

APLICACIÓN DE CONVENIOS TRIBUTARIOS A RENTAS OBTENIDAS POR FONDOS DE PENSIONES

ALEJANDRO FRANCO ALLEN¹

RESUMEN

La variedad de estructuras jurídicas que adoptan los fondos de pensiones en el mundo y el hecho de que estén habitualmente exentos de impuesto a la renta en el Estado de su establecimiento, generan dificultades para calificarlos como “personas residentes” de un Estado contratante en el contexto de un convenio tributario, complicando su acceso a los beneficios de estos convenios. En el contexto del plan BEPS Acción 6, la OCDE modificó algunas disposiciones de su modelo de convenio, a fin de garantizar que a los fondos de pensiones se les considere residentes del Estado en el que están establecidos. En el caso de Chile, diversos convenios tributarios suscritos con otros Estados incluyen disposiciones relativas a los fondos de pensiones, incluido el recientemente aprobado convenio con Estados Unidos.

PALABRAS CLAVE: Fondos de pensiones, convenios tributarios sobre la renta y el patrimonio, BEPS Acción 6.

INTRODUCCIÓN

I. FONDOS DE PENSIONES

Existen distintos tipos de sistemas de pensiones. Las diferencias entre uno y otro radican en factores como la participación del trabajador en el financiamiento de la pensión (pensiones contributivas o no contributivas), el modelo de gestión financiera aplicable a los recursos que acumula el sistema previsional (sistemas de reparto o de capitalización), las reglas de definición de beneficios (sistemas de beneficios definidos o de contribuciones definidas), y el régimen de administración (estatal o privado).

Los sistemas de pensiones, en especial aquellos que involucran elementos de capitalización, comprenden la formación de un patrimonio compuesto por los aportes de los trabajadores, que son invertidos en distintos activos con el objeto de obtener rentabilidades

¹ Abogado, Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile. LLM Business Law, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne. Magíster en Dirección y Gestión Tributaria, Universidad Adolfo Ibáñez.

que concurran a financiar las pensiones de estos trabajadores. Estos patrimonios se conocen comúnmente como fondos de pensiones.

La naturaleza jurídica de un fondo de pensiones dependerá de la regulación legal del país en que esté constituido. En algunos casos corresponden a entidades independientes con personalidad jurídica y capacidad legal, estructuradas sobre la forma de una fundación, asociación, corporación u otros tipos similares. En otros casos, constituyen patrimonios sin personalidad jurídica, administrados por una entidad separada como una institución bancaria, una compañía de seguros o una entidad administradora de fondos de pensiones. En otros países, los fondos se constituyen en *trusts* o encargos fiduciarios similares².

Los fondos de pensiones pueden invertir en distintos tipos de activos, como depósitos, títulos de crédito, cuotas de fondos de inversión, acciones de sociedades, entre otros, conforme lo permita la regulación de cada país. Muchas veces estos activos están situados en un Estado distinto al del establecimiento del fondo de pensiones.

2. TRIBUTACIÓN DE FONDOS DE PENSIONES

Los sistemas de pensiones comprenden tres situaciones donde existe una posible tributación: (i) los aportes efectuados por los trabajadores o empleadores al sistema de pensiones, (ii) las rentas obtenidas por el fondo de pensiones, y (iii) el retiro de los fondos por el trabajador al momento de su jubilación. De todas las combinaciones posibles de tributación que estas situaciones permiten, un gran número de países aplica un sistema “EET” (*exempt-exempt-taxed*), en el que las contribuciones de los trabajadores y la rentabilidad del fondo de pensiones no están sujetas a impuesto a la renta, quedando la tributación postergada hasta el momento de su retiro por el trabajador durante la jubilación³.

Aun cuando los fondos de pensiones estén exentos de impuesto a la renta en el Estado en que están constituidos, muchas veces quedan sujetos a tributación local cuando invierten en otros Estados. Un ejemplo de esto sería el impuesto de retención aplicable a un dividendo pagado por una sociedad a un accionista que es un fondo de pensiones extranjero.

En estos casos, la aplicación de convenios para evitar la doble tributación internacional, limitaría la potestad tributaria de los Estados en los que estas rentas tienen su fuente⁴. Sin embargo, esta aplicación no ha sido uniforme en las distintas jurisdicciones, algunas de las cuales han negado a los fondos de pensiones el acceso a los beneficios de los convenios.

El presente trabajo busca exponer los principales problemas jurídicos de aplicación de convenios tributarios a rentas obtenidas por fondos de pensiones, la manera en que estos

² Stewart y Yermo (2008), p. 6.

³ OECD (2015), p. 3.

⁴ Los fondos de pensiones disponen de mecanismos alternativos a los convenios tributarios para acceder a una tributación más beneficiosa en otros Estados. Por ejemplo, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha hecho extensivo a fondos de pensiones extranjeros el tratamiento tributario previsto para fondos de pensiones nacionales, en aplicación del principio de libre circulación de capitales contenido en el art. 63 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Un caso célebre es *College Pension Plan of British Columbia vs. Finanzamt München Abteilung III*, Rol C-641/17.

problemas se presentan en el sistema jurídico chileno, y las disposiciones atinentes de los convenios tributarios suscritos por Chile.

I

CONVENIOS TRIBUTARIOS, LA ACCIÓN 6 DEL PROYECTO BEPS Y FONDOS DE PENSIONES

1. *CONVENIOS TRIBUTARIOS*

Los convenios tributarios son tratados internacionales celebrados entre dos Estados con el objeto de prevenir la doble tributación internacional respecto de rentas obtenidas por un residente de un Estado (“Estado de Residencia”) que provengan del otro Estado (“Estado Fuente”).

A través de un convenio tributario, el Estado de Residencia y el Estado Fuente distribuyen su facultad de gravar con impuesto los diferentes tipos de rentas, de manera que en algunos casos esta facultad será exclusiva de uno de los Estados (que por regla general será el Estado de Residencia), y en otros casos ambos Estados conservan la facultad de gravar, pero limitando la tributación en el Estado Fuente.

La OCDE elaboró un Modelo de Convenio Tributario sobre la Renta y sobre el Patrimonio (el “Modelo OCDE” o el “Modelo”, indistintamente), publicado por primera vez en 1992 y actualizado periódicamente desde entonces. Las disposiciones del Modelo OCDE son la base para la negociación y aplicación de convenios tributarios entre países, por lo que muchos convenios tributarios están elaborados en base a él, incluidos los suscritos por Chile.

2. *DESCRIPCIÓN DEL PROBLEMA*

Los convenios tributarios contienen reglas que determinan el acceso a sus beneficios. En primer lugar, regulan su ámbito de aplicación en cuanto a las personas e impuestos comprendidos. Luego, comprenden exigencias específicas para acceder al tratamiento tributario previsto para los distintos tipos de rentas. Finalmente, contemplan cláusulas que limitan el acceso a sus beneficios a personas calificadas.

A grandes rasgos, estas reglas serían las siguientes: Un convenio tributario es aplicable a las personas residentes de un Estado contratante, siendo residentes aquellas personas sujetas a imposición en dicho Estado en función de su domicilio u otros criterios análogos. Luego, un residente tendrá acceso al tratamiento tributario previsto respecto de rentas como dividendos e intereses en la medida en que sea el beneficiario efectivo de estas rentas, y además sea una persona calificada para acceder a los beneficios del convenio.

Los problemas de aplicación de convenios tributarios a rentas obtenidas por fondos de pensiones consisten en el cumplimiento de estas reglas. Considerando la diversidad de formas jurídicas que los fondos de pensiones revisten en el mundo, podrían no constituir una “persona”, y por estar exentos de impuesto en el Estado de Residencia podrían no constituir un “residente” de dicho Estado, impidiendo la aplicación del convenio.

3. LA ACCIÓN 6 DEL PROYECTO BEPS

En septiembre de 2013, los países de la OCDE y el G-20 adoptaron un plan conformado por 15 “acciones” para dar respuesta a los problemas de tributación internacional relacionados con la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios. La Acción 6 de este plan se denominó “Impedir la utilización abusiva de los convenios” y buscó desarrollar disposiciones convencionales y recomendaciones relativas al diseño de normas que impidan la concesión de los beneficios de un convenio en circunstancias inapropiadas.

El reporte final de la Acción 6 fue publicado en 2015 y en su capítulo introductorio destaca la necesidad de realizar trabajos adicionales respecto a la aplicación de convenios tributarios a fondos distintos a los instrumentos de inversión colectiva. En particular, el reporte indicó que este trabajo adicional garantizaría que un fondo de pensiones sea considerado residente del Estado en el que se haya constituido, independientemente de que se beneficie de una exención fiscal plena o limitada en dicho Estado. Este objetivo se lograría a través de modificaciones al Modelo OCDE que garanticen este resultado respecto de los fondos que merezcan la calificación “fondo de pensiones reconocido”, y la inclusión de Comentarios al Modelo que expliquen los requisitos que componen este concepto⁵.

Estos trabajos adicionales resultaron en la publicación en febrero de 2016 de un primer borrador para discusión denominado *Treaty Residence of Pension Funds*, que propuso incluir la definición de “fondo de pensiones reconocido” en el Art. 3 del Modelo OCDE, incluir a los fondos de pensiones reconocidos en la definición de residente del Art. 4, e incluir nuevos Comentarios a los Arts. 3 y 4 señalados⁶.

Distintas instituciones enviaron observaciones a la OCDE respecto a las modificaciones propuestas al Modelo. Una gran parte de estas observaciones destacó que la redacción propuesta podía dejar fuera del ámbito de aplicación del convenio a esquemas de pensiones por razones relativas a su naturaleza tributaria o el tipo de actividades desarrolladas⁷.

La redacción definitiva de las modificaciones a los Arts. 3 y 4 del Modelo OCDE fueron incluidas en la versión publicada por la OCDE en el año 2017, que incluyó igualmente los nuevos párrafos 10.3 a 10.18 del Comentario al Art. 3, y los párrafos 8.6 a 8.10 del Comentario al Art. 4.

Cabe destacar que Chile se reservó el derecho a no incluir la definición de fondo de pensiones reconocido en sus convenios tributarios, bajo el argumento de que la decisión de incluir un fondo de pensiones como residente en un convenio tributario debe analizarse bilateralmente entre Estados contratantes, dada la gran diversidad de instrumentos jurídicos que pueden atender el pago de prestaciones por jubilación.

⁵ OCDE (2016-1), p. 16.

⁶ OCDE (2016-2).

