

## Política fiscal internacional: errores no forzados de la administración fiscal<sup>1</sup>

CRISTIÁN GÁRATE

J.D. LL.M. PH.D.

Profesor Asociado,

UNIVERSIDAD DE CHILE

"More and more enterprises organized abroad by American firms have arranged their corporate structures aided by artificial arrangements ... which maximize the accumulation of profits in the tax haven ...in order to reduce sharply or eliminate completely their tax liabilities".  
(J.F.Kennedy)

"Am schwersten auf der Welt zu verstehen ist die Einkommensteuer".  
(Albert Einstein)

**RESUMEN:** El artículo contiene un análisis de varios problemas denominados errores no forzados de la política fiscal internacional seguida por la Administración Fiscal de Chile. En particular, el artículo enfoca alguna de sus causas indirectas y directas, sus efectos económicos y propone posibles soluciones. Primero, el análisis establece preguntas respecto del poder de la dirección adoptada por la política fiscal internacional, la que es caracterizada como un Hara Kiri Fiscal por su habilidad de incrementar el gasto fiscal de Chile, al mismo tiempo que potencialmente agravar el desbalance tributario en favor de los contribuyentes de los quintiles superiores, quienes hacen uso intensivo de las ventajas fiscales contenidas en estos instrumentos, lo que refuerza los tratos fiscales asimétricos y patrones discriminatorios dentro del sistema tributario chileno, considerando la posición de Chile como el país con la distribución de rentas más regresivo de los países OCDE. Segundo, el análisis efectúa un ejercicio de argumentación tributaria en orden a reforzar la obligación de respetar el contenido de derecho internacional público en los Convenios de Doble Imposición, mediante la presentación de una evaluación práctica de tres casos de jurisprudencia administrativa en derecho tributario internacional, que prueban la existencia de graves problemas en la comprensión, interpretación y aplicación de estos instrumentos.

<sup>1</sup> Fondo Interno de Apoyo a la Investigación de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.

\* \* \*

## 1. Errores no Forzados

Como en toda organización humana, existen muchas áreas de actividad del Servicio de Impuestos Internos de Chile (SII) susceptibles de cometer aciertos y errores, lo que remata inevitablemente en potenciales efectos recaudatorios positivos, negativos o neutros para el Fisco. Pero, haciendo un símil con lo que sucede en algunos deportes, los casos más chocantes son aquellos que pueden calificarse como “errores no forzados”, entendido éste último concepto en el sentido que le dan quienes profesan de comentaristas deportivos, a saber: actos administrativos, propios y fallidos. Es decir, declaraciones de voluntad resolutivas, emanadas de la administración tributaria, dentro de su competencia técnica, que contienen inconsistencias legales originadas en defectos atribuibles a la inoperancia, incongruencia, ignorancia, descoordinación, torpeza u otra razón imputable a la propia administración tributaria.<sup>2</sup>

Un área normativa del SII en que esta problemática se verifica con gran potencia deportiva es en materia de tributación internacional. Primariamente, puede señalarse que los errores no forzados del órgano técnico en esta área del derecho resultan muy delicados, dado que implican soluciones encontradas tanto con el derecho público doméstico, contenido en las leyes tributarias internas, cuanto, con el derecho internacional público, contenido en los Convenios de Doble Imposición (CDI). Estos últimos obligan al Estado frente a los contribuyentes, sean residentes en Chile o residentes en el extranjero, como también frente al otro Estado contratante, conforme al principio de derecho internacional público denominado *pacta sunt servanda*. Secundariamente, puede afirmarse que, a pesar de lo delicado del problema, el SII muestra un desempeño de errores no forzados sistemático, lo que se evidencia en una secuela de Circulares, Resoluciones, Dictámenes de la Dirección Nacional y Dictámenes de las Direcciones Regionales, todo lo cual constituye un acervo equívoco de jurisprudencia administrativa en materia de derecho tributario internacional.

