada como fiscalmente transparente para efectos daneses.

I ALGUNOS CONCEPTOS PRELIMINARES PARA ENTENDER EL PROBLEMA

Existen ciertos conceptos que son fundamentales para entender el Oficio N°282 y los desafíos interpretativos que presenta.

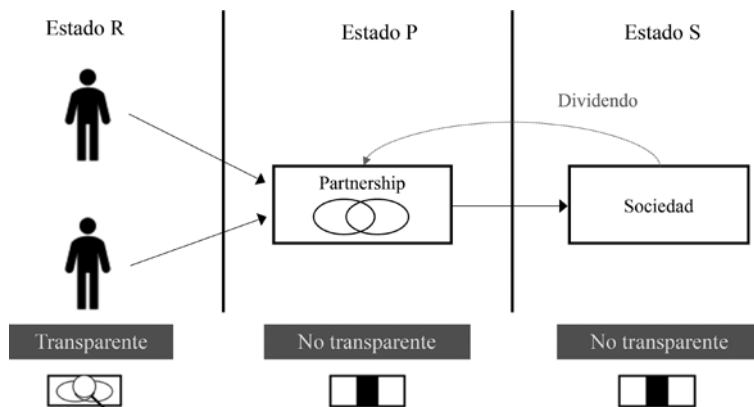
- Entidad o instrumento fiscalmente transparente: conforme a la ley local de un Estado no se aplica impuesto corporativo a nivel de dicha entidad o instrumento, sino que a nivel de las personas que tienen un interés patrimonial en dicha entidad o instrumento (i.e. miembros o socios).²⁰²
- Entidad o instrumento opaco o no transparente: conforme a la ley local de un Estado, el impuesto corporativo se debe aplicar a nivel de la entidad o instrumento y no a nivel de las personas que tienen un interés patrimonial en dicha entidad o instrumento.²⁰³
- Conflicto de asignación (*conflict of allocation*): se produce cuando un Estado considera a una entidad o instrumento como fiscalmente transparente y atribuye una determinada renta a los miembros o socios, mientras que el otro Estado considera a la misma entidad o instrumento como no transparente y atribuye la misma renta a dicha entidad o instrumento (y no a los miembros o socios).
- Conflicto de clasificación de entidades o instrumentos: se produce cuando una misma entidad o instrumento es considerada como fiscalmente transparente bajo la ley de un Estado y, al mismo tiempo, como fiscalmente no transparente (i.e. opaca) bajo la ley de otro Estado.²⁰⁴

²⁰² Normalmente, bajo un régimen de transparencia el monto del impuesto a pagar sobre todo o una parte de la renta una entidad se determina en relación con las características personales de la persona que tiene derecho a esa parte (e.g. si la persona está sujeta a impuestos o no; deducciones personales a las que tiene derecho y tasa impositiva aplicable a esa persona). El hecho de que las rentas se calculen a nivel de la entidad y luego se asigne la parte que corresponde a la persona no afecta la calificación de la entidad como transparente. OECD, Model Tax Convention on Income and on Capital: Commentary on Article 1, para. 9 (21 Nov. 2017).

²⁰³ BERGEDAHL, C. Hybrid Entities and the OECD Model (2017): The End of the Road?, Bull. Intl. Taxn., Vol. 72, issue 7, (IBFD) 2017, p. 417, sec. 1.

²⁰⁴ Un “conflicto de asignación” deriva a su vez de un “conflicto de clasificación”. DANON, R., Qualification of Taxable Entities and Treaty Protection, Bull. Intl. Taxn., Vol. 68, issue 4/5, (IBFD) 2014, p. 193, sec. 3.1.

Ejemplo:



En este caso, el Estado S y el Estado P consideran a la *partnership* como una entidad no transparente para efectos fiscales y, en consecuencia, atribuyen a la *partnership* el dividendo que distribuye la Sociedad en el Estado S. Por su parte, el Estado R considera que la *partnership* es fiscalmente transparente y, en consecuencia, le atribuye el dividendo a los socios residentes en el Estado R. La situación anterior da origen a un conflicto de asignación, ya que una misma renta (i.e. dividendo) es atribuida por distintos países a contribuyentes diferentes (i.e. Estado S y el Estado P atribuyen el dividendo a la *partnership*, mientras que el Estado R se lo atribuye a los socios residentes en el Estado R).

Este conflicto de asignación, a su vez, deriva de un conflicto de clasificación (i.e. el Estado S y el Estado P clasifican a la *partnership* como una entidad no transparente para efectos fiscales, mientras que el Estado R clasifica a la misma entidad como fiscalmente transparente).

II EL PROYECTO BEPS, LAS ENTIDADES TRANSPARENTES Y LOS CDTI SUSCRITOS POR CHILE

Impacto de la Acción 2 en el Modelo OCDE y el MLI

En el marco del proyecto BEPS, la OCDE publicó el año 2015 el reporte final de la Acción 2 destinada a neutralizar los efectos de los mecanismos híbridos. La Acción 2, entre otras materias, propuso ciertas modificaciones al Modelo OCDE y a sus comentarios.²⁰⁵ En términos generales, las modificaciones propuestas por la Acción 2 en este contexto tienen por objeto asegurar que la renta de entidades transparentes

²⁰⁵ La Acción 2 propone un nuevo Art. 1.2 del Modelo OCDE y nuevos comentarios al Art. 1, párrafos 26.3-16. Acción 2, Cap. 14.

sea tratada, para efectos de la aplicación de los beneficios de un CDTI, en conformidad a los principios establecidos en el *Partnership Report* publicado por la OCDE el año 1999.²⁰⁶

Estos cambios buscan asegurar que los beneficios de un CDTI sean otorgados únicamente cuando la renta de una entidad o instrumento transparente sea tratada para efectos tributarios como la renta de un residente de un Estado contratante y que, a su vez, sean denegados cuando ninguno de los Estados contratantes trata, bajo su ley interna, a la renta de la entidad o instrumento transparente como la renta de uno de sus residentes.²⁰⁷

Los cambios propuestos por la Acción 2 dieron origen al nuevo art. 1(2) que se incorporó en el Modelo OCDE del año 2017. Esa nueva norma que incorpora el Modelo OCDE va a servir de base para los CDTI que se negocien en el futuro.