⁷ OCDE (2016-3).

II

APLICACIÓN DE CONVENIOS TRIBUTARIOS A RENTAS OBTENIDAS POR FONDOS DE PENSIONES

1. ÁMBITO DE APLICACIÓN

Los convenios tributarios contienen normas que determinan su ámbito de aplicación. En cuanto a las personas comprendidas, el Art. 1(1) del Modelo OCDE indica que el convenio se aplica a “*las personas residentes de uno o de ambos Estados contratantes*”.

De esta manera, el primer requisito para acceder a los beneficios de un convenio es ser una persona. El Art. 3(1)(a) del Modelo OCDE dispone que el término persona comprende “*las personas físicas, las sociedades y cualquiera otra agrupación de personas*”, mientras que el Art. 3(1)(b) explica que el término sociedad significa “*cualquier persona jurídica o cualquier entidad que se considere persona jurídica a efectos impositivos*”.

El segundo requisito es ser un residente de uno o ambos Estados contratantes. El Art. 4(1) del Modelo OCDE señala que el término significa “*toda persona que, en virtud de la legislación de ese Estado, esté sujeta a imposición en el mismo en razón de su domicilio, residencia, sede de dirección o cualquier otro criterio de naturaleza análoga*”. Este artículo a continuación explica que el término incluye también “*a ese Estado y a sus subdivisiones políticas o entidades locales, así como los fondos de pensiones reconocidos de ese Estado*”.

2. CALIDAD DE “PERSONA” DE LOS FONDOS DE PENSIONES

Un primer problema de aplicación es la calificación de persona que pueda atribuirse al fondo de pensiones. En muchos sistemas de pensiones los fondos no constituyen personas jurídicas propiamente tal, sino más bien patrimonios conformados por bienes y obligaciones, y en otros sistemas los fondos de pensiones revisten características que los acercan más a figuras contractuales que a personas jurídicas.

Sin embargo, la falta de personalidad jurídica de un fondo de pensiones no impediría necesariamente calificarlo como una persona en el contexto de un convenio tributario. En efecto, los Comentarios al Art. 3 del Modelo OCDE indican que la definición de “persona” no es exhaustiva y debe leerse como una indicación de que este término se utiliza en un sentido muy amplio, y que comprende toda entidad que, aun cuando no esté constituida formalmente, se trate como tal a efectos fiscales. De igual manera, el término “sociedad”, que está incluido dentro de la definición de “persona”, se extiende a cualquiera otra unidad imponible que se considere como persona jurídica a los fines de la legislación fiscal del Estado de Residencia⁸.

En este sentido, el concepto de persona utilizado en los convenios haría referencia al tratamiento que la legislación tributaria de un Estado otorga a una determinada entidad más que al estatus jurídico que a ella le confiera el derecho común de ese Estado. La calidad de persona no estaría determinada entonces por la capacidad legal de la entidad para efectos

⁸ Párrafos 2 y 3 de los Comentarios al Art. 3 del Modelo OCDE.

del derecho común, sino por la capacidad legal de la entidad para efectos tributarios⁹. En otras palabras, y en atención al objeto y propósito de los convenios tributarios, sería posible afirmar que una entidad capaz de ser sujeto de obligaciones tributarias respecto de sus rentas debería calificar como una persona en el contexto de un convenio, aún en ausencia de personalidad jurídica¹⁰.

De esta manera, un fondo de pensiones será una “persona” para efectos de un convenio cuando la legislación fiscal del Estado de Residencia lo considere como una entidad separada e independiente, lo que ocurrirá cuando el fondo de pensiones sea la entidad a la que se atribuyan tributariamente las rentas que genere y los activos que posea, siendo susceptible de ser sujeto pasivo de obligaciones tributarias respecto de estas rentas, y sin perjuicio de que estas obligaciones sean cumplidas por otra entidad administradora por cuenta del fondo.

Por el contrario, en caso de que el fondo no constituya una persona independiente para efectos tributarios, porque sus rentas y activos son atribuidos a una entidad distinta, será dicha entidad la que deberá cumplir los requisitos de aplicación de un convenio para acceder a sus beneficios, según se explica más adelante.

3. CALIDAD DE “RESIDENTE” DE LOS FONDOS DE PENSIONES

Un segundo problema de aplicación es la posibilidad de calificar al fondo de pensiones como residente de un Estado contratante. En la práctica, los fondos de pensiones podrán calificar como residentes de un Estado contratante porque el respectivo convenio los incluye expresamente, o bien porque los Estados contratantes consideran que un fondo de pensiones está comprendido en la definición de residente, aún en ausencia de disposición expresa.

En atención a que la inclusión de los fondos de pensiones en la definición de residente del Modelo OCDE es reciente, existen muchos convenios que no la consideran. Algunos convenios incluyen a los fondos de pensiones a través de otras disposiciones, como los Arts. de definiciones generales y de limitación de beneficios, otros contienen disposiciones específicas relativas a fondos de pensiones respecto de un tipo de renta particular, otros los incluyen en sus Protocolos, y en otros no están incluidos en absoluto.

Los siguientes apartados comprenden un análisis de la definición de “fondo de pensiones reconocido” incluido en el Modelo OCDE, así como un análisis de la situación en que los fondos de pensiones no están expresamente incluidos en la definición de residente u otras disposiciones de un convenio tributario.

4. EL “FONDO DE PENSIONES RECONOCIDO” EN EL MODELO OCDE

El Art. 4(1) del Modelo OCDE incluye a los fondos de pensiones reconocidos en la definición de residente de un Estado contratante. Luego, el Art. 3(1) letra i) del Modelo define al fondo de pensiones reconocido como “una entidad o un instrumento establecidos en ese Estado, a los que la legislación fiscal de ese Estado dote de personalidad independiente, y:

⁹ Dourado et al (2015), p. 186.

¹⁰ Wheeler (2013), p. 5.

- (i) *Que se haya creado y se explote exclusiva o casi exclusivamente para administrar o proporcionar prestaciones de jubilación u otras prestaciones complementarias o accesorias a personas físicas y que esté regulado como tal por ese Estado o por una de sus subdivisiones políticas o entidades locales; o*
- (ii) *Que se haya creado y se explote exclusiva o casi exclusivamente para invertir fondos en beneficio de las entidades o instrumentos a los que se refiere el subapartado (i) anterior”.*

Como primer acercamiento, los Comentarios al Modelo aclaran que el efecto de la definición de fondo de pensiones reconocido y de la referencia que a él se hace en el Art. 4, dependerá en gran medida de la legislación interna y de las características jurídicas de los fondos de pensiones establecidos en cada Estado contratante, así como de las restantes disposiciones del convenio para las que esta definición pueda tener relevancia¹¹.

Por otra parte, cabe destacar que algunos convenios contienen una definición de “fondo de pensiones reconocido” que, si bien no corresponde con exactitud a la definición utilizada en el Modelo OCDE, comprende elementos utilizados en ella, resultándoles igualmente aplicables los Comentarios y análisis correspondientes.

Para efectos de su análisis, la definición de “fondo de pensiones reconocido” comprende elementos comunes de los fondos de pensiones reconocidos; elementos de los fondos de pensiones de la letra i) o fondos de pensiones “propriadamente tal”; y elementos de los fondos de pensiones de la letra ii) o “entidades de servicios de fondos de pensiones”, de acuerdo con lo siguiente:

4.1. ELEMENTOS COMUNES DE LOS FONDOS DE PENSIONES RECONOCIDOS

ENTIDAD O INSTRUMENTO. La primera parte de la definición hace referencia a “una entidad o instrumento establecidos en ese Estado”. Los Comentarios al Modelo indican que la gran diversidad de las características de los fondos de pensiones en los distintos países hizo necesario adoptar una formulación poco específica. La referencia a un “instrumento” pretende abarcar, entre otros, los casos en que las prestaciones de jubilación se proporcionen a través de medios como fideicomisos que, conforme a la legislación que les sea aplicable, no pueden considerarse como una entidad. La definición se aplica en tanto el fideicomiso o el conjunto de los fiduciarios se considere, a efectos fiscales, como una entidad distinta¹².

Esta formulación amplia permitiría argumentar que la forma jurídica que revista un fondo de pensiones no es relevante para efectos de calificarlo como tal en el contexto de un convenio tributario, en la medida en que la entidad o instrumento cumpla con los demás elementos de la definición, como la personalidad fiscal independiente y el otorgamiento de prestaciones de jubilación.

¹¹ Párrafo 10.4 de los Comentarios al Art. 3 y párrafo 8.7 de los Comentarios al Art. 4 del Modelo OCDE.

¹² Párrafo 10.9 de los Comentarios al Art. 3 del Modelo OCDE.

PERSONALIDAD FISCAL INDEPENDIENTE. Este elemento hace referencia al concepto de persona a que se refiere el Art. 3(1)(a) del Modelo OCDE, según fue explicado en el acápite anterior. En este contexto, un fondo de pensiones tendrá personalidad fiscalmente independiente cuando las rentas que perciba y los activos que posea sean atribuidos tributariamente al fondo y no a otra entidad, independientemente de que el fondo tenga o no personalidad jurídica. De esta manera, los Comentarios al Modelo indican que cuando un fondo constituya una “persona” distinta de toda otra persona por la que, o en beneficio de la que se ha creado y se gestiona, y en la medida en la que se satisfagan las demás condiciones de la definición, el fondo constituirá en sí mismo un residente de un Estado contratante¹³.

Por el contrario, cuando las rentas y activos generados por el fondo se atribuyan tributariamente a otra persona, como podría serlo la entidad jurídica en cuyo marco se ha creado el fondo, las disposiciones del convenio tributario se aplicarán en la medida en que esta propia entidad jurídica pueda considerarse una persona residente de un Estado contratante conforme al Art. 4 del respectivo convenio.

4.2. ELEMENTOS DE LOS FONDOS DE PENSIONES DE LA LETRA (I) O FONDOS “PROPIAMENTE TAL”

OBJETO DE LA ENTIDAD O INSTRUMENTO: PRESTACIONES DE JUBILACIÓN. La letra (i) dispone que una entidad será considerada un fondo de pensiones reconocido cuando sea creada y explotada exclusiva o casi exclusivamente para administrar o proporcionar prestaciones de jubilación u otras prestaciones complementarias o accesorias a personas físicas.