Esta cuestión relevante es la que motiva la presente reflexión académica sobre sus causas y evidencia de resultados, considerando la cantidad de Convenios de Doble Imposición vigentes que afectan la posición fiscal de Chile, por la

<sup>2</sup> En primer lugar, este problema podría analizarse legalmente, en la órbita del derecho administrativo, desde la perspectiva del principio *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*, cuya raíz está en los principios básicos de buena fe y la confianza legítima del contribuyente frente al órgano técnico SII. En segundo lugar, este problema podría concatenarse con un efecto de detrimento patrimonial en la órbita fiscal y/o del contribuyente. En el caso del Fisco de Chile, podría gatillar responsabilidades administrativas jerárquicas y funcionarias por el error en la interpretación técnica de las normas bajo órbita de su competencia exclusiva. En el caso del contribuyente, implica el estudio de las consecuencias civiles de responsabilidad administrativa extracontractual causada en su propia torpeza resolutiva.

creciente integración de la economía chilena en el intercambio global de bienes y servicios. Además, resulta atingente a la actual preocupación mundial por el uso de los mismo convenios precitados para erosionar las bases tributarias de los países por parte de las multinacionales.

Como un primer esbozo de las causas indirectas más verosímiles de este problema, se deben considerar diversos factores concomitantes, que juegan en contra de soluciones administrativas más perfectas en materia de tributación internacional en Chile. Estas causas concurrentes dependen de elementos internos del mismo órgano de la administración tributaria, tales como: a) la calidad del capital humano al interior de la organización; b) el adecuado entrenamiento y capacitación de dicho personal en áreas técnicas nuevas de derecho; c) la carencia de infraestructura pública incluyendo literatura, bases de datos especializadas y programas computacionales especiales; d) los conflictos entre funcionarios del mismo servicio público, dado por funcionarios que tienen autoridad y carecen de suficiente experiencia técnica, versus funcionarios que tienen experiencia técnica, pero poca autoridad; e) el acceso a información y capacidad funcionaria para procesar datos y entender operaciones complejas del contribuyente; f) los conflictos de interés público-privado que no se encuentran totalmente transparentados en la administración fiscal; g) las circunstancias de adecuación de las razones y decisiones del órgano técnico, por parte de las autoridades administrativas, en vista de sus efectos de conveniencia económica, jurídica o política.

Con todo, respecto a las causas y factores enumerados anteriormente, que explicarían la aparición de errores no forzados, cabe elucubrar algunas hipótesis en función de tres explicaciones básicas más directas y puntuales. Es necesario ahondar académicamente en estas causas, a riesgo de reconocer que su sola mención puede resultar desagradable para los intereses del *establishment* político-administrativo del SII, en función de que estas razones se omiten abiertamente en los análisis, evaluación y cuenta pública de dicho órgano técnico.

Una primera explicación para el origen de los errores no forzados del SII dice relación con la evidente inmadurez del órgano técnico chileno frente a los fenómenos de tributación internacional y, particularmente, en la negociación y fiscalización de los Convenios de Doble Imposición. Como explicación dicha aseveración resulta poco certera y demasiado piadosa para considerarla justificante, dados los siguientes elementos: a) la criticable temeridad con que el SII se ha lanzado en los últimos 25 años a negociar Convenios de Doble Imposición con potencias económicas extranjeras<sup>3</sup>; b) la ausencia de aguda reflexión de

<sup>3</sup> Ministro de Economía, Presentación PPT Amcham 2009. Conforme a las cifras oficiales presentadas por el Ministro de Hacienda en la presentación del CDI con Estados Unidos de Norteamérica el país ya ha cubierto con sus CDI negociados y vigentes casi el 90% del comercio exterior y la misma cifra recae en la inversión extranjera, lo que es extremadamente alto.