El nuevo art. 1(2) del Modelo OCDE establece que:

*“Para los propósitos de esta Convención, la renta derivada por o a través de una entidad o instrumento considerado en su totalidad o en parte como fiscalmente transparente conforme a la legislación fiscal de cualquiera de las Estados Contratantes, serán consideradas rentas de un residente de un Estado Contratante, pero únicamente en la medida en que esas rentas se consideren, a los efectos de su imposición por ese Estado Contratante, como rentas de un residente de ese Estado Contratante”.*²⁰⁸

Por su parte, el art. 3(1) del MLI contiene una disposición sobre entidades transparentes similar al art. 1(2) del Modelo OCDE 2017.²⁰⁹ La norma del MLI busca incorporar los cambios propuestos por la Acción 2 en CDTI que ya se encuentran vigentes, en la medida que califiquen como CDTI cubiertos por el MLI, que ambos Estados contratantes hayan optado por incluir dicha disposición sobre entidades transparentes y que el MLI entre en vigor en los dos Estados contratantes.²¹⁰

La norma incluida en el Modelo OCDE 2017 y en el MLI (en línea con el enfoque del *Partnership Report*), busca generar consistencia en la aplicación de los CDTI

²⁰⁶ OECD. The Application of the OECD Model Tax Convention to Partnerships (en adelante, el “Partnership Report”), Issues in International Taxation, No. 6, 1999.

²⁰⁷ Acción 2, Cap. 14, parag. 43.5.

²⁰⁸ Traducción adaptada de la versión en español del MLI. [en línea]: <<https://www.oecd.org/tax/treaties/beps-multilateral-instrument-text-translation-spanish.pdf>> [consulta: 01 de octubre de 2020].

²⁰⁹ El art. 3(1) del MLI establece que: “A los efectos de un CDTI fiscal cubierto, las rentas obtenidas por o a través de una entidad o instrumento considerado en su totalidad o en parte como fiscalmente transparente conforme a la legislación fiscal de cualquiera de las Jurisdicciones contratantes, serán consideradas rentas de un residente de una Jurisdicción contratante, pero únicamente en la medida en que esas rentas se consideren, a los efectos de su imposición por esa Jurisdicción contratante, como rentas de un residente de esa Jurisdicción contratante”.

²¹⁰ En general, un CDTI es cubierto por el MLI cuando ambos estados contratantes han notificado el respectivo CDTI como un CDTI cubierto conforme al art. 2(1)(a)(ii) del MLI. Esta norma no constituye un estándar mínimo del proyecto BEPS, por lo que un CDTI cubierto por el MLI será modificado por la nueva disposición del art. 3(1) en la medida que los dos estados contratantes hayan optado por aplicar dicho artículo.

frente a un conflicto de asignación. En particular, conforme a dicha norma, para el otorgamiento de los beneficios de un CDTI, el estado fuente debe tomar en consideración el tratamiento tributario aplicado por el país de residencia sobre las rentas derivadas por o a través de una entidad o instrumento total o parcialmente transparente.²¹¹ De esta manera, los beneficios de un Convenio deben otorgarse cuando las rentas derivadas por o a través de una entidad o instrumento total o parcialmente transparente son tratadas, para efectos tributarios, como rentas de un residente en el otro estado contratante.

Este principio consistente en que el estado fuente debe considerar el tratamiento tributario de las rentas en el estado de residencia para determinar si procede o no aplicar los beneficios de un Convenio, está consagrado como regla general en el *Partnership Report* (el “Enfoque General”):²¹²

“(…) el estado fuente, al aplicar la Convención cuando se trate de partnerships, debe tomar en cuenta, como parte del contexto fáctico en que la Convención es aplicada, la forma en que una categoría de renta que deriva de su jurisdicción es tratada en la jurisdicción del contribuyente que reclama los beneficios del tratado como residente” (traducción libre).²¹³

Entidades transparentes en la red de CDTI de Chile

En general, los CDTI concluidos por Chile con anterioridad al proyecto BEPS no incluyen una norma específica sobre otorgamiento de beneficios respecto de rentas obtenidas por o a través de entidades transparentes. Excepcionalmente, el art. 4 de los Convenios con Nueva Zelanda,²¹⁴ Suecia,²¹⁵ Sudáfrica²¹⁶ y el Reino Unido²¹⁷ contienen normas sobre entidades transparentes. Una norma similar existe en el protocolo del CDTI suscrito (pero no vigente) con Estados Unidos.

Por su parte, la norma contenida en el art. 1(2) del Modelo OCDE 2017 sobre entidades transparentes ha sido incluida en algunos de los CDTI concluidos recientemente por Chile (e.g., Convenios vigentes con Japón y Uruguay, y CDTI suscritos recientemente con Emiratos Árabes Unidos e India).

Adicionalmente, el MLI modificará la aplicación de ciertos CDTI cubiertos respecto del otorgamiento de beneficios con relación a rentas obtenidas por o a través de entidades transparentes. En particular, conforme al art. 3(5)(b) del MLI, Chile se reservó el derecho de no aplicar el art. 3(1) del MLI sobre entidades transparentes únicamente respecto de los CDTI cubiertos que ya contienen una disposición

²¹¹ NIKOLAKAKIS, et al. Some Reflections on the Proposed Revisions to the OECD Model and Commentaries, and on the Multilateral Instrument, with Respect to Fiscally Transparent Entities – Part 1, Bull. Intl. Taxn. Vol. 71, issue 9, (IBFD) 2017, sec. 2.2.

²¹² En particular, el Partnership Report dio origen a los párrafos 2 a 6.7 de los comentarios al art. 1 que se incorporaron en la modificación al Modelo OCDE del año 2000.