Los Comentarios al Modelo indican que las prestaciones de jubilación son típicamente las pensiones pagadas tras el retiro de la vida laboral activa o cuando el empleado llega a la edad de jubilación, pero el término es lo suficientemente amplio como para abarcar uno o más pagos efectuados en el momento del retiro o con posterioridad, o al alcanzar la edad de jubilación, en favor de un empleado, un consejero o director de una sociedad, aun cuando estos pagos no adopten la forma de una pensión clásica¹⁴.

La frase “prestaciones complementarias o accesorias” pretende cubrir una serie de prestaciones que no están estrictamente vinculadas a la jubilación, pero que son prestadas por los fondos de pensiones en los distintos Estados. Las palabras “complementarias o accesorias” aclaran que dichos beneficios se prestan además de las prestaciones de jubilación, de manera que un fondo que se constituya esencialmente con el fin de proporcionar prestaciones distintas a las de jubilación no tendría cabida en la definición de fondo de pensiones reconocido. Por otra parte, y si bien no existe un listado exhaustivo de todas las prestaciones que pueden considerarse incluidas entre las “complementarias o accesorias”, estas incluyen: indemnizaciones por deceso o incapacidad; pensiones en favor

¹³ Párrafo 10.5 de los Comentarios al Art. 3 y párrafo 8.8 de los Comentarios al Art. 4 del Modelo OCDE.

¹⁴ Párrafo 10.12 de los Comentarios al Art. 3 del Modelo OCDE.

de los miembros sobrevivientes de la familia de una persona fallecida; pagos efectuados a una persona física víctima de una enfermedad terminal; prestaciones indemnizatorias efectuadas en caso de enfermedad de larga duración o desempleo; ayudas para la vivienda; ayudas para la educación; y la prestación de asesoramiento financiero a los cotizantes, entre otros¹⁵.

Por otra parte, la expresión “exclusiva o casi exclusivamente” busca precisar que todas o casi todas las actividades de un fondo de pensiones deben estar relacionadas con la administración o el pago de las prestaciones por jubilación y otras complementarias o accesorias a personas físicas. Los términos “casi exclusivamente” reconocen que una pequeña parte de las actividades de un fondo de pensiones pueden comprender actividades que no estén estrictamente relacionadas con la administración o el pago de las prestaciones (por ejemplo, la comercialización de los servicios del fondo de pensiones)¹⁶.

Finalmente, cabe destacar que poco importa el número de personas que tienen derecho a estas prestaciones: los fondos de pensiones reconocidos pueden crearse, por ejemplo, por un gran número de trabajadores o por un solo trabajador autónomo¹⁷.

REGULACIÓN LEGAL. La letra (i) exige que el fondo de pensiones esté regulado como tal en su Estado de Residencia. La intención de esta disposición es restringir la definición a entidades que estén sujetas a ciertas condiciones impuestas por el Estado en el que estén establecidos, a fin de garantizar que la entidad se utiliza como sistema para la inversión con el objeto de proporcionar prestaciones de jubilación u otras complementarias o accesorias a personas físicas. Esta parte de la definición excluirá a entidades que una persona pueda constituir y usar para invertir fondos con el fin de proporcionar prestaciones por jubilación a personas relacionadas con ella, o a sus trabajadores, pero que no esté sujeta a las normas impuestas por el Estado en relación con el uso de esa entidad como instrumento para proporcionar las prestaciones por jubilación.

Poco importa si el marco regulador al que esté sujeta la entidad se define en la legislación fiscal o en otros instrumentos jurídicos, lo relevante es que la entidad esté reconocida por ley como un sistema creado para financiar prestaciones de jubilación en favor de personas físicas, y que estén sujetos a las condiciones impuestas para garantizar su utilización a tales efectos¹⁸.

En algunos convenios tributarios, los Estados contratantes han decidido hacer referencia expresa a los cuerpos legales en cuya virtud las entidades deben ser creadas para calificar como fondo de pensiones reconocido. Por ejemplo, el Art. 3(j) del convenio entre Chile y Emiratos Árabes Unidos precisa que, en el caso de Chile, será un fondo de pensiones reconocido aquel “*establecido bajo el sistema de pensiones del decreto ley N°3.500*”.

¹⁵ Párrafo 10.13 de los Comentarios al Art. 3 del Modelo OCDE.

¹⁶ Párrafo 10.11 de los Comentarios al Art. 3 del Modelo OCDE.

¹⁷ Párrafo 10.10 de los Comentarios al Art. 3 del Modelo OCDE.

¹⁸ Párrafo 10.14 de los Comentarios al Art. 3 del Modelo OCDE.

4.3. FONDOS DE PENSIONES DE LA LETRA (II) O “ENTIDADES DE SERVICIO DE FONDOS DE PENSIONES”

La letra (ii) de la definición abarca a las entidades o instrumentos que utilizan los fondos de pensiones comprendidos en la letra (i) para invertir. Es común que los fondos de pensiones se unan con otros fondos de pensiones para realizar sus inversiones, reagrupándolas en otras entidades o instrumentos. Dado que estos instrumentos o entidades intervienen únicamente como intermediarios para la inversión de fondos utilizados para proporcionar prestaciones por jubilación a personas físicas, los Comentarios al Modelo explican que lo apropiado es tratarlos de la misma forma que a los fondos de pensiones que invierten a través de ellos¹⁹.

En este caso, la expresión “exclusiva o casi exclusivamente” contenida en la letra (ii) precisa que todas o casi todas las actividades de la entidad intermediaria debe estar vinculada a la inversión de los fondos en beneficio de las entidades que puedan considerarse fondos de pensiones conforme a la letra (i). La expresión “casi exclusivamente” reconoce que una pequeña parte de las actividades de estas entidades pueden entrañar otras actividades, como la inversión de fondos por fondos de pensiones establecidos en otros Estados y que, por esta razón, no están incluidos en el ámbito de la letra (i)²⁰.

5. RESIDENCIA DE FONDOS DE PENSIONES NO INCLUIDOS EXPRESAMENTE EN UN CONVENIO

El Art. 4(1) del Modelo OCDE define residente de un Estado contratante como toda persona que esté “*sujeta a imposición en el mismo en razón de su domicilio, residencia, sede de dirección o cualquier otro criterio de naturaleza análoga*”. La interrogante respecto a los fondos de pensiones es si pueden ser considerados como “sujetos a imposición” aunque gocen de una exención total o parcial de impuesto en el Estado de Residencia.

Los Estados difieren en cuanto al alcance de esta frase. Una primera interpretación exige una sujeción general a impuestos sobre rentas de fuente mundial, de manera que una entidad que no esté sujeta a esta obligación general no puede ser considerada “sujeta a imposición”. De acuerdo con esta interpretación, un fondo de pensiones exento de impuesto en el Estado de Residencia no sería un residente con derecho a los beneficios de un convenio, salvo estipulación convencional en contrario²¹.

Chile sigue esta interpretación. En efecto, Chile realizó observaciones a los Comentarios al Art. 4 del Modelo OCDE, precisando que, en relación con el párrafo 8.12, entre las entidades que no se consideran como residentes pueden incluirse también fondos de pensiones, a menos que estén expresamente cubiertos por el convenio. Además, Chile formuló reservas al Art. 3 del Modelo, reservándose el derecho a no incluir la definición de fondo de pensiones reconocido porque “*la decisión de incluir un fondo de pensiones como residente en un*

¹⁹ Párrafo 10.17 de los Comentarios al Art. 3 del Modelo OCDE.

²⁰ Párrafo 10.18 de los Comentarios al Art. 3 del Modelo OCDE.

²¹ Gouthière (2022), p. 750.

convenio tributario debe analizarse bilateralmente entre Estados contratantes dada la gran diversidad de instrumentos jurídicos que pueden atender el pago de prestaciones por jubilación”.

En Francia, el *Conseil d'État* aplicó esta interpretación en 2015 en dos casos de fondos de pensiones extranjeros que percibieron dividendos de fuente francesa. En un primer caso, un fondo de pensiones alemán exento del impuesto corporativo a las sociedades en Alemania percibió dividendos desde una sociedad francesa, los que quedaron sujetos a una retención en la fuente a una tasa del 25 %. El fondo de pensiones alemán posteriormente reclamó la devolución parcial del impuesto, en aplicación de la tasa reducida de 15 % prevista para este tipo de rentas en el convenio tributario entre Francia y Alemania. En última instancia, el tribunal francés rechazó la aplicación del convenio, explicando que *“una persona exenta de impuesto en un Estado contratante en razón de su estatus o de su actividad no puede ser considerada como sujeta a imposición en el sentido de este convenio, ni, en consecuencia, como un residente de este Estado para la aplicación del convenio”*²².

En un segundo caso análogo, un fondo de pensiones español sujeto al impuesto a las sociedades a tasa de 0 % en España recibió dividendos desde una sociedad francesa, sujetos a una retención en la fuente a una tasa del 25 %. El *Conseil d'État* rechazó la aplicación de la tasa reducida de 15 % establecida para los dividendos en el convenio entre Francia y España, bajo un argumento idéntico al del caso anterior²³.

Cabe destacar que, a pesar de que las sentencias del *Conseil d'État* se fundan en argumentos idénticos, la situación tributaria del fondo de pensiones alemán y el español son distintas. El fondo de pensiones alemán estaba exento de impuesto corporativo en Alemania, mientras que el fondo español estaba sujeto al impuesto a las sociedades en España, pero a una tasa del 0 %. Según la interpretación del *Conseil d'État*, en ninguno de estos casos el fondo podría ser considerado “sujeto a imposición” en el Estado de Residencia.

De acuerdo con una interpretación diferente, estar “sujeto a imposición” en un Estado no exigiría una tributación general ni efectiva en el mismo, y sería más bien una situación legal en la que una entidad está sujeta a la legislación fiscal de dicho Estado, en función de factores como el domicilio, la residencia o la sede de dirección, aun cuando el Estado no aplique finalmente el impuesto porque, por ejemplo, otorga una exención a la entidad en cuestión²⁴. En este sentido, lo relevante sería la existencia de un vínculo entre una entidad y la legislación fiscal de un Estado, y que ese vínculo esté determinado por factores de conexión personales como el domicilio o la residencia, excluyendo los casos en que el vínculo tiene su origen exclusivo en la fuente de las rentas. De acuerdo con esta interpretación, un fondo de pensiones exento de impuesto en el Estado de Residencia podría ser considerado un residente de dicho Estado.

Esta interpretación fue aplicada con matices por el mismo *Conseil d'État* en dos sentencias de 2022 que significaron un cambio de criterio respecto a las sentencias emitidas en el año 2015. Estos casos trataron sobre sociedades tunecinas parcialmente exentas de impuesto

²² Landesaumlrzttekammer Hessen Versorgungswerk (2015), p. 2.