estas materias a nivel de los pocos expertos nacionales<sup>4</sup>; c) la importancia de los países con CDI vigente<sup>5</sup> y en negociación<sup>6</sup>; d) los crasos errores conceptuales que se comenten en general en la discusión de nuestras leyes tributarias en el Parlamento<sup>7</sup>; e) los deficientes informes técnicos presentados a las Comisiones de Hacienda y en ambas Cámaras del Parlamento por los negociadores de CDI del SII y por el órgano técnico presupuestario de la Dirección de Presupuesto; f) los antecedentes sobre los CDI que históricamente presenta el Ministerio de Hacienda en sus informes financieros dirigidos al Parlamento, en el proceso de aprobación de un CDI, copiados de otros resúmenes que no describen claramente los efectos legales y no efectúan una cuantificación de impacto de los CDI para el Fisco de Chile; g) la experiencia de las contrapartes de un CDI, cuyas administraciones tributarias y asesores fiscales tienen una larga tradición en el estudio y aplicación práctica de estas materias frente a los contribuyentes.

Considerando estos elementos, parecería fundamental que al menos existiese un primer estudio externo para determinar las fortalezas y deficiencias y sus posibles soluciones como país. Asimismo, resultaría básico lograr una nivelación y preparación de los funcionarios fiscales de todas las subdirecciones regionales para la interpretación, aplicación y para mejorar los criterios de tal manera que permita emparejar la cancha entre fiscalizaciones de derecho internacional y las fiscalizaciones de derecho nacional. Lo anterior no se verifica en la práctica, lo que es reprochable, dado que los CDI son instrumentos que deben ser conocidos por los fiscalizadores frente a los contribuyentes que los utilizan para operaciones en el país y en el extranjero, calificando para los beneficios de los CDI, con efectos recaudatorios positivos y negativos para Chile.

<sup>4</sup> No existe literatura experta publicada en el país con respecto a la Tributación Internacional. Algunos artículos publicados en revistas confunden materias de Tributación Internacional contenida en los CDI con materias de Tributación del Impuesto de retención a los pagos efectuados al extranjero, denominado Impuesto Adicional. Algunos funcionarios del SII han presentado artículos académicos aprovechando sus propias presentaciones funcionarias, que se efectúan ante el Parlamento en la discusión de los CDI, lo que demuestra falta de seriedad académica en el análisis de estas materias. Ver Investigación Académica, Revista CET N° 2, Universidad de Chile, 2010, pp. 183.

<sup>5</sup> Ministro de Economía, Presentación PPT Amcham 2009. Países con Convenio Vigente o En Negociación: Argentina, Brasil, Canadá, Colombia, Corea, Croacia, Dinamarca, Ecuador, España, Francia, Irlanda, Malasia, México. Suscrito: Australia, Bélgica, Estados Unidos, Rusia, Suiza, Tailandia. En Negociación: Austria, China, Cuba, Finlandia, Holanda, Hungría, India, Italia, Kuwait, República Checa, Sudáfrica, Uruguay, Venezuela.

<sup>6</sup> El SII eliminó en 2010 la información pública disponible en su sitio WEB, [www.sii.cl](http://www.sii.cl), con la mención a los CDI en negociación. Asimismo, el SII no publica los acuerdos administrativos de intercambio de información existentes con países extranjeros. Esta información puede solicitarse a través de las normas de Transparencia de Información.

<sup>7</sup> Congreso Nacional de Chile, Boletín N° 8.488-05, Informe de la Comisión Mixta recaído en el proyecto de ley que perfecciona la legislación tributaria y financia la reforma educacional, p. 112: "La Honorable Senadora señora Rincón expuso que en el tema de la tributación de establecimientos permanentes, actualmente dichas organizaciones tributan sobre rentas de fuente chilena y de fuente extranjera, y en ambos casos sobre rentas devengadas y percibidas, y el proyecto mantiene lo mismo sólo sobre las rentas chilenas, pero en el caso de las rentas de fuente extranjera limita la tributación a las rentas percibidas, excluyendo las devengadas, lo que ocasionaría o incentivaría que los establecimientos permanentes no repatrien los capitales a Chile para evitar su tributación. Además, expresó que el Ejecutivo señala que la medida propuesta generaría una mayor recaudación sin señalar las bases que sustentan tal afirmación".