²¹³ OECD, Partnership Report, p. 53.

²¹⁴ Art. 4(4).

²¹⁵ Art. 4(1).

²¹⁶ Art. 4(3).

²¹⁷ Art. 4(4).

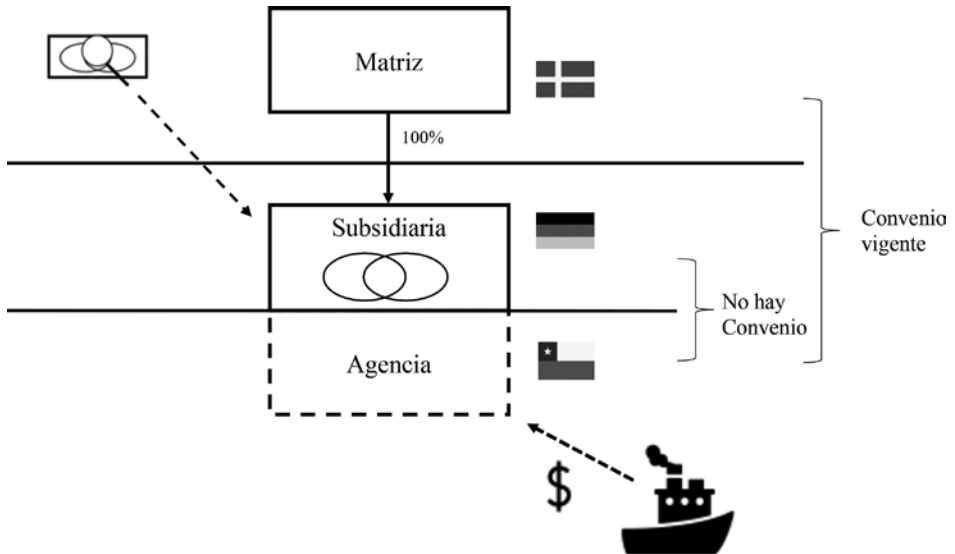
aplicable a entidades transparentes (i.e. Nueva Zelanda, Reino Unido, Suecia, Japón, Sudáfrica, Estados Unidos de América y Uruguay). En consecuencia, el art. 3(1) del MLI se aplicará respecto de aquellos CDTI cubiertos en que el otro estado contratante no se haya reservado la aplicación del art. 3(1) del MLI (i.e. CDTI suscritos con Argentina, Australia, Bélgica, Dinamarca, España, Irlanda, Malasia, México, Noruega, Polonia y Rusia).

En consecuencia, 20 de los 36 CDTI (55%) suscritos por Chile (vigentes y no vigentes) incluyen o incluirán una norma sobre aplicación de beneficios de CDTI respecto de rentas obtenidas por o a través de entidades transparentes.

III EL CASO DEL OFICIO N°282

El caso del Oficio N°282 involucra una empresa danesa (la “Matriz”) que tiene el 100% de una subsidiaria en Alemania (la “Subsidiaria”) que, a su vez, tiene una agencia en Chile (la “Agencia”) que desarrolla actividades de transporte marítimo de carga en Chile en representación de la Subsidiaria.

De acuerdo con los antecedentes del Oficio N°282, producto de la adquisición del 100% de la participación societaria de la Subsidiaria, ésta sería tratada para efectos impositivos daneses como una entidad transparente. En consecuencia, siendo la Agencia una extensión de la Subsidiaria en territorio chileno, bajo la ley tributaria danesa, todas las rentas obtenidas por la Agencia en Chile se considerarían como parte de las rentas por las cuales la Matriz debe tributar en Dinamarca.



El contribuyente solicitó al SII confirmar que, en el caso expuesto, resultan aplicables las normas del Convenio entre Chile y Dinamarca, particularmente el art. 8 sobre “beneficios del tráfico internacional”, en consideración a que la Subsidiaria sería una entidad transparente, y la Matriz tributaria en Dinamarca por las rentas obtenidas por la Subsidiaria a través de su Agencia en Chile.²¹⁸

El SII concluyó en el Oficio N°282 que: “(...) *de comprobarse que Alemania trata el ente (Subsidiaria) como transparente y que Dinamarca efectivamente grava la renta porque la entidad en dicha jurisdicción (Matriz) se encuentra sujeta al principio de tributación por rentas de fuente mundial (incluyendo aquella parte que le corresponde por su participación en la referida entidad alemana), es decir, sea considerado como residente danés para efectos del CDTI, podrá impetrar los beneficios del mismo*”.

IV REFLEXIONES E INTERROGANTES DERIVADAS DEL OFICIO N°282

El Oficio N°282 representa un hito importante, ya que es la primera vez que el SII alude explícitamente a la aplicación de los principios contenidos en el *Partnership Report* para determinar la aplicación de los beneficios de un CDTI. En particular, el caso del Oficio N°282 presenta ciertas similitudes con el ejemplo 10 del *Partnership Report*.

Si bien la conclusión del Oficio N°282 parece ser correcta, existen una serie de reflexiones e interrogantes en torno a este pronunciamiento del SII.

¿El criterio del Oficio N°282 podría aplicar respecto de otros CDTI?

El Convenio Chile-Dinamarca será modificado por el art. 3(1) del MLI y, en consecuencia, incorporará una norma sobre otorgamiento de beneficios respecto de rentas obtenidas por o a través de entidades transparentes. Sin embargo, el MLI aún no ha sido ratificado por Chile y, en consecuencia, dicha norma no está vigente.