²³ Santander Pensiones SA EGFP (2015), p. 3.

²⁴ Párrafo 8.11 de los Comentarios al Art. 4 del Modelo OCDE.

en Túnez, acogidas a un régimen que eximía de impuesto a las rentas de exportación, donde además la ausencia de rentas de fuente nacional implicó que todas las rentas de la entidad resultaran finalmente exentas. El tribunal francés concedió a estas entidades acceso a los beneficios del convenio entre Francia y Túnez al explicar que, en relación a entidades parcialmente exentas de impuesto, “*la calidad de residente de un Estado contratante está subordinada a la sola condición de que la persona que invoca tal condición esté sujeta a imposición en ese Estado en razón de su domicilio, residencia o vínculo personal análogo y no en razón únicamente de la existencia de rentas procedentes del mismo*”²⁵. Sin embargo, el tribunal francés también explicó que “*las personas que no estén sujetas al impuesto en cuestión por la ley del Estado respectivo en razón de su estatus o actividad no pueden ser consideradas como sujetas en el sentido de estas disposiciones*”. Esta interpretación confirma la relevancia del vínculo personal como criterio para la calificación de residente, pero excluye a las entidades estructuralmente exentas de impuesto a la renta. Significa un cambio de criterio respecto a los fallos de 2015 porque no exige una tributación efectiva ni una sujeción general a rentas de fuente mundial en el Estado de Residencia, permitiendo la aplicación de convenios respecto a entidades coyunturalmente exentas de impuesto, como el caso de entidades que se benefician de exenciones aplicables a determinados tipos de rentas.

Aplicando este criterio del *Conseil d'État* a los fondos de pensiones, corresponderá analizar la legislación propia de cada Estado para calificar las exenciones tributarias aplicables como estructurales o coyunturales. Aquellas exenciones que se establecen y aplican en función de aspectos relativos al estado legal, estructura jurídica o situación del fondo (por ejemplo, en Chile son fondos de pensiones aquellos establecidos de conformidad al Decreto Ley N°3.500) podrían calificar como exenciones estructurales en tanto no exista una posibilidad abstracta de que la entidad resulte sujeta a impuestos, quedando asimismo estructuralmente imposibilitadas de sufrir doble tributación internacional respecto de sus rentas, lo que en teoría justificaría excluirlas de la aplicación de convenios tributarios, cuyo objetivo es justamente evitar esta doble tributación. Por el contrario, aquellos casos en que las rentas del fondo en la práctica no tributen, pero se mantengan “tributables”, debieran ser compatibles con esta noción de residente. Tal sería el caso de regímenes especiales de exención que impliquen el cumplimiento de determinados requisitos, de manera que su incumplimiento conlleve la aplicación de un régimen general o supletorio de imposición. También sería el caso de exenciones aplicables en función de la naturaleza económica de las rentas, como los fondos de pensiones que estén exentos exclusivamente por las rentas que generen los aportes de los trabajadores, quedando afectas las rentas que provengan de otras actividades empresariales. Con todo, cabe cuestionarse si este criterio terminaría finalmente otorgando un tratamiento tributario distinto a entidades cuya realidad económica es la misma, en función de la técnica tributaria utilizada por el Estado de Residencia para la configuración de la exención.

²⁵ Observatoire d'Économie Appliquée (2022), p. 1.

²⁶ TDA International (2022), p. 1.

Por otra parte, la consideración del vínculo personal entre una entidad y la legislación fiscal de un Estado como criterio principal para definir la residencia es consistente con un análisis contextual del Art. 4(1) del Modelo OCDE. Esta norma, a continuación de la frase “*sujeto a imposición en razón de su domicilio [...]*”, contiene una segunda frase que indica: “*Sin embargo, este término no incluye a las personas que estén sujetas a imposición en ese Estado exclusivamente por la renta que obtengan de fuentes situadas en el citado Estado o por el patrimonio situado en el mismo*”. De esta manera, la primera frase explicaría que la residencia es un vínculo entre la ley tributaria de un Estado y una persona en función de su domicilio u otro criterio análogo, mientras que la segunda frase precisaría que no configuran residencia aquellos casos en que dicho vínculo tiene su único origen en factores como la fuente de las rentas o la ubicación de un patrimonio.

En suma, la posibilidad de calificar a un fondo de pensiones como residente de un Estado contratante en el contexto de un convenio tributario que no incluya expresamente a los fondos de pensiones dependerá del alcance que la jurisprudencia del respectivo Estado otorgue al concepto de residente, en especial a la frase “sujeto a imposición”, así como a la manera en que el Estado de Residencia configure legalmente el régimen de exención de los fondos. Los países que entiendan que este término exige una sujeción general a rentas de fuente mundial podrían excluir a los fondos de pensiones del concepto de residente, aunque por razones de política tributaria deseen incluirlos expresamente en sus convenios. Incluso, un entendimiento del concepto de residente que prescinda de la sujeción general a impuesto puede excluir a entidades estructuralmente exentas de impuesto, como podrían serlo los fondos de pensiones. Por el contrario, la residencia entendida como un vínculo con la legislación tributaria de un Estado en razón de factores personales debiera incluir a los fondos de pensiones exentos de impuesto en el Estado en que están constituidos.

6. CALIDAD DE “BENEFICIARIO EFECTIVO” DE LOS FONDOS DE PENSIONES

Los Arts. 10, 11 y 12 del Modelo OCDE establecen limitaciones a la potestad tributaria del Estado Fuente respecto de dividendos, intereses y regalías, respectivamente. Estas limitaciones son aplicables en la medida en que la entidad que percibe las rentas sea su beneficiario efectivo.

El Modelo OCDE y sus Comentarios no definen el concepto de beneficiario efectivo, pero estos últimos contienen pautas que ayudan a entender su alcance. En primer lugar, los Comentarios explican que el término no se utiliza en un estricto sentido técnico, sino que debe interpretarse en su contexto, en concreto en relación con los términos “pagados [...] a un residente”, y a la luz del objeto y propósitos del Convenio, incluyendo la voluntad de evitar la doble imposición y de prevenir la evasión y la elusión fiscales²⁷. Luego, el Comentario expone ejemplos de casos en que una persona que recibe una renta no sería su beneficiario efectivo, como representantes, agentes designados, o una sociedad canalizadora de rentas que interviene como fiduciario o administrador. Luego, una entidad será beneficiaria efectiva de las rentas que percibe cuando tenga derecho a disponer de

²⁷ Párrafo 12.1 de los Comentarios al Art. 10 del Modelo OCDE.

estas y a disfrutarlas sin estar limitado por una obligación contractual o legal de ceder el pago recibido a un tercero.

En el caso de los fondos de pensiones, el problema consiste en determinar si estos pueden disponer libremente de las rentas que perciben, considerando que los fondos invertidos tienen por objeto financiar prestaciones de jubilación y otras complementarias o accesorias, o bien si esta circunstancia constituye una obligación legal que impide a los fondos de pensiones el uso y disposición de estas rentas. En otras palabras, la interrogante consiste en determinar si el beneficiario efectivo de las rentas percibidas por un fondo de pensiones es el mismo fondo, o los aportantes y personas jubiladas a quienes dicha rentabilidad beneficiará.

Al respecto, un fondo de pensiones estará obligado a pagar las prestaciones de jubilación a los beneficiarios que hayan cumplido las condiciones previstas por ley. Estas obligaciones normalmente consistirán en un pago en dinero, determinado en función de circunstancias como las contribuciones efectuadas por el trabajador o los beneficios definidos por ley, sin que exista un vínculo directo entre dichos pagos y los ingresos, flujos o rentas que haya obtenido el fondo de pensiones, por lo que los aportantes y los beneficiarios de las prestaciones de jubilación no tendrían un derecho específico para exigir el pago de las rentas que obtenga el fondo, o para gozar y disponer de ellas. De esta manera, el fondo de pensiones podrá normalmente disponer libremente de las rentas que perciba, y utilizarlas en la adquisición de nuevos activos e inversiones, o bien para el pago de las prestaciones que adeude. Esto significa que no existiría en general una limitación directa al fondo de pensiones para disponer de estas rentas, más allá de las limitaciones que por ley le pudieran afectar, como la inversión exclusiva en determinados tipos de activos. Por tanto, en principio un fondo de pensiones debiera calificar como beneficiario efectivo de las rentas que percibe.

En este sentido se pronunció el Tribunal Constitucional de Chile respecto a la propiedad de los afiliados sobre los fondos de pensiones chilenos. Conociendo un recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de las normas que rigen los fondos de pensiones en relación con el derecho de propiedad consagrado en la Constitución Política de la República, el Tribunal Constitucional explicó que los trabajadores no tienen derecho a disponer de los fondos acumulados en sus cuentas de capitalización individual fuera de los casos señalados en la ley, aun cuando su relación con estos fondos esté amparada por el derecho de propiedad. El fallo indica que *“el afiliado solo podrá acceder a los fondos acumulados en su cuenta de capitalización cuando cumpla con los requisitos que establece la ley los cuales dicen relación con que se haya verificado respecto de él uno de los estados de necesidad que deben ser cubiertos con dichos fondos, como son los de vejez, invalidez y sobrevivencia a que se refiere el DL N°3.500”*²⁸. La sentencia luego explica que *“estando dirigidos para ser utilizados únicamente para fines de seguridad social, los dineros acumulados son destinados por ley al pago periódico de pensiones, sin que entonces el trabajador o el ya pensionado pueda usar o disponer libremente de ellos”*²⁹.

²⁸ Valenzuela con AFP Hábitat S.A (2020), considerando 31.

²⁹ Ibid., considerando 32.

Sin perjuicio de lo anterior, algunos Estados han incluido en sus convenios suscritos, o bien en el respectivo Protocolo, disposiciones expresas que reconocen a un fondo de pensiones como beneficiario efectivo de las rentas que recibe. El convenio entre Chile y Emiratos Árabes Unidos dispone en su Art. 3(j) que “*un fondo de pensiones reconocido de un Estado contratante será considerado el beneficiario efectivo de las rentas que perciba*”. A su vez, el Protocolo del convenio entre Chile e Italia indica que un fondo regulado de pensiones “*debe ser tratado como el beneficiario efectivo de las rentas que recibe, aunque todo o parte de su renta o ganancia se encuentre exenta de impuesto bajo la legislación interna de ese Estado*”.