Esto se comprueba, por ejemplo, en algunas de las interpretaciones administrativas entregadas por el SII a través de oficios administrativos (*letter rulings*), tanto a nivel nacional como regional. A nivel nacional el Director Nacional opera en virtud de su competencia específica determinada por el Código Tributario en su artículo 6, letra A, N° 1; a nivel del Director Regional, se opera en virtud de su competencia específica determinada por el Código Tributario en su artículo 6, letra B, N° 1. Los efectos jurídicos de dichas interpretaciones están determinados por el artículo 26 del Código Tributario, que establece que no procede el cobro retroactivo de un impuesto cuando el contribuyente se haya ajustado de buena fe a una determinada interpretación de las leyes tributarias sustentadas por la Dirección o por las Direcciones Regionales en circulares, dictámenes, informes u otros documentos oficiales. La reforma tributaria contenida en la Ley 20.780 complementó dichas facultades en el inciso segundo de dicho artículo, estableciendo como facultad del Director la consulta pública de proyectos de circulares e instrucciones, las que permiten recibir opiniones no vinculantes. Asimismo, la Ley 20.780 establece un cambio radical en la postura de la administración fiscal frente al contribuyente mediante el establecimiento de una presunción positiva y una presunción negativa de buena fe, materia de las normas de antielusión que se incorporaron en el Código Tributario en los artículos 4bis y siguientes. El quid del problema es que observando sistemáticamente las decisiones contenidas en oficios publicados por la Dirección Regional Metropolitana Oriente (la más activa), se refieren conceptos de tributación internacional errados, contenidos a su vez en otros oficios errados de la Dirección Nacional, desde el punto de vista técnico<sup>8</sup>.

Una segunda explicación dice relación con la desconexión que existe al interior del SII entre quienes tienen un conocimiento acabado del derecho internacional tributario contenido en los CDI, después de años de trabajo funcionario en sucesivas rondas de negociaciones, asistencia a conferencias internacionales y participación en programas internacionales en la OCDE y la ONU en representación de Chile. Pero hasta la fecha carecen de conocimiento técnico suficiente respecto del contenido de las leyes tributarias domésticas de Chile. Esta explicación permite sopesar muy positivamente el impulso dado en materia de tributación internacional, pero ayuda a la vez a identificar la causa de importantes errores cometidos, y la anticipación de futuros problemas, dado que es insalvable para su solución el conocimiento de conceptos tributarios básicos en el orden normativo doméstico. Así, al producirse la interfase entre el derecho tributario internacional, que tiene su propia nomenclatura para fijar potestades jurisdiccionales, *vis a vis* el derecho tributario doméstico, que establece los hechos gravados de los contribuyentes en el contexto del orden público económico chileno, es evidente que se requiere tener una visión bifocal,

<sup>8</sup> Oficio N° 461, Dirección Regional Oriente, 13.07.2009; Oficio N° 28, Dirección Regional Oriente, 27.1.2011; Oficio N° 46, Dirección Regional Oriente, 16.02.2011.

basada en la posibilidad de observar los problemas en la esfera internacional y observar su dimensión en la esfera nacional, lo que se evidencia desde la fase de negociación de un CDI hasta su aplicación práctica por contribuyentes frente al SII. La falta de un conocimiento experto por parte del negociador sobre la operatoria del derecho tributario doméstico implica un comportamiento negligente del órgano técnico chileno en respuesta a los efectos de los CDI para el Fisco y frente a las necesidades de los contribuyentes, residentes en Chile y en el exterior, que deben interpretar los instrumentos con certeza jurídica respecto del derecho tributario nacional. Lo anterior pone al descubierto como principio de protección de la soberanía fiscal que es cuestionable que quienes tienen a su cargo negociar estos instrumentos, frente a potencias extranjeras, carezcan de conocimiento acabado de la legislación tributaria doméstica, como ocurre en todos los países OCDE y en todos los países del mundo, sobre todo aquellos en vías de desarrollo que están en una posición de negociación claramente asimétrica frente a otros países más desarrollados. En general, es conocido como condición *sine quae non*, para poder representar al país frente a potencias extranjeras, el tener un título profesional habilitante respecto del conocimiento de la legislación doméstica, para no caer en errores crasos que menoscaban la posición fiscal del país negociador. Haciendo una analogía, esta actitud de las autoridades gubernamentales chilenas en los últimos años es comparable a poner al frente del equipo de estudio, negociación y defensa de intereses de la soberanía nacional, con respecto a las sendas demandas de soberanía marítima (*mutatis mutandi* soberanía tributaria) presentadas por las Repúblicas de Perú y Bolivia, ventiladas en la Corte de La Haya, a un ciudadano que posea conocimiento de derecho internacional público, pero no conozca las leyes que rigen los límites y fronteras territoriales de nuestro país. Ejemplos concretos ocurren en el paradigmático error en la negociación de la norma distributiva del artículo 5, párrafo 6 de los CDI Modelo OCDE<sup>9</sup>, que no garantizan la tributación en la fuente en materia de primas de seguros y reaseguros<sup>10</sup>. Este