La aplicación directa del *Partnership Report* que efectúa el Oficio N°282 lleva a preguntarse si el criterio contenido en dicho Oficio pudiera aplicar no sólo con respecto a los CDTI que serán modificados por el Art. 3(1) del MLI, sino que también con respecto a otros Convenios vigentes en Chile que no contienen una norma sobre entidades transparentes (e.g. respecto de CDTI no cubiertos por el MLI o respecto

²¹⁸ Este artículo no aborda la tributación de las rentas del transporte internacional regulada en el art. 8 de los CDTI. En general, el Art. 8 del CDTI con Dinamarca es una norma distributiva especial que se aplica con preferencia al Art. 7, en virtud de lo dispuesto en el Art. 7(7) del CDTI con Dinamarca. El Art. 8 del Modelo OCDE constituye una excepción al principio contenido en el Art. 7, por cuanto las rentas del transporte internacional tributan exclusivamente en el país de residencia de la empresa (de acuerdo con la modificación incorporada por el Modelo OCDE 2017), aun cuando dichas rentas puedan atribuirse a un establecimiento permanente de la empresa en el otro estado contratante. VOGEL, K. *Double Taxation Conventions*, 4th ed., The Netherlands, E. Reimer & A. Rust eds., Wolters Kluwer 2015, p. 551, para. 15.

de CDTI cubiertos por el MLI, pero respecto de los cuales la posición de Chile no coincide con la del otro estado contratante²¹⁹).

En el Oficio N°1522 de 2019, el SII se refirió a los comentarios sobre entidades transparentes contenidos en el art. 1 del Modelo OCDE 2014, como asimismo a la nueva norma incorporada en el art. 1(2) del Modelo OCDE 2017. El Oficio N°1552 de 2019 se refiere a una sociedad de profesionales formada conforme a la ley chilena que obtiene rentas desde Brasil.

El SII señaló que la sociedad de profesionales chilena debía calificar como una entidad transparente, ya que la entidad no se encuentra en sí misma afecta a impuestos en Chile,²²⁰ sino que la tributación recae sobre sus socios.²²¹ De esta manera, concluye el SII, los socios de la sociedad de profesionales debieran tener derecho a invocar los beneficios del CDTI con Brasil, en la medida que acrediten ser residentes en Chile en los términos del art. 4 del CDTI.

Brasil es uno de los países que no ha suscrito el MLI. En consecuencia, el Convenio entre Chile y Brasil no califica como un Convenio cubierto por el MLI. Por lo tanto, este CDTI no será modificado por dicho instrumento y, en particular, por la disposición del art. 3(1) del MLI sobre entidades transparentes.

No es claro si Brasil (país fuente) accedería a otorgar los beneficios del CDTI con Chile a los socios de la sociedad de profesionales en Chile basado en los principios del *Partnership Report* (siguiendo un criterio similar al que plantea el Oficio N°1522 de 2019). Sin embargo, este Oficio revela que el SII buscaría extender la aplicación de los principios del *Partnership Report* incluso respecto de CDTI que no contienen una norma sobre entidades transparentes (e.g. CDTI no cubiertos por el MLI).

¿Por qué es relevante la clasificación de las entidades extranjeras?

Un tempo fundamental para la aplicación de un CDTI respecto de rentas obtenidas por o a través de entidades transparentes es la clasificación de las entidades extranjeras bajo la ley interna. La clasificación de una entidad extranjera como opaca o transparente tiene relevancia global, ya que se trata de una definición clave tanto desde la perspectiva del país de fuente de la renta como del país de residencia del contribuyente que invoca el beneficio de un CDTI.

²¹⁹ Por ejemplo, los Convenios con Austria, Canadá, Colombia, Croacia, entre otros.

²²⁰ El Oficio N°1522 de 2019 señala que *“las sociedades de profesionales cuya renta se clasifica en el artículo 42 N° 2 de la LIR, si bien quedan incluidas en la definición de personas que contempla el Convenio, no cumplen con el requisito de ser residentes, por cuanto, dichas sociedades no están afectas a los impuestos anuales a la renta. Estas sociedades solo deben presentar el formulario 22 de Declaración de Impuestos Anuales a la Renta para los efectos de declarar las rentas obtenidas en su actividad durante el ejercicio comercial respectivo, y las retenciones y/o pagos provisionales obligatorios a que tuvieron sujetas en el mismo periodo”*.

²²¹ En particular, el Oficio N°1522 de 2019 señala que *“Respecto de la renta originada en una sociedad de profesionales clasificada en el artículo 42 N° 2 de la LIR, esta se atribuye a sus socios personas naturales, quienes quedan sujetos al pago de los Impuestos Global Complementario o Adicional, según corresponda, en el mismo ejercicio en que se percibe”*.

Por ejemplo, para el país fuente la clasificación de una entidad extranjera puede ser relevante para determinar si dicha entidad o sus socios o propietarios tienen derecho a invocar los beneficios de un CDTI (e.g. una tasa reducida, no discriminación, etc.).

Los temas de clasificación también pueden ser desde la perspectiva del país de residencia. Por ejemplo, la calificación de una entidad extranjera puede ser relevante para determinar el tipo de renta que se grava (i.e. rentas empresariales obtenidas directamente por un residente versus dividendos), el momento en que se debe aplicar impuestos (i.e. cuando la renta se genera o cuando se distribuye), la renta que se obtiene en caso de enajenación (i.e. ganancia por venta de activos o venta de participación societaria, que pueden tener distintos costos y tratamiento tributario), entre otros. Bajo ciertas circunstancias, los temas de clasificación pueden incluso ser relevantes respecto de entidades formadas en el propio país de residencia. Por ejemplo, en el Oficio N°1522 de 2019, el SII abordó el problema desde la perspectiva de Chile (i.e. país de residencia) respecto de una sociedad de profesionales chilena.²²²

Existen diversos modelos para calificar a las entidades extranjeras como transparentes u opacas, por ejemplo: (a) considerar a todas las entidades extranjeras como opacas;²²³ (b) atender a las clasificaciones de derecho privado del país de formación o a si las entidades extranjeras tienen o no personalidad jurídica en el país de formación;²²⁴ (c) considerar el tratamiento tributario aplicable a las entidades extranjeras en el país de formación (i.e. si son consideradas o no como contribuyentes);²²⁵ (d) asimilar a las entidades extranjeras a las categorías más similares de la ley interna;²²⁶ (e) calificar a las sociedades extranjeras como transparentes u opacas a elección del contribuyente.²²⁷

²²² En el Oficio N°1522 de 2019, el SII señaló que las sociedades de profesionales, si bien califican como personas, no calificarían como residentes para efectos de un CDTI porque no están afectas a impuestos anuales a la renta (i.e. tributan los socios con impuesto global complementario o impuesto adicional en base atribuida en el ejercicio de percepción).