7. CALIDAD DE “PERSONA CALIFICADA” DE LOS FONDOS DE PENSIONES

Uno de los objetivos de los convenios tributarios, además de evitar la doble tributación internacional, es prevenir la evasión y elusión fiscales, así como impedir su utilización abusiva. Para estos efectos, los convenios tributarios suelen incluir una cláusula que restringe la aplicación de sus beneficios a determinadas personas calificadas. En consecuencia, un fondo de pensiones tendrá derecho a los beneficios de un convenio cuando, además de ser una persona residente de un Estado contratante y el beneficiario efectivo de las rentas que percibe, sea una persona calificada para los beneficios del convenio.

Al respecto, el Art. 29(1) del Modelo OCDE, denominado “derecho a los beneficios del convenio”, deniega los beneficios de un convenio a los residentes de un Estado contratante que no sean “personas calificadas”. Luego, el Art. 29(2) del Modelo OCDE indica que las situaciones en las que un residente es una “persona calificada” comprende “*ciertas organizaciones sin fines de lucro y fondos de pensiones reconocidos*”.

Dentro de los convenios tributarios que incluyen expresamente a los fondos de pensiones como personas calificadas, destaca el convenio entre Chile y Países Bajos, que en su Art. 28 indica que “*un residente de un Estado Contratante será una persona calificada al momento en que este Convenio le hubiera otorgado un beneficio si, en ese momento, el residente es: [...] d) un fondo de pensiones reconocido, si, al inicio del año tributario respecto del cual se invoque el beneficio, al menos un 50 por ciento de sus beneficiarios, miembros o participantes son personas naturales residentes de cualquiera de los Estados Contratantes*”.

Adicionalmente, es importante destacar que la Convención Multilateral para adoptar las medidas de prevención de BEPS que afectan a los convenios fiscales (“MLI” o la “Convención Multilateral”, indistintamente) contiene una disposición específica que otorga la calidad de persona calificada a los fondos de pensiones³⁰. Esta disposición reitera

³⁰ El Art. 7° N°9 del MLI indica que “*Un residente de una Jurisdicción Contratante de un Convenio Tributario Cubierto será una persona calificada en el momento en que el Convenio Tributario Cubierto le hubiera otorgado un beneficio si, en ese momento el residente es: [...] d) una persona, distinta de una persona natural, que sea: [...] ii) una entidad o un acuerdo establecido en esa Jurisdicción Contratante que la legislación tributaria de esa Jurisdicción Contratante considere como una persona separada bajo la legislación tributaria de la Jurisdicción Contratante, y: A) es establecida y operada exclusiva o casi exclusivamente para administrar u otorgar prestaciones o beneficios complementarios o accesorios a personas naturales y que esté regulada como tal por esa Jurisdicción Contratante, o por una de sus subdivisiones políticas o entidades locales; o B) es establecida y operada exclusiva o casi exclusivamente para invertir fondos en beneficio de las entidades o acuerdos a que se refiere el subapartado A)*”.

la definición de “fondo de pensiones reconocido” contenida en el Modelo OCDE, de manera que una entidad a la que resulte aplicable dicha definición será también una persona calificada para efectos de un convenio cubierto por la Convención Multilateral.

8. FONDOS DE PENSIONES ESTABLECIDOS EN EL MARCO DE UNA ENTIDAD JURÍDICA

En algunos sistemas los fondos de pensiones se establecen en el marco de otra entidad jurídica, como una sociedad dedicada a actividades comerciales, una entidad de seguros, o el propio Estado o una de sus subdivisiones políticas o entidades locales, con el objeto principal de proporcionar prestaciones de jubilación a personas físicas, o de invertir fondos en beneficio de otros fondos de pensiones.

En estos casos, el fondo de pensiones puede no constituir una persona independiente conforme a la legislación fiscal del Estado en el que está establecido, porque las rentas procedentes de los activos de inversión del fondo se atribuyen tributariamente a la entidad en cuyo marco se ha creado el fondo. En este escenario, las disposiciones de un convenio tributario se aplicarán en la medida en que la propia entidad jurídica a quien se atribuyen las rentas pueda considerarse una *persona residente* de un Estado contratante. De esta manera, la inclusión del término “fondo de pensiones reconocido” es irrelevante respecto a estas entidades³¹.

Tal es el caso, por ejemplo, de algunos fondos de pensión creados bajo el amparo de una persona jurídica de derecho público, concebida de acuerdo con la legislación local como una extensión del Estado mismo, a quien se atribuyen tributariamente las rentas del fondo, en cuyo caso la entidad podría calificar como un residente de un Estado contratante respecto de aquellos convenios que, por ejemplo, incluyan dentro de la definición de residente al Estado, sus subdivisiones políticas, entidades locales o personas jurídicas de derecho público.

III

REGULACIÓN DE LOS FONDOS DE PENSIONES EN CHILE

1. BREVE RESEÑA DEL SISTEMA DE PENSIONES CHILENO

El sistema de pensiones chileno está organizado en torno a un esquema de tres pilares. El primero es un pilar de prevención de pobreza constituido por la Pensión Garantizada Universal, que es una pensión de vejez no contributiva. El segundo es un pilar contributivo obligatorio consistente en un esquema único nacional de capitalización financiera en cuentas individuales administradas por empresas privadas de giro único. El tercero es un pilar voluntario conformado por las aportaciones voluntarias de los trabajadores.

La principal normativa legal que rige al sistema de pensiones es el Decreto Ley 3.500 de 1980 (“DL 3.500”), que regula principalmente los aspectos relativos a los pilares contributivos

³¹ Párrafo 10.5 de los comentarios al Art. 3 del Modelo OCDE.

obligatorios y voluntarios, sobre la base de un sistema de capitalización individual³². El DL 3.500 crea un sistema de pensiones derivado de la capitalización individual que se efectúa por organismos denominados Administradoras de Fondos de Pensiones (“AFP”)³³. Las AFP son sociedades anónimas que tienen como objeto exclusivo administrar fondos de pensiones y otorgar y administrar las prestaciones y beneficios establecidos en la ley³⁴.

En este sistema, los trabajadores afiliados están obligados a cotizar en su cuenta de capitalización individual el 10 % de sus remuneraciones y rentas imponibles³⁵, de manera que estos aportes constituyen los fondos de pensiones regulados en el DL 3.500³⁶. Los fondos compuestos por los aportes de los trabajadores, administrados por las AFP, invierten en distintos tipos de activos con el único objetivo de obtener una adecuada rentabilidad y seguridad. Los recursos de los fondos solo pueden ser invertidos en los activos señalados en el DL 3.500, y en el régimen de inversiones y normativa complementaria dictada por la Superintendencia de Pensiones, dentro de los cuales encontramos depósitos a plazo, títulos emitidos por instituciones financieras, bonos de empresas públicas y privadas, acciones de sociedades anónimas abiertas, cuotas de fondos de inversión nacionales y extranjeros, acciones y bonos emitidos por empresas extranjeras, operaciones con instrumentos derivados, entre otros³⁷.

Luego, una vez que un trabajador cumple las condiciones previstas en el DL 3.500 para su jubilación, podrá disponer del saldo de su cuenta de capitalización con el objeto de constituir una pensión, la que se hará efectiva a través de las modalidades de Renta Vitalicia Inmediata, Renta Temporal con Renta Vitalicia Diferida, Retiro Programado o Renta Vitalicia Inmediata con Retiro Programado³⁸.

2. NATURALEZA JURÍDICA DE LOS FONDOS DE PENSIONES EN CHILE

El DL 3.500 no comprende una definición expresa de fondo de pensiones. Sin embargo, en su Art. 33 dispone que “*cada Fondo de Pensiones es un patrimonio independiente y diverso del patrimonio de la Administradora, sin que ésta tenga dominio sobre aquellos*”. Esta misma norma luego explica que “*cada Fondo de Pensiones estará conformado por las cotizaciones y aportes [...], sus inversiones y las rentabilidades de éstas, deducidas las comisiones de la Administradora*”³⁹.

³² Existen además otras leyes aplicables al sistema de pensiones, como las siguientes: DFL 101 de 1980, Ley N°19.404 de 1995, Ley N°19.934 de 2004; Ley N°255 de 2008; Ley N°20.301 de 2008, Ley N°20.336 de 2009; Ley 20.446 de 2020, Ley 20.459 de 2010; Ley N°20.531 de 2011; Ley N°21.190 de 2019; Ley N°21.314 de 2021; Ley N°21.419 de 2020, Ley N°21.538 de 2023.

³³ Art. 1° DL 3.500.

³⁴ Art. 23 inc. 1° DL 3.500.

³⁵ Art. 17 DL 3.500.

³⁶ Cada AFP debe mantener cuatro fondos, que se denominan Fondo de Pensiones Tipo B, C, D y E. Adicionalmente, las AFP pueden mantener un fondo adicional, el Fondo de Pensiones Tipo A.

³⁷ Art. 45 DL 3.500.

³⁸ Art. 61 DL 3.500.

³⁹ Adicionalmente, el Art. 35 del DL 3.500 establece que el valor de cada fondo de pensiones se expresará en cuotas, las que serán de igual monto y características. El valor de cada cuota se determina diariamente sobre la base del valor económico o de mercado de las inversiones.

A partir de esta y otras normas, y atendido que no constituyen personas jurídicas, existen distintas teorías que explicarían la naturaleza jurídica de los fondos de pensiones en Chile, siendo el patrimonio de afectación aquella de mayor aceptación⁴⁰. Los patrimonios de afectación han sido definidos como “*patrimonios objetivos, sin vinculación con persona alguna, consistentes en una agrupación de bienes y deudas apreciables en dinero, con valor pecuniario, en torno a un fin común, en que la existencia o no de una persona no tenía importancia alguna*”⁴¹. En este sentido, los fondos de pensiones del DL 3.500 constituirían patrimonios de afectación en tanto corresponden a un conjunto de bienes y deudas apreciables en dinero que se establecen en torno a un fin común, que sería el otorgamiento de las prestaciones de vejez, invalidez y sobrevivencia, donde la existencia de titulares de ese patrimonio no es relevante para efectos de constituirlo en un sujeto de derecho o un interés jurídicamente protegido.

La jurisprudencia judicial y administrativa es consistente con esta teoría. En efecto, el TC afirmó que “*tales fondos constituyen un patrimonio de afectación, destinado a cubrir determinados riesgos sociales mediante el otorgamiento de prestaciones de seguridad social una vez cumplidos los requisitos para que éstas sean exigibles*”⁴². Por su parte, el SII define a los fondos de pensiones como “*patrimonios integrados por las cotizaciones previsionales obligatorias y otros aportes de personas naturales afiliadas al sistema de AFP, para su inversión en los instrumentos que la ley señala con el objeto de una adecuada rentabilidad y seguridad, para el otorgamiento de los beneficios que señala la ley*”⁴³.