<sup>9</sup> Comentario Modelo OCDE, 2010, Artículo 5, par. 6, 39: "According to the definition of the term "permanent establishment" an insurance company of one State may be taxed in the other State on its insurance business, if it has a fixed place of business within the meaning of paragraph 1 or if it carries on business through a person within the meaning of paragraph 5. Since agencies of foreign insurance companies sometimes do not meet either of the above requirements, it is conceivable that these companies do large-scale business in a State without being taxed in that State on their profits arising from such business. In order to obviate this possibility, various conventions concluded by OCDE member countries include a provision which stipulates that insurance companies of a State are deemed to have a permanent establishment in the other State if they collect premiums in that other State through an agent established there –other than an agent who already constitutes a permanent establishment by virtue of paragraph 5– or insure risks situated in that territory through such an agent. The decision as to whether or not a provision along these lines should be included in a convention will depend on the factual and legal situation prevailing in the Contracting States concerned. Frequently, therefore, such a provision will not be contemplated. In view of this fact, it did not seem advisable to insert a provision along these lines in the Model Convention."

<sup>10</sup> Oficio N° 1.745, 19.05.2009, Dirección Nacional; Oficio N° 1.746, 20.05.2009, Dirección Nacional; Oficio N° 2.176, 26.04.2009, Dirección Nacional; Oficio N° 986, 07.05.2007, Dirección Nacional; Oficio N° 597, Dirección Regional Oriente.

error fue posteriormente advertido y mitigado con la reserva incorporada al momento de la adhesión de Chile a la OCDE y la incorporación en los recientes tratados de una cláusula similar a la cláusula ONU del artículo 5 párrafo 6, pero ello no aplica para todos los tratados negociados sin dicha cláusula<sup>11</sup>.

Una tercera explicación dice relación con la aparente falta de conocimiento de derecho contenido en los CDI respecto de quienes tienen obligación de fiscalizar las operaciones de contribuyentes locales y extranjeros. Esta explicación es más atendible, por la complejidad de los negocios internacionales y sobre todo porque las actuales circunstancias de planificación fiscal internacional evasiva<sup>12</sup> y elusiva<sup>13</sup> están tocando gravemente al erario de todos los países desarrollados (G20) que utilizan el Modelo de CDI OECD-ONU apoyados en sus Comentarios Técnicos y las Guías de Precios de Transferencia. En consecuencia, el fenómeno afecta por igual a todas las jurisdicciones en que efectivamente las capacidades de los funcionarios de las administraciones fiscales a los que se les asigna un asunto fiscal internacional pueden claramente verse sobrepasadas por las complejidades legales y económicas de las operaciones.

En el trasfondo de todo este debate internacional sobre la comprensión y fiscalización de operaciones complejas subyace el concepto de Erosión Fiscal Internacional, referido en la literatura actual con el acrónimo BEPS<sup>14</sup>. La idea

<sup>11</sup> Comentario Modelo OCDE, 2010, Artículo 7, par. 75: "Australia, Chile and New Zealand reserve the right to include a provision that will permit their domestic law to apply in relation to the taxation of profits from any form of insurance. (1)Chile was added to this reservation when it joined the OCDE in 2010".