²²³ Este es, por ejemplo, el caso de Italia. AVERY JONES, J., DE BROE, L. et al. Characterization of Other States' Partnerships for Income Tax, Bull. Intl. Taxn. Vol. 56, issue 7, (IBFD) 2002, sec. 3. LANG, M. & STARINGER, C. General Report. Qualification of taxable entities for treaty protection, International Fiscal Association (IFA) Cahiers de Droit Fiscal International, vol. 99b, sec. 2.3.2. (2014).

²²⁴ DANON, R. Qualification of Taxable Entities and Treaty Protection, Bull. Intl. Taxn. Vol. 68, issue 4/5, (IBFD) 2014, sec. 2.

²²⁵ Por ejemplo, este es el caso de República Checa y Hungría. LANG, M. & STARINGER, C. General Report, Qualification of taxable entities for treaty protection, International Fiscal Association (IFA) Cahiers de Droit Fiscal International, vol. 99b, sec. 2.3.5. (2014). DANON, R. Qualification of Taxable Entities and Treaty Protection, Bull. Intl. Taxn. Vol. 68, issue 4/5, (IBFD) 2014, sec. 2.

²²⁶ Por ejemplo, este es el caso de Holanda, Alemania y España. LANG, M. & STARINGER, C. General Report, Qualification of taxable entities for treaty protection, International Fiscal Association (IFA) Cahiers de Droit Fiscal International, vol. 99b, sec. 2.3.2. (2014).

²²⁷ Por ejemplo, el régimen *check-the-box* en Estados Unidos, bajo el cual los contribuyentes pueden elegir tratar a las entidades extranjeras como opacas o transparentes, salvo ciertas entidades incluidas en una lista que deben ser siempre tratadas como opacas (corporations) para efectos tributarios. J. Avery Jones, L. De Broe et al. Characterization of Other States' Partnerships for

¿Cuál es la postura de Chile respecto de la clasificación de entidades extranjeras?

No existe regulación legal expresa en Chile para la clasificación de entidades extranjeras como transparentes u opacas para efectos tributarios.

El Oficio N°282 se aproximaría a un modelo de clasificación de las entidades extranjeras que atiende a su tratamiento tributario. En efecto, el Oficio N°282 subordinaría la calificación de la entidad extranjera (i.e. como transparente u opaca) al tratamiento tributario aplicable en Alemania y Dinamarca respecto de la sociedad extranjera (la Subsidiaria) y su accionista (la Matriz).²²⁸ Esta misma línea parece seguir el Oficio N°1552 de 2019 en que el SII califica a una sociedad de profesionales chilena como una de entidad transparente, en consideración a que dicha sociedad no se encuentra afecta a impuesto a la renta, y que la tributación se aplica a nivel de sus socios.²²⁹

No obstante, en ciertos pronunciamientos previos, sin referirse explícitamente a la calificación de las entidades extranjeras, el SII parece haber seguido un enfoque bajo el cual las entidades extranjeras calificarían como entidades tributarias opacas o no transparentes en Chile, aun cuando dichas entidades fueran clasificadas como entidades transparentes bajo la legislación extranjera.²³⁰

Como se indicó, la clasificación de una entidad extranjera como transparente u opaca para efectos tributarios puede producir consecuencias relevantes, e.g.,

Income Tax, Bull. Intl. Taxn. Vol. 56, issue 7, (IBFD) 2002, sec. 3.4. M. Lang & C. Staringer, General Report, Qualification of taxable entities for treaty protection, International Fiscal Association (IFA) Cahiers de Droit Fiscal International, vol. 99b, sec. 2.3.2. y 2.3.6. (2014).

²²⁸ El Oficio N°282 señala que “*será necesario que la Autoridad Competente de Chile cuente con la información suficiente por parte de Dinamarca y Alemania, a fin de verificar que efectivamente el residente (el socio danés en este caso) es el sujeto de impuestos y que la entidad alemana es transparente para efectos del CDTI entre Dinamarca y Chile, en las correspondientes instancias de fiscalización*”.

²²⁹ En la Circular 71 de 2016 el SII parece tratar a los fondos de inversión como entidades transparentes, pero únicamente respecto del aprovechamiento de créditos por impuestos pagados en el exterior: “*La referencia efectuada a los artículos 41 A y 41 C de la LIR, tiene por finalidad hacer explícito que los fondos de inversión y fondos mutuos, y sus inversionistas, pueden contar con un mecanismo de determinación y asignación de créditos por impuestos pagados en el exterior, en las mismas condiciones que si los inversionistas hubieran obtenido las rentas directamente en esos países, ya sea que exista o no Convenio para evitar la doble tributación vigente. En el caso particular de las rentas obtenidas por fondos regulados por la LUF y que provengan de un país con el cual Chile mantiene un Convenio vigente para evitar la doble tributación internacional, tendrán derecho a utilizar como crédito los impuestos pagados en el extranjero por tales rentas, en conformidad a las reglas establecidas en el Art. 41 C de la LIR, sin que el fondo tenga que cumplir con el requisito de ser ‘residente’ para efectos de beneficiarse con el CDTI respectivo*”.