Adicionalmente, cabe tener como antecedente la definición de “fondo” utilizada en la Ley 20.712 de 2014 o Ley Única de Fondos, que en su Art. 1° b) dispone que un fondo es un “*patrimonio de afectación integrado por aportes realizados por partícipes destinados exclusivamente para su inversión en los valores y bienes que esta ley permita, cuya administración es de responsabilidad de una administradora*”.

3. CALIDAD DE “PERSONA” PARA EFECTOS FISCALES DEL FONDO DE PENSIONES

Un análisis es necesario en cuanto a determinar si los fondos de pensiones chilenos, aún a pesar de no tener personalidad jurídica, constituyen una entidad considerada como tal para efectos de la ley tributaria chilena, en el contexto de un convenio tributario. Al respecto, el Art. 8° del CT define contribuyente como “*las personas naturales y jurídicas, o los administradores y tenedores de bienes ajenos afectados por impuestos*”, y define persona como “*las personas naturales o jurídicas y los representantes*”. De igual manera, el Art. 3° de la LIR indica que “*toda persona domiciliada o residente en Chile, pagará sus impuestos sobre sus rentas de cualquier origen*”.

Si bien estas normas restringen el concepto de contribuyente a entidades con personalidad natural o jurídica, esto no impediría que una entidad sin personalidad jurídica

⁴⁰ Otras teorías que explican la naturaleza jurídica de los fondos son aquellas que los describen como una comunidad en los términos del Art. 2.304 del Código Civil, o un tipo de propiedad fiduciaria según el Art. 733 del mismo cuerpo legal.

⁴¹ Figueroa Yáñez (1997), p. 39.

⁴² Valenzuela con AFP Habitat S.A (2020), considerando 39; Ojeda con AFP Cuprum (2020), considerando 46.

⁴³ Oficio 686 de 2019.

pueda ser sujeto de obligaciones tributarias respecto de las rentas que se le atribuyan, y en consecuencia ser considerada una persona a efectos fiscales según la legislación chilena. En efecto, diversas normas de nuestro ordenamiento contemplan esta posibilidad:

- El Art. 66 del CT dispone que *“todas las personas naturales y jurídicas y las entidades o agrupaciones sin personalidad jurídica, pero susceptibles de ser sujeto de impuestos, que en razón de su actividad o condición causen o puedan causar impuestos, deben estar inscritas en el Rol Único Tributario de acuerdo con las normas del Reglamento respectivo”*.
- El Art. 68 del CT, que establece la obligación de dar aviso de inicio de actividades, indica en su Inc. décimo que *“las entidades sin personalidad jurídica estarán sujetas a las mismas obligaciones y procedimientos en caso que resulten aplicables a través de su respectivo administrador”*.
- El Art. 69 del CT, que establece la obligación de dar aviso del término de giro, indica en su Inc. sexto que *“si el Servicio cuenta con antecedentes que permiten establecer que una persona, entidad o agrupación sin personalidad jurídica, ha terminado su giro o cesado en sus actividades sin que haya dado el aviso respectivo, [...] podrá liquidar y girar los impuestos correspondientes [...]”*.
- El Art. 41 G LIR, que regula la tributación en Chile de las rentas pasivas percibidas o devengadas por entidades controladas en el extranjero, es aplicable a *“los contribuyentes o patrimonios de afectación con domicilio, residencia o constituidos en Chile”*.
- El Art. 41 A LIR, que regula el crédito por impuestos pagados en el extranjero, es aplicable a *“los contribuyentes o entidades domiciliados, residentes, constituidos o establecidos en Chile, que obtengan rentas que hayan soportado impuestos en el extranjero”*.

Las normas citadas permiten esbozar distintas conclusiones. La disposición del Art. 66 del CT implica que una entidad sin personalidad jurídica puede ser “sujeto de impuestos” debido a su actividad o condición, quedando asimismo obligada a inscribirse en el RUT. Además, estas entidades estarían obligadas a dar aviso del inicio y del fin de sus actividades, de acuerdo con lo dispuesto en los Arts. 68 y 69 del CT.

Luego, los Arts. 41 G y 41 A LIR dan cuenta de la posibilidad de atribuir tributariamente rentas de fuente extranjera a una entidad sin personalidad jurídica constituida en Chile, las que quedarían sujetas a impuesto a la renta en el país, otorgando además a dicha entidad el derecho a crédito por los impuestos pagados en el extranjero.

La jurisprudencia administrativa es consistente con este criterio. A través del Oficio 686 de 2019, el Servicio determinó que un fondo de pensiones puede calificar como contribuyente cuando desarrolle actividades afectas a impuestos, en atención a la autonomía de este patrimonio respecto del patrimonio de la administradora, de manera que el fondo de pensiones es titular de los bienes adquiridos e inversiones realizadas, las que son llevadas a cabo por la AFP por cuenta de dichos fondos. El oficio citado indica que *“será el fondo que corresponda el que será titular de los bienes que adquiera y el que se afectará con los tributos que correspondan en relación con las inversiones que realice. Por lo anterior, los Fondos de Pensiones y el Fondo de Cesantía Solidario pueden ser contribuyentes del Impuesto al Valor Agregado, en la medida que desarrollen actividades gravadas con este impuesto”*. De igual manera, el mismo oficio hace aplicables a los fondos de

pensiones otras obligaciones tributarias propias de un contribuyente, como contar con un RUT propio, el registro de sus créditos y débitos fiscales y cumplir con todos los deberes tributarios que la ley impone a los contribuyentes de IVA. Todas estas obligaciones deben ser cumplidas por la administradora a nombre del fondo de pensiones.

A pesar de que el oficio citado resuelve dudas en relación con el IVA, los argumentos utilizados dan cuenta de que un fondo de pensiones puede ser sujeto de obligaciones tributarias, principales o accesorias, las que serán cumplidas a su nombre por la administradora, circunstancia que permitiría a su vez argumentar que los fondos de pensiones serían entidades tratadas como persona a efectos tributarios en Chile.

Adicionalmente, cabe notar que la definición de contribuyente contenida en el Art. 8° del CT incluye a los “*administradores y tenedores de bienes ajenos a impuestos*”, a partir de lo cual el Servicio ha señalado⁴⁴ que la sociedad administradora es contribuyente por el fondo, lo que implica que la falta de personalidad jurídica del fondo, o el hecho de que no sean contribuyentes en sí mismos, no afecta la posibilidad de que estos sean sujetos de obligaciones tributarias, las que serán cumplidas a su nombre por la respectiva sociedad administradora:

- A través del Oficio N°1091 de 2005, el Servicio indicó que “*Los Fondos de Inversión en sí mismos no son contribuyentes, de lo cual evidentemente no puede desprenderse que a su respecto no hay obligaciones tributarias, lo que sería absolutamente improcedente jurídicamente [...].* [...] *Las sociedades anónimas administradoras son contribuyentes por el fondo en cuanto a los bienes ajenos administrados por ellas afectados por impuestos, y sin perjuicio de que estas sociedades administradoras sean también contribuyentes por sus actividades y rentas propias.* [...] *La circunstancia de carecer el fondo en sí mismo de la calidad de contribuyente no altera en modo alguno el régimen general impositivo en cuanto a los impuestos y demás obligaciones tributarias, v.gr. la inscripción en el Rol Único Tributario, con que las actividades, inversiones o negocios del fondo se afecten, pues al respecto, quien asume la calidad de contribuyente es su administradora”.*
- A través del Oficio N°1143 de 2012, el Servicio determinó que “*considerando que la sociedad administradora es contribuyente por el fondo y el sentido amplio que debe darse al término ‘persona’ de acuerdo a lo señalado en los Comentarios al Modelo de Convenio Tributario elaborado por la OCDE, se estima que podrían existir antecedentes para considerar a un fondo de inversión de la Ley N°18.815 como ‘persona’ para efectos del Convenio”.*

Por tanto, y de conformidad con las disposiciones legales y jurisprudencia administrativa citada, es posible concluir que un fondo de pensiones sería una persona a efectos de la legislación tributaria chilena, en el contexto de un convenio tributario.

⁴⁴ Estos pronunciamientos del SII recayeron sobre consultas relacionadas con fondos de inversión y no con fondos de pensiones. Sin embargo, estimamos que ambos tipos de entidades comparten características fundamentales que harían estos pronunciamientos también aplicables a los fondos de pensiones, como lo son la falta de personalidad jurídica y la existencia de una entidad administradora.

4. IMPUESTO A LA RENTA APLICABLE A LOS FONDOS DE PENSIONES

Las rentas obtenidas por fondos de pensiones tienen el tratamiento tributario de un ingreso no renta, de manera que no están afectas al impuesto de primera categoría. Esta regla tiene su fuente legal en el Inc. 3° del Art. 18 del DL 3.500, al señalar que “*los incrementos que experimenten las cuotas de los fondos de pensiones no constituirán renta para los efectos de la ley sobre Impuesto a la Renta*”.

A partir de esta norma, el Servicio indicó de manera expresa que los fondos de pensiones están liberados de tributación por las rentas que obtengan. En distintos pronunciamientos⁴⁵, el Servicio señaló que “*por expresa disposición del D.L. 3.500, de 1980, la rentabilidad del fondo, a través de los incrementos que experimenten las cuotas de los fondos de pensiones, tienen igualmente el tratamiento de ingreso no renta. En otras palabras, las cotizaciones efectuadas al fondo de pensiones y la rentabilidad que experimente dicho fondo se encuentran liberadas de tributación, cuando se aportan al fondo de pensiones y cuando se obtienen por dicho fondo, respectivamente*”.

5. CALIDAD DE RESIDENTE DE LOS FONDOS DE PENSIONES PARA EFECTOS DE UN CONVENIO TRIBUTARIO

Según se explicó en apartados anteriores, la posición de Chile es que una entidad que no esté afectada de manera general a impuestos sobre sus rentas de fuente mundial no puede ser considerada residente de un Estado contratante en el contexto de un convenio tributario, a menos que el convenio contenga una estipulación expresa que les otorgue dicha calidad.