<sup>12</sup> EU Commission, 6.12.2012, COM(2012) 722 final, Communication From The Commission To The European Parliament And The Council, An Action Plan to strengthen the fight against tax fraud and tax evasion: Around 1 trillion is lost to tax evasion and avoidance every year in the EU. A new action plan encourages European governments to work together to clamp down on companies and individuals not paying their fair share.

<sup>13</sup> Secrecy for Sale: Inside the Global Offshore Money Maze, ICIJ :Offshore Global Impact Exposed, <http://www.icij.org/offshore>, Last visited 7.4.2013.

<sup>14</sup> OECD (2013), Addressing Base Erosion and Profit Shifting, OECD Publishing 2013; EU Commission, 6.12.2012, COM(2012) 722 final, Communication From The Commission To The European Parliament And The Council, An Action Plan to strengthen the fight against tax fraud and tax evasion: Around 1 trillion is lost to tax evasion and avoidance every year in the EU. A new action plan encourages European governments to work together to clamp down on companies and individuals not paying their fair share; US Senate Finance Committee Staff Tax Reform Options for Discussion, International Competitiveness, May 9, 2013, p. 5: Base erosion and profit shifting: Some multinationals minimize their tax burden by using planning strategies that shift income from a high-taxed affiliate to a low-taxed affiliate. They do so for income derived from both U.S. and foreign customers. This tax planning is possible through a combination of factors, including tax treaties, the ability to treat different subsidiaries as separate entities, and the ways in which multinationals set prices for transactions between their subsidiaries. Typically, multinationals seek to reduce their tax burden by arranging their affairs so that subsidiaries resident in low-tax countries receive as much income as possible through ownership of valuable intangibles, the provision of financing, and the assumption of business risks. They also seek to allocate payments of deductible interest and royalties to affiliates in higher-tax countries, which reduces their tax base in those countries. Estimates of the amount of taxable income shifted by U.S. multinationals to low-tax countries from other countries (not necessarily only the U.S.) through base erosion and profit shifting range from \$58 billion to \$111 billion per year. Base erosion and profit shifting by global corporate

de base de BEPS es que los flujos de rentas (incrementos de patrimonio) de personas y de grandes empresas multinacionales<sup>15</sup> evaden o eluden sus obligaciones tributarias mediante la planificación tributaria internacional, que combina el flujo de cuantiosas ganancias hacia países considerados como paraísos fiscales<sup>16-17</sup>, valiéndose de las asimetrías de trato fiscal que provee el derecho tributario nacional y los Convenios de Doble Tributación Internacional. Estas ideas son materia de análisis en un sinnúmero de estudios de organismos internacionales multilaterales tales como OECD<sup>18</sup>, IMF, ONU, G20 y especialmente en el Congreso de Estados Unidos, Cámara de Lores en UK, Senado de Francia, Bundestag de Alemania, Holanda, Irlanda, Tax Justice Network, Citizens for Justice, entre otros<sup>19</sup>. Esto es precisamente el motivo por el cual no se puede desvincular el conocimiento de los funcionarios fiscalizadores respecto de la tributación internacional conjuntamente con el derecho tributario doméstico.

---

groups has become a political issue in a number of countries including the UK, France, and Germany. The G-20 countries, which include the U.S., are discussing a range of alternatives to address profit shifting to tax haven entities that lack business substance”.

<sup>15</sup> OECD's work on Aggressive Tax Planning, <http://www.oecd.org/ctp/aggressive/atp.htm>

<sup>16</sup> Secrecy for Sale: Inside the Global Offshore Money Maze, ICIJ :Offshore Global Impact Exposed, <http://www.icij.org/offshore>, Last visited 7.4.2013.