²³⁰ Por ejemplo, el Oficio N°1264 de 2010 establece que las rentas de una *limited liability company* (LLC), establecida bajo la ley de Estados Unidos y considerada como una entidad transparente bajo dicha legislación, deben reconocerse sobre base percibida en Chile, en conformidad al Art. 12 de la LIR. Por su parte, el Oficio 1781 de 2017 establece que las normas CFC establecidas en el Art. 41G de la LIR serían aplicables respecto de entidades extranjeras transparentes. A esta misma conclusión llega el reporte de Chile para el Congreso IFA de 2014 en Mumbai, India. GARFIAS, G. & YAÑEZ, F. Qualification of taxable entities for treaty protection, International Fiscal Association (IFA) Cahiers de Droit Fiscal International, vol. 99b, sec. 1.2.2. (2014).

denegación de tasas reducidas de un CDTI por parte del país fuente o aplicación de impuestos en el país de residencia por rentas derivadas en el exterior a través de una entidad transparente.

Considerando la relevancia de las consecuencias tributarias que podrían emanar de la clasificación de una entidad extranjera, surge la interrogante en torno a la necesidad de una regulación legal expresa sobre esta materia en Chile.

¿Qué postura debiera adoptar el SII si Alemania no calificara a la Subsidiaria como una entidad transparente en el caso del Oficio N°282?

El Oficio N°282 parece subordinar la aplicación del CDTI entre Chile y Dinamarca a que Alemania califique a la Subsidiaria como transparente. En particular, las conclusiones del Oficio N°282 señalan que:

“Luego, de comprobarse que Alemania trata el ente como transparente y que Dinamarca efectivamente grava la renta (...), podrá impetrar los beneficios del mismo”.

La pregunta que surge es qué pasa si Alemania califica a la Subsidiaria como una entidad no transparente. ¿Estaría Chile obligado a conceder los beneficios del CDTI con Dinamarca en tal caso?

La respuesta es sí, en la medida que Dinamarca considere a la Subsidiaria como una entidad transparente, y considere a las rentas de fuente chilena obtenidas por la Subsidiaria a través de su Agencia en Chile como rentas de la Matriz para efectos tributarios daneses.

En efecto, si Alemania clasificara a la Subsidiaria como una entidad opaca (no transparente) y Chile adoptara esa misma clasificación, y por otra parte, Dinamarca clasificara bajo su ley interna a la Subsidiaria como una entidad transparente y aplicara impuestos a nivel de la Matriz, se produciría un conflicto de asignación.²³¹ El conflicto de asignación derivaría de que tanto Chile como Alemania atribuirían las rentas a la Subsidiaria, mientras que Dinamarca atribuiría las mismas rentas a la Matriz. Este conflicto de asignación derivaría de un conflicto de clasificación respecto de la entidad (i.e. Chile y Alemania clasificarían a la entidad como opaca, mientras que Dinamarca la clasifica como transparente).²³²

Este razonamiento llevaría necesariamente a Chile a la conclusión de que el CDTI con Dinamarca no resultaría aplicable, ya que las rentas serían atribuibles un residente en Alemania (no en Dinamarca), mientras que Dinamarca consideraría que el CDTI con Chile es aplicable porque las rentas son atribuibles a un residente en Dinamarca (la Matriz).

²³¹ El conflicto de asignación se produce porque el estado de residencia de la Matriz (Dinamarca) atribuye las rentas a la Matriz, mientras que el estado fuente (Chile) atribuye las mismas rentas a la Subsidiaria en Alemania.

²³² El conflicto de clasificación se produce porque el estado de residencia de los accionistas (Dinamarca) califica a la entidad como transparente, mientras que el estado fuente (Chile) califica a la misma entidad como opaca.

Conforme al Enfoque General del *Partnership Report* y al nuevo Art. 1(2) del Modelo OCDE 2017, frente a este conflicto de asignación, para determinar si los beneficios del CDTI con Dinamarca son aplicables, el estado fuente (i.e. Chile) debe considerar la forma en que las rentas son tratadas en el país donde residen los contribuyentes que invocan los beneficios del CDTI (i.e. Dinamarca).

De esta manera, a diferencia de lo que parece sugerir el Oficio N°282, el CDTI con Dinamarca debiera resultar aplicable en la medida que Dinamarca trate las rentas obtenidas por la Subsidiaria a través de su Agencia en Chile como rentas de la Matriz para efectos tributarios en Dinamarca, independiente de la clasificación que efectúe Alemania respecto de la Subsidiaria. Esta es la postura que sigue el Modelo OCDE 2014 y 2017.²³³

¿Es la tributación “efectiva” en Dinamarca una condición para acceder a los beneficios del CDTI?

El Oficio N°282 parece subordinar la aplicación del CDTI entre Chile y Dinamarca a que Dinamarca grave “efectivamente” a la Matriz por las rentas obtenidas por la Subsidiaria a través de la Agencia en Chile. En particular, las conclusiones del Oficio N°282 señalan que:

“Luego, de comprobarse que (...) Dinamarca efectivamente grava la renta porque la entidad en dicha jurisdicción se encuentra sujeta al principio de tributación por rentas de fuente mundial (incluyendo aquella parte que le corresponde por su participación en la referida entidad alemana), es decir, sea considerado como residente danés para efectos del Convenio, podrá impetrar los beneficios del mismo”.

El Oficio N°282 no aclara qué se entiende por tributación efectiva en Dinamarca. Teóricamente, este problema podría surgir cada vez que se paga una renta a un residente de un Estado que contempla un régimen de exención (e.g. *participation exemption*) respecto de una determinada categoría de rentas, sujeto al cumplimiento de ciertos requisitos. Estos regímenes de exención son típicamente aplicados respecto de dividendos o ganancias de capital.²³⁴ El SII ha aceptado que una entidad extran-

²³³ El Modelo OCDE 2014 establece que “Where a partner is a resident of one State, the partnership is established in another State and the partner shares in partnership income arising in a third State then the partner may claim the benefits of the Convention between his State of residence and the State of source of the income to the extent that the partnership’s income is allocated to him for the purposes of taxation in his State of residence. OECD, *Model Tax Convention on Income and on Capital: Commentary on Article 1*, para. 6.5 (15 July 2014). La misma idea se reitera en el Modelo OCDE 2017: “as illustrated in example 2 of the report, it does not matter where the entity or arrangement is established: the paragraph applies to an entity established in a third State to the extent that, under the domestic tax law of one of the Contracting States, the entity is treated as wholly or partly fiscally transparent and income of that entity is attributed to a resident of that State”. OECD, *Model Tax Convention on Income and on Capital: Commentary on Article 1*, para. 7 (21 Nov. 2017).