Algunos pronunciamientos del Servicio confirman esta posición:

- A través del Oficio N°1554 de 2023, el Servicio aplicó de manera expresa esta interpretación a los fondos de pensiones, al señalar que “*bajo los actuales convenios para evitar la doble imposición bilateral que Chile tiene con cada uno de los miembros de la Alianza del Pacífico, los fondos de pensiones establecidos en cada uno de los países miembros de la Alianza del Pacífico, al no estar sujetos bajo las legislaciones internas de sus países a imposición por sus rentas, no son considerados residentes según definición contenida en dichos convenios y, por ende, no gozan de sus beneficios*”.
- En el Oficio N°1143 de 2012, en relación con los fondos de inversión en el contexto del convenio tributario entre Chile y Perú, el Servicio expresó que “*la Ley N°18.815 establece un régimen tributario aplicable a los fondos de inversión según el cual los fondos no están sujetos a impuestos a la renta, ni aún a través de la sociedad que los administra. Lo anterior lleva a concluir que un fondo de inversión privado de la Ley N°18.815 no reúne las condiciones para ser calificado como ‘residente de Chile’ de acuerdo al art. 4 del Convenio*”.
- En el Oficio N°287 de 2017⁴⁶, el Servicio explicó que “*para ser ‘residente’ de un Estado contratante, en conformidad con el art. 4 del Convenio (y de cualquier convenio tributario suscrito por Chile basado en el Modelo de la OCDE y de la ONU), se requiere que concurren dos requisitos: (i) que la persona esté sujeta a tributación general sobre sus rentas de origen local y extranjero en*

⁴⁵ Oficios N°2897 de 2012, N°1469 de 2015; N°1993 de 2017.

⁴⁶ En este mismo sentido, Oficio N°1984 de 2019.

el país del que alega ser residente. Esto implica [...] que las rentas [...] en principio deben estar afectas efectivamente a impuestos en el Estado de residencia [...]; (ii) que dicha tributación general sea en razón de un nexo “subjetivo”, es decir, un vínculo entre la persona y el Estado Contratante que la grava, como lo es el domicilio, la residencia, la sede de dirección, o cualquier otro criterio de naturaleza análoga”.

Esta interpretación deja algunas dudas. En primer lugar, no es claro que la regla de sujeción general a rentas de fuente mundial establecida en el Art. 3° LIR no resulte aplicable a los fondos de pensiones. A pesar de que esta norma ocupe el término “personas”, es claro que cualquier entidad que tenga residencia tributaria en Chile quedará en principio afecta a impuestos en el país por sus rentas de cualquier origen. Por otra parte, el tratamiento tributario de la rentabilidad de los fondos de pensiones es el de un ingreso no renta, de manera que no corresponde estructuralmente a una exención. En otras palabras, podría argumentarse que un fondo de pensiones chileno está en principio sujeto a impuesto sobre sus rentas de fuente mundial, con la particularidad de que sus ingresos no constituyen legalmente rentas. Desde otra perspectiva, podría señalarse que la calificación tributaria de ingreso no renta para toda rentabilidad obtenida por el fondo elimina una posibilidad abstracta de tributación, de manera que la falta de sujeción a impuestos sería estructural y no coyuntural.

Sin perjuicio de lo anterior, es posible concluir que un fondo de pensiones exento de impuesto a la renta no sería un residente para efectos de un convenio tributario conforme a la jurisprudencia administrativa chilena, salvo que el convenio contenga una estipulación que le otorgue expresamente la calidad de residente.

IV FONDOS DE PENSIONES Y CONVENIOS TRIBUTARIOS SUSCRITOS POR CHILE

1. GENERALIDADES

La posición de Chile es que un fondo de pensiones exento de impuesto a la renta no puede calificar como residente de un Estado contratante en el contexto de un convenio tributario, salvo disposición en contrario. Sin embargo, es parte de la política tributaria de Chile incluir a los fondos de pensiones como beneficiarios de un convenio tributario⁴⁷, por lo que varios de los convenios tributarios suscritos por Chile resultan aplicables a rentas obtenidas por fondos de pensiones, porque estos convenios o sus respectivos Protocolos incluyen disposiciones expresas en este sentido, o bien porque otras convenciones internacionales modifican estos convenios, incluyendo disposiciones relativas a su aplicabilidad a fondos de pensiones.

⁴⁷ En este sentido aparece declarado por Chile en la Minuta de Acuerdo correspondiente a la ronda de negociaciones del convenio tributario entre Chile y China, que tuvo lugar en Beijing, China, entre el 16 y 21 de abril de 2015.

Una gran parte de los convenios suscritos por Chile contiene una disposición que establece tributación exclusiva en el Estado de Residencia respecto de ganancias de capital obtenidas por fondos de pensiones, a pesar de que algunos de estos convenios no contienen otras disposiciones aplicables a fondos de pensiones. Una disposición equivalente respecto a dividendos obtenidos por fondos de pensiones se encuentra en algunos de los convenios más recientes suscritos por Chile. Estas disposiciones en la práctica significan que los fondos de pensiones no estarán sujetos a tributación por las ganancias de capital y dividendos que perciban desde los Estados que incluyan estas disposiciones en sus convenios suscritos con Chile, considerando que normalmente estos fondos estarán exentos de impuesto en el Estado de Residencia.

Las disposiciones del convenio suscrito con China no son aplicables a los fondos de pensiones. Esto porque, según dan cuenta las minutas de negociaciones entre Chile y China, es política tributaria de este último país que los fondos de pensiones no estén incluidos como beneficiarios del convenio. Si China cambia esta política, las autoridades competentes se consultarán.

Los siguientes apartados incluyen un detalle de los convenios tributarios suscritos por Chile que incluyen disposiciones relativas a los fondos de pensiones.

2. CONVENIOS QUE CALIFICAN COMO PERSONA A UN FONDO DE PENSIONES

Califican expresamente a los fondos de pensiones como persona a efectos fiscales los convenios tributarios que Chile ha suscrito con Brasil⁴⁸, Emiratos Árabes Unidos (“EAU”) y Países Bajos.

Los convenios suscritos con EUA y Países Bajos disponen en su Art. 3(d) que “*el término ‘persona’ comprende a las personas naturales, a las sociedades y a cualquier otra agrupación de personas, así como a un fondo de pensiones reconocido*”.

3. CONVENIOS QUE CALIFICAN COMO RESIDENTE A UN FONDO DE PENSIONES

Califican expresamente a los fondos de pensiones como residentes de un Estado contratante los convenios tributarios que Chile ha suscrito con Brasil, EAU, Francia y Países Bajos. Iguales disposiciones se encuentran en los Protocolos de los convenios que Chile ha suscrito con Argentina, Australia, Estados Unidos, Italia, Japón y Uruguay.

El convenio suscrito con EAU indica en su Art. 4(1)(c) que “*la expresión ‘residente de un Estado Contratante’ incluye también a un Estado Contratante y a cualquier subdivisión política o gobierno local del mismo, así como a un fondo de pensiones reconocido de ese Estado Contratante*”. De igual manera, el convenio suscrito con Francia establece en el Art. 4(4) que esta expresión incluye “*un fondo de pensión y cualquier otra entidad establecida en un Estado Contratante y mantenida exclusivamente para administrar fondos para un programa de pensiones y organizado en ese Estado o para proporcionar, según un plan, pensiones u otros beneficios similares a personas naturales*”.

⁴⁸ Las disposiciones relativas a fondos de pensiones fueron introducidas en el CDT entre Chile y Brasil a través de protocolo modificatorio de 3 de abril de 2001, que a la fecha se encuentra suscrito pero no vigente.

Por su parte, el Art. 3(a) del Protocolo del convenio suscrito con Argentina dispone que “*el término ‘residente de un Estado Contratante incluye: [...] (ii) un fondo de pensiones establecido y regulado de acuerdo al sistema de seguridad social de un Estado Contratante fundamentalmente para el beneficio de los residentes de ese Estado, aunque todo o parte de su renta o ganancias se encuentre exenta de impuesto en ese Estado de acuerdo a su legislación interna’.*”

4. *CONVENIOS QUE INCLUYEN UNA DEFINICIÓN DE FONDO DE PENSIONES*

Incluyen una definición expresa de fondo de pensiones los convenios tributarios suscritos por Chile con Brasil, EAU, Estados Unidos, Japón y Países Bajos. Iguales definiciones están incluidas en los Protocolos de los convenios suscritos por Chile con Australia, Irlanda, Italia y Uruguay.

Los convenios tributarios suscritos con EAU, Estados Unidos y Países Bajos contienen una definición similar de fondos de pensiones. El Art. 3(j) del convenio entre Chile y Estados Unidos indica que “*el término ‘fondo de pensión’ significa cualquier persona o entidad establecida en un Estado Contratante que se encuentra:*

- i) generalmente exenta de impuesto a la renta en ese Estado; y*
- ii) operada principalmente, ya sea:*
 - A) para administrar o entregar pensiones o beneficios de retiro o*
 - B) para obtener rentas a beneficio de una o más personas o entidades que reúnan los requisitos de la cláusula i) y subcláusula A) de la cláusula ii) de este subpárrafo”.*

La definición utilizada en estos convenios es similar a la del Modelo OCDE, con algunas diferencias: En primer lugar, estas definiciones agregan un elemento adicional, consistente en que los fondos estén generalmente exentos de impuesto a la renta en el Estado de Residencia. Luego, estas definiciones solo contemplan a entidades que otorguen prestaciones asociadas a la jubilación, sin incluir otras prestaciones complementarias o accesorias, aunque la misma norma indica que deben estar operadas “principalmente” para otorgar este tipo de beneficios, lo que permitiría argumentar que estas entidades pueden otorgar otros tipos de prestaciones y aun así calificar como fondos de pensiones, en la medida en que otorguen principalmente prestaciones de jubilación. En tercer lugar, no exigen que los fondos de pensiones a que hacen referencia estén regulados como tal por la legislación del Estado de Residencia.

Con todo, el Art. 3(j) del convenio entre Chile y Emiratos Árabes Unidos se encarga de precisar que, en el caso de Chile, será un fondo de pensiones reconocido aquel “*establecido bajo el sistema del decreto ley N°3.500*”. Disposiciones similares se encuentran en los Protocolos de los convenios suscritos con Australia, Irlanda e Italia.

5. *CONVENIOS QUE CALIFICAN A LOS FONDOS DE PENSIONES COMO BENEFICIARIOS EFECTIVOS DE LAS RENTAS QUE RECIBEN*

Califican expresamente a los fondos de pensiones como beneficiarios efectivos de las rentas que reciben los convenios que Chile ha suscrito con Brasil y EAU. Iguales disposiciones están contenidas en los Protocolos de los convenios suscritos con Argentina, Australia e Italia.