<sup>17</sup> Jane G. Gravelle ,Tax Havens: International Tax Avoidance and Evasion, US Congress, 09.03, 2010, R40623, p. 6: “Criticisms have been made by a range of commentators that many countries are tax havens or have aspects of tax havens and have been overlooked. These jurisdictions include major countries such as the United States, the UK, the Netherlands, Denmark, Hungary, Iceland, Israel, Portugal, and Canada. Attention has also been directed at three states in the United States: Delaware, Nevada, and Wyoming. Finally there are a number of smaller countries or areas in countries, such as Campione d’Italia, an Italian town located within Switzerland, that have been characterized as tax havens. A country not on the list in Table 1, but which is often considered a tax haven, especially for corporations, is the Netherlands, which allows firms to reduce taxes on dividends and capital gains from subsidiaries and has a wide range of treaties that reduce taxes.<sup>14</sup> In 2006, for example, Bono and other members of the U2 band moved their music publishing company from Ireland to the Netherlands after Ireland changed its tax treatment of music royalties.<sup>15</sup> Some have identified the United States and the United Kingdom as having tax haven characteristics. Luxembourg Prime Minister Jean-Claude Juncker urged other EU member states to challenge the United States for tax havens in Delaware, Nevada, and Wyoming.<sup>16</sup> See, for example, Micheil van Dijk, Francix Weyzig, and Richard Murphy, *The Netherlands: A Tax Haven? SOMO (Centre for Research on Multinational Corporations), Amsterdam, 2007* and Rosanne Altshuler and Harry Grubert, “Governments and Multinational Corporations in the Race to the Bottom, *Tax Notes*, February 27, 2009, pp. 979-992.”; Jane G. Gravelle ,*Tax Havens: International Tax Avoidance and Evasion*, US Congress, 09.03, 2010, R40623, p.7: “In a meeting in late April 2009, Eduardo Silva, of the Cayman Islands Financial Services Association, claimed that Delaware, Nevada, Wyoming, and the United Kingdom were the greatest offenders with respect to, among other issues, tax fraud. He suggested that Nevada and Wyoming were worse than Delaware because they permit companies to have bearer shares, which allows anonymous ownership. A U.S. participant at the conference noted that legislation in the United States, S. 569, would require disclosure of beneficial owners in the United States. Charles Gnaedinger, “U.S.,Cayman Islands Debate Tax Haven Status,” *Tax Notes*, May 4, 2009, pp. 548-545”.

<sup>18</sup> OECD (2012), *Dealing Effectively with the Challenges of Transfer Pricing*, OECD Publishing, <http://dx.doi.org/10.1787/9789264169463-en>; OECD (2011), *Corporate Loss Utilisation through Aggressive Tax Planning*, OECD Publishing. <http://dx.doi.org/10.1787/9789264119222-en>; *Hybrid Mismatch Arrangements, Tax Policy and Compliance Issues*, March 2012; *Aggressive Tax Planning Based On After-Tax Hedging*, OECD Publishing 2013.

<sup>19</sup> Arthur Cockfield, *The Limits of the International Tax Regime as a Commitment Projector*, *Virginia Tax Review*, Vol 33:59.

Ahora bien, identificada esta causa del problema, frente a respuestas de la administración fiscal que resultan sistemáticamente desacertadas, es necesario buscar las causas estructurales de los errores no en los fiscalizadores inferiores en rango, sino en los estamentos superiores de dirección, por la falta de adecuación y competencia. Al respecto, existe evidencia suficiente en las resoluciones del SII, sobre la falta de respuesta adecuada producto de lo que aparece frente a los contribuyentes como una apropiación de autoridad y conocimiento centrado en un grupo de funcionarios de un par de divisiones específicas del SII, lo que transforma a ciertas secciones del órgano técnico en verdaderos feudos. Como resultado de esta inadecuada operación entre divisiones de la administración se producen fallas que pueden ser analizadas académicamente como: a) fallas de conducción de la autoridad; b) fallas de coordinación interna y externa; c) fallas por falta de desbordamiento de la información entre subdivisiones operativas; d) fallas de colaboración interna funcionaria para llegar a soluciones técnicas de mejor factura frente a los contribuyentes. En definitiva, este problema deja inerme al resto de funcionarios del SII, restando eficacia a la labor fiscalizadora y afectando los derechos de los contribuyentes nacionales y extranjeros. Esto ocurre observando sistemáticamente las decisiones contenidas en oficios publicados por la Dirección Nacional en que se abordan soluciones con respuestas contra el texto y contexto contenido en los Convenios de Doble Imposición y contra la legislación doméstica, respecto de materias que tienen una clara solución a nivel tributario internacional y nacional, todo lo cual escapa a una comprensión racional<sup>20</sup>.