²³⁴ Por ejemplo, los regímenes de *participation exemption* han proliferado en Europa y en Estados Unidos fue introducido por la *Tax Cuts and Jobs Act* en 2017. Ver: DLA Piper, *Participation Exemption* [en línea] <<https://www.dlapiperintelligence.com/goingglobal/tax/index.html?t=08-participation-exemption>> [consulta: 31 de julio de 2020].

jera que se beneficia de un régimen de exención de dividendos pueda calificar como residente para efectos del CDTI con Reino Unido.²³⁵

En particular, la pregunta (teórica) que surge a partir del Oficio N°282 es qué pasaría si la Matriz es una entidad sujeta a tributación sobre sus rentas de fuente mundial en Dinamarca, pero la renta específica que obtiene desde Chile se beneficia de régimen de exención en Dinamarca, sujeto al cumplimiento de ciertos requisitos. ¿Estaría Chile obligado a conceder los beneficios del CDTI con Dinamarca en tal caso?

El análisis de este tema sin duda excede los límites de este artículo, pero en general se aceptado que, incluso en ausencia de impuestos en el Estado de residencia como resultado de un régimen de exención particular (u otro tratamiento particular), es apropiado que el Estado fuente otorgue los beneficios del CDTI.²³⁶

¿Podría una entidad extranjera sujeta a reglas CFC calificar como entidad transparente?

Un problema sobre el cual se ha discutido en el ámbito internacional es si la nueva norma del art. 1(2) del Modelo OCDE 2017 (y el Enfoque General del *Partnership Report*) debiera alcanzar a entidades extranjeras sujetas a regímenes CFC.²³⁷ Se ha sostenido que es difícil distinguir la situación en que la renta de una entidad es atribuida a sus miembros porque la entidad extranjera es transparente versus que las mismas rentas puedan atribuirse a sus miembros porque la entidad extranjera está sujeta a las normas CFC.²³⁸

De esta manera, se ha señalado que desde una perspectiva de política tributaria podría ser conveniente extender el ámbito de aplicación del art. 1(2) del Modelo OCDE 2017 (y el Enfoque General del *Partnership Report*) a entidades extranjeras sujetas a regímenes CFC. Sin embargo, desde una perspectiva técnica, la posibilidad de extender el ámbito de aplicación del art. 1(2) depende de la forma en que opere el régimen CFC en la práctica.²³⁹

²³⁵ Oficio N°166 de 2017.

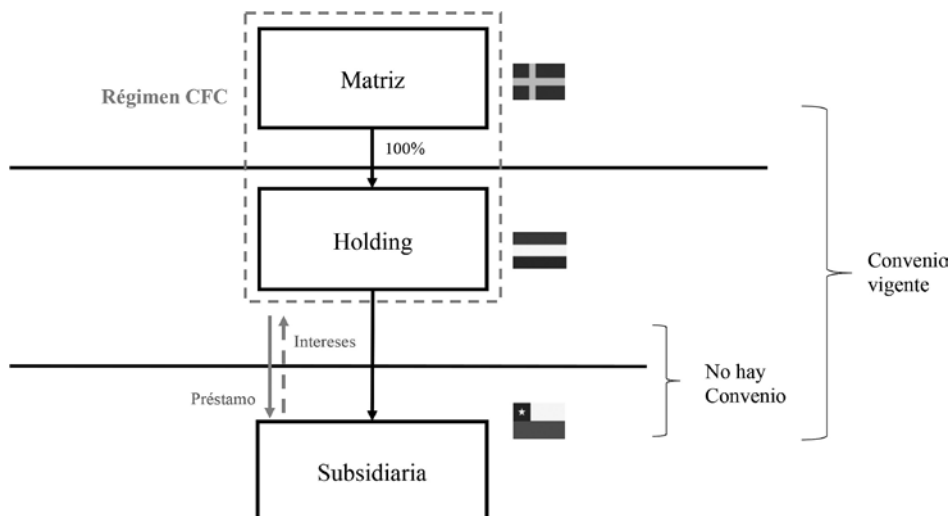
²³⁶ NIKOLAKAKIS, et al. Some Reflections on the Proposed Revisions to the OECD Model and Commentaries, and on the Multilateral Instrument, with Respect to Fiscally Transparent Entities – Part 1, Bull. Intl. Taxn. Vol. 71, issue 9, (IBFD) 2017, sec. 5.6.

²³⁷ NIKOLAKAKIS, et. al. Some Reflections on the Proposed Revisions to the OECD Model and Commentaries, and on the Multilateral Instrument, with Respect to Fiscally Transparent Entities – Part 1, Bull. Intl. Taxn. Vol. 71, issue 9, (IBFD) 2017, sec. 5.5. CANÈ, D. Controlled Foreign Corporations as Fiscally Transparent Entities. The Application of CFC Rules in Tax Treaties, World Tax Journal Vol. 9, issue 4, (IBFD) 2017. JAIN, K, The OECD Model (2017) and Hybrid Entities: Some Opaque Issues and Their Transparent Solutions, Bull. Intl. Taxn. Vol. 73, issue 3, (IBFD) 2017, sec. 2.2.1.

²³⁸ NIKOLAKAKIS, et al. Some Reflections on the Proposed Revisions to the OECD Model and Commentaries, and on the Multilateral Instrument, with Respect to Fiscally Transparent Entities – Part 1, Bull. Intl. Taxn. Vol. 71, issue 9, (IBFD) 2017, sec. 5.5.