El Art. 3(j) del convenio entre Chile y EAU indica que “*un fondo de pensiones reconocido de un Estado Contratante será considerado el beneficiario efectivo de las rentas que perciba*”. A su turno, el Art. 3 del Protocolo del convenio entre Chile y Argentina señala que “*un fondo de pensiones establecido y regulado de acuerdo al sistema de seguridad social de un Estado contratante fundamentalmente para el beneficio de los residentes de ese Estado se tratará como beneficiario efectivo de las rentas que perciba*”.

6. DISPOSICIÓN RELATIVA A LOS DIVIDENDOS

Los convenios tributarios suscritos por Chile con EAU, Estados Unidos, Japón y Países Bajos contienen una disposición que establece tributación exclusiva en el Estado de Residencia respecto a dividendos percibidos por fondos de pensiones.

El Art. 10(3) del convenio entre Chile y Japón señala que “*los dividendos no podrán ser sujetos a imposición en el Estado Contratante del cual la sociedad pagadora de tales dividendos es residente, cuando el beneficiario efectivo de los dividendos sea un fondo de pensiones que sea residente en el otro Estado Contratante, siempre que tales dividendos no sean obtenidos del desarrollo de una actividad empresarial llevada a cabo por tal fondo de pensiones o a través de una empresa asociada*”.

7. DISPOSICIÓN RELATIVA A LAS GANANCIAS DE CAPITAL

Los convenios tributarios suscritos por Chile con Australia, Austria, Bélgica, Colombia, Emiratos Árabes Unidos, España, Estados Unidos, Francia, Irlanda, Italia, Japón, Países Bajos, Portugal, Reino Unido, Suecia, Suiza contienen una disposición que establece tributación exclusiva en el Estado de Residencia respecto a ganancias de capital percibidas por fondos de pensiones.

El Art. 13(4)(a) del convenio entre Chile e Irlanda indica que “*no obstante cualquier otra disposición de este párrafo, las ganancias de capital obtenidas por un fondo de pensiones que es residente de un Estado Contratante provenientes de la enajenación de acciones u otros derechos representativos del capital de una sociedad que es residente del otro Estado Contratante, serán gravadas únicamente en el Estado Contratante mencionado en primer lugar*”.

8. CONVENCION PARA HOMOLOGAR EL TRATAMIENTO IMPOSITIVO PREVISTO EN LOS CONVENIOS ENTRE LOS ESTADOS PARTE DEL ACUERDO MARCO DE LA ALIANZA DEL PACÍFICO

Con fecha 14 de octubre de 2017, las Repúblicas de Colombia, Chile, México y Perú suscribieron la convención referida, que modifica los convenios tributarios que estos Estados suscribieron entre sí⁴⁹.

Esta convención contiene diversas disposiciones relativas a los fondos de pensiones. Los Arts. 2 y 3 establecen que un fondo de pensiones será considerado una persona y un residente de un Estado contratante, respectivamente. El Art. 4(A) se encarga de definir la expresión “fondo de pensiones reconocido”, que en el caso de Chile significa los fondos de pensiones establecidos de acuerdo con el sistema de pensiones del DL 3.500. Luego,

⁴⁹ A la fecha, esta convención está suscrita pero no vigente.

el Art. 4(B) dispone que un fondo de pensiones reconocido de un Estado contratante será considerado beneficiario efectivo de las rentas que perciba.

Por otra parte, el Art. 5 de la convención establece una limitación a la tributación en el Estado Fuente respecto a intereses percibidos por fondos de pensiones, que no podrá exceder del 10 por ciento del importe de los intereses, por regla general. De manera similar, el Art. 6 de la convención establece una tributación exclusiva en el Estado de Residencia respecto de ganancias de capital obtenidas en la enajenación de acciones de sociedades del Estado Fuente, realizadas a través de una bolsa de valores que forme parte del Mercado Integrado Latinoamericano.

9. LA CONVENCIÓN MULTILATERAL (MLI)

Según se señaló anteriormente, la Convención Multilateral, que modifica los convenios tributarios suscritos por Chile cubiertos por dicho instrumento, contiene una disposición específica que otorga la calidad de persona calificada a los fondos de pensiones, que se encuentra en el Art. 7(9) del instrumento.

Esta disposición es parte de la denominada Disposición Simplificada sobre Limitación de Beneficios, contenida en los Arts. 7(8) a 7(13) del MLI, que Chile decidió aplicar en sus convenios cubiertos por este instrumento.

CONCLUSIONES

Un fondo de pensiones calificará como una “persona” en el contexto de un convenio tributario cuando la legislación fiscal del Estado de Residencia los considere como una entidad separada e independiente, aun cuando no constituyan personas jurídicas. Este será el caso cuando los activos y rentas se atribuyan tributariamente al fondo y no a otra entidad, y cuando el fondo tenga la capacidad de ser sujeto de obligaciones tributarias principales o accesorias sobre estas rentas, ya sea directamente o a través de una entidad administradora. En los casos en que las rentas y activos se atribuyan a una entidad distinta del fondo, esta entidad deberá cumplir por su propio mérito los requisitos previstos para acceder a los beneficios de un convenio. La calificación de persona de los fondos de pensiones no ha generado mayores problemas de aplicación en la práctica.

La razón principal por la que los fondos de pensiones quedan excluidos de la aplicación de un convenio tributario es la imposibilidad de calificarlos como residentes del Estado en que están constituidos, en ausencia de disposición expresa en el respectivo convenio. La dificultad de lograr soluciones uniformes en este sentido radica en el distinto alcance que los países dan al concepto de “sujeto a imposición”, así como las distintas maneras en que los Estados configuran las exenciones tributarias aplicables a los fondos de pensiones. Algunos Estados consideran que las entidades que no están sujetas a una obligación general de imposición sobre rentas de fuente mundial, o que están estructuralmente exentas de impuesto a la renta, no pueden ser consideradas “sujetas a imposición” en el Estado de Residencia y, por tanto, no pueden ser considerados residentes de ese Estado en el contexto de un convenio tributario. Sin embargo, muchos de estos mismos Estados

mantienen como política tributaria la inclusión expresa de los fondos de pensiones como residentes para efectos de un convenio, de manera que sus convenios o protocolos pueden contener disposiciones expresas en este sentido.

Este trabajo de investigación no arrojó mayores resultados de jurisprudencia judicial que nieguen a un fondo de pensiones el acceso a los beneficios de un convenio por no calificar como beneficiario efectivo de las rentas percibidas o como una “persona calificada”. Al respecto, y si bien un fondo de pensiones debiera ser el beneficiario efectivo de sus rentas, muchos convenios y protocolos incluyen disposiciones expresas en este sentido. Por otra parte, no es claro que un fondo de pensiones pueda ser una “persona calificada” en ausencia de una disposición convencional expresa, por lo que existen esfuerzos multilaterales en este sentido. Tanto el Modelo OCDE como la Convención Multilateral incluyen normas que declaran a los fondos de pensiones como “personas calificadas” para acceder a los beneficios de un convenio.

Un gran número de los convenios tributarios suscritos por Chile incluye disposiciones relativas a los fondos de pensiones, en particular los convenios suscritos más recientes (Países Bajos, Estados Unidos, EAU). Las disposiciones más comunes que se encuentran en los convenios suscritos por Chile son aquellas que establecen tributación exclusiva en el Estado de Residencia respecto de dividendos y ganancias de capital.

BIBLIOGRAFÍA

- Dourado, Ana Paula; Kofler, George; Reimer, Ekkehart; Rust, Alexander (2015). “General Definitions”, en Reimer & Rust (eds), “Klaus Vogel on Double Taxation Conventions”, 4th Ed.
- Figueroa Yáñez, Gonzalo (1997). “El Patrimonio” (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2^a Edición).
- Gouthière, Bruno (2022). “Les impôts dans les affaires internationales» (Paris, Editions Francis Lefebvre, 16a edición).
- Landesaumlrztchammer Hessen Versorgungswerk (2015), *Conseil d'Etat* N°370054 9/11/15. Disponible en: <https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000031464422/>
- Observatoire d'économie appliquée (2022): *Conseil d'Etat* N°443018, 02/02/2022. Disponible en: <https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000045118476/>
- OCDE (2015). “Stocktaking of the tax treatment of funded private pension plans in OECD and EU countries”. Disponible en: <https://www.oecd.org/pensions/Stocktaking-Tax-Treatment-Pensions-OECD-EU.pdf>.
- OCDE (2016-1). “Impedir la utilización abusiva de convenios fiscales, Acción 6 – Informe final 2015”, Proyecto de la OCDE y del G-20 sobre la Erosión de la Base Imponible y el Traslado de los Beneficios, Éditions OCDE, Paris.
- OCDE (2016-2). “Discussion draft on changes to the OECD Model Tax Convention concerning the treaty residence of pension funds”. Disponible en: <https://www.oecd.org/tax/treaties/discussion-draft-treaty-residence-pension-funds.pdf>.
- OCDE (2016-3). “Comments received on Public Discussion Draft. Treaty Residence of Pension Funds”. Disponible en: <https://www.oecd.org/tax/treaties/public-comments-received-discussion-draft-treaty-residence-pension-funds.pdf>.
- Ojeda con AFP Cuprum (2020): Tribunal Constitucional, Rol N°7442-2019, 14/05/2020
- Santander Pensiones SA EGFP (2015). *Conseil d'Etat* N°371132, 9/11/15. Disponible en: <https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000031464426/>

- Stewart, F. and J. Yermo (2008). “Pension Fund Governance: Challenges and Potential Solutions”, OECD Working Papers on Insurance and Private Pensions, No. 18, OECD publishing.
- Superintendencia de Pensiones (2010), “El Sistema chileno de Pensiones”, 7ª Edición, disponible en: https://www.spensiones.cl/portal/institucional/594/articles-7206_libroVIIedicion.pdf
- TDA International (2022). *Conseil d’Etat* N°446664 02/02/2022. Disponible en: <https://www.legifrance.gouv.fr/ceta/id/CETATEXT000045118485/>
- Valenzuela con AFP Habitat S.A (2020): Tribunal Constitucional, Rol N°7548-2019, 14/05/2020.
- Wheeler, Joanna (2013). “Persons qualifying for treaty benefits”, en Papers on selected topics in administration of tax treaties for developing countries. Disponible en: https://www.un.org/esa/ffd/wp-content/uploads/2013/05/20130530_Paper2A_Wheeler.pdf