²³⁹ Por ejemplo, bajo el enfoque “*piercing-the-veil*” la sociedad extranjera se considera una especie de entidad transparente, i.e. no se considera como un contribuyente para efectos tributarios (i.e. *disregarded entity*), el hecho gravado es la generación de renta (no su percepción), la

El siguiente ejemplo ilustra el problema:



En el ejemplo, los intereses obtenidos por la Holding en Holanda son atribuidos a la Matriz en Suecia bajo el régimen CFC de Suecia. El caso de Suecia es paradigmático, porque tiene un régimen CFC que trata a las entidades extranjeras como transparentes, gravando a los miembros de la entidad sobre la proporción de las rentas subyacentes conforme a su naturaleza (i.e. en este caso, Suecia gravaría la renta por intereses como si hubiera sido obtenida directamente por la Matriz).²⁴⁰

En este caso surge la pregunta acerca de si la Matriz en Suecia podría reclamar los beneficios de CDTI con Chile (i.e. la tasa reducida de 10% sobre intereses en vez del 35% conforme al art. 59(1) de la LIR), invocando que la aplicación del régimen CFC en Suecia produce un resultado similar al que trata de evitar el Enfoque General del *Partnership Report*.

Si bien Suecia se reservó totalmente la aplicación del art. 3 del MLI, por lo que la norma sobre entidades transparentes en principio no será aplicable al Convenio entre Suecia y Chile, eso no podría tomarse por parte de Chile como un argumento

actividad generadora de renta se atribuye al accionista y se estima que la renta es generada por el accionista y no por la entidad CFC. Bajo el enfoque “*deemed dividend*”, se considera que los miembros de la entidad reciben un dividendo (aun cuando en la práctica no reciban efectivamente dicho dividendo), el hecho gravado es la percepción (ficta) de un dividendo, y la actividad generadora de la entidad extranjera no se atribuye a sus miembros. CANÈ, D. Controlled Foreign Corporations as Fiscally Transparent Entities. The Application of CFC Rules in Tax Treaties, *World Tax Journal* Vol. 9, issue 4, (IBFD) 2017, sec. 3.1.

²⁴⁰ NIKOLAKAKIS, et al. Some Reflections on the Proposed Revisions to the OECD Model and Commentaries, and on the Multilateral Instrument, with Respect to Fiscally Transparent Entities – Part 2, *Bull. Intl. Taxn.* Vol. 71, issue 10, (IBFD) 2017, Apendix C – CFC Rules.

para denegar los beneficios del CDTI. En efecto, el CDTI con Suecia es uno de los casos excepcionales de CDTI pre-BEPS que contienen una norma expresa sobre la aplicación de beneficios del Convenio respecto de rentas obtenidas a través de entidades transparentes.

En particular, el art. 4(1) párrafo segundo del Convenio con Suecia establece que: *“La renta, beneficio o ganancia obtenida a través de una persona que es fiscalmente transparente de acuerdo con las leyes de alguno de los Estados Contratantes, será considerada como obtenida por un residente de un Estado Contratante en la medida que sea tratada, para los efectos de la legislación impositiva de ese Estado Contratante, como la renta, beneficio o ganancia de un residente”*.

En este caso, la potencial aplicación del CDTI con Suecia respecto de las rentas remesadas desde Chile dependerá de que el SII califique a la Holding en Holanda como una entidad transparente por estar sujeta a las normas CFC de Suecia. En cualquier caso, este es un tema sobre el cual no exista claridad y respecto del cual el debate está recién comenzando en Chile.

CONCLUSIONES

La aplicación de los beneficios de CDTI respecto de rentas obtenidas por o a través de entidades fiscalmente transparentes es un tema que adquirirá mayor relevancia en el futuro próximo. Ciertos factores, tales como la incorporación del régimen de transparencia fiscal en el art. 14D (8) de la LIR, la incorporación de normas sobre entidades transparentes en los CDTI suscritos por Chile, ya sea con la entrada en vigor del MLI en Chile o con la suscripción de nuevos Convenios basados en el Modelo OCDE 2017, seguramente incidirán en la mayor relevancia de este tema. El Oficio N°282 del SII es una muestra de esto.

El Oficio N°282 se refiere a una empresa danesa (Matriz), propietaria de una empresa residente en Alemania (Subsidiaria) que, a su vez, desarrolla actividades de transporte marítimo de carga en Chile a través de una Agencia establecida en Chile. Bajo el razonamiento contenido en el Oficio N°282, y teniendo en consideración que Dinamarca considera a la subsidiaria como una entidad transparente, el SII concluye que resultan aplicables los beneficios del Convenio con Dinamarca respecto de las rentas obtenidas por la Agencia en Chile, en la medida que dichas rentas se consideren como rentas obtenidas por la Matriz que deben tributar en Dinamarca.

Un aspecto relevante es que el Oficio N°282 llega a esta conclusión a través de la aplicación del Enfoque General del *Partnership Report* respecto del Convenio con Dinamarca, pese a que dicho Convenio aún no contiene una norma sobre aplicación de beneficios de CDTI respecto de rentas obtenidas por o a través de entidades fiscalmente transparentes (dicha norma aplicará únicamente una vez que entre en vigor el MLI). A juicio del autor, el SII concluye correctamente que los beneficios del CDTI entre Chile y Dinamarca podrían resultar aplicables a la Matriz.

No obstante, el Oficio N°282 da pie a ciertas interrogantes y reflexiones que se abordan en el presente Artículo. Por ejemplo, si es posible extender el criterio del Oficio N°282 respecto de otros Convenios (e.g. CDTI no cubiertos por el MLI o no modificados por el art. 3(1) del MLI); cuál es la postura de Chile respecto de la clasificación de entidades extranjeras; qué postura debería adoptar el SII si, en el caso del Oficio N°282, Alemania no califica a la Subsidiaria como una entidad transparente; si es posible aplicar el Enfoque General del *Partnership Report* respecto de una entidad extranjera sujeta a reglas CFC, entre otras.