Valga señalar que algunas de estas ideas tocan también a lo que es el actual nivel de conocimiento y posible resolución en sede judicial de problemas de tributación internacional por parte de los Tribunales Tributarios y Aduaneros, tomando en consideración que algunos de los magistrados postularon dejando sus posiciones en la administración tributaria, por lo cual no han tenido suficiente exposición al estudio y aplicación de las reglas que rigen los CDI, su jurisprudencia internacional y la evolución de su doctrina. En consecuencia, la solución de estos problemas en sede jurisdiccional chilena resulta en la actualidad muy precaria desde el punto de vista de la seguridad jurídica material. Lo anterior, atendiendo al contenido jurídico y económico de los CDI y la discordancia de los mismos con la legislación doméstica. A lo anterior, cabe señalar que el sistema de apreciación de la prueba y de solución en sana crítica actual de los TTA no colabora en la actualidad como elemento fundante, dado que para motivar una sentencia la *ratio decidendi* del juez debiera estar basada en conocimientos ciertos sobre las máximas de la experiencia y conocimientos sobre el estado del avance científico de la *lex artis* que es el derecho tributario internacional.

<sup>20</sup> Oficio N° 1.258, 13.06.2008, Dirección Nacional; Oficio N° 191, de 29.01.2010, Dirección Nacional.

En consecuencia, en adelante este artículo propone una reflexión partiendo desde el trasfondo de la problemática denominada errores no forzados del SII en materia tributaria internacional, que requiere tener en perspectiva las causas indirectas y directas citadas anteriormente.

## 2. Harakiri Fiscal

Este análisis no puede obviar un comentario sobre el rol de los errores no forzados del SII dentro del cuadro de inequidad redistributiva estructural<sup>21</sup> del sistema tributario de Chile<sup>22</sup> que es un factor primordial de las desigualdades transversales existentes en la actualidad en el país<sup>23</sup>. En particular, es necesario reflexionar académicamente sobre la posible vinculación entre la política fiscal internacional y los efectos en la redistribución del ingreso, dado que existen indicios que permiten afirmar que en Chile la primera es un factor de profundización negativa de la segunda<sup>24</sup>.

<sup>21</sup> CEPAL, *La Hora de la Igualdad, Brechas por Cerrar, caminos por abrir*, 2010, p. 250: "América Latina y el Caribe no solo recauda poco, sino que además recauda mal: menos de un tercio de la recaudación corresponde a impuestos directos, mientras que el grueso de la carga recae en impuestos al consumo y otros impuestos indirectos. Por eso, no es sorprendente que la distribución del ingreso después del pago de impuestos sea más inequitativa aún que la distribución primaria. De este modo, la diferencia en cuanto a los niveles de presión tributaria entre los países de la OCDE y los de América Latina puede explicarse principalmente por la baja carga tributaria sobre las rentas y el patrimonio en la región, ya que el nivel de impuestos al consumo es bastante similar. Si bien la recaudación del impuesto a las sociedades es parecida (algo más de tres puntos del PIB en la OCDE), hay disparidades significativas en materia de impuesto a la renta (0,9 puntos del PIB en América Latina en comparación con casi nueve puntos del PIB en la OCDE). Dado que el impuesto a la renta personal es el más progresivo de los impuestos, es posible inferir que la estructura tributaria de los países latinoamericanos es más regresiva que la correspondiente a las economías desarrolladas, lo que afecta negativamente la distribución del ingreso y constituye uno de los factores que hacen de América Latina y el Caribe una de las regiones más desiguales del planeta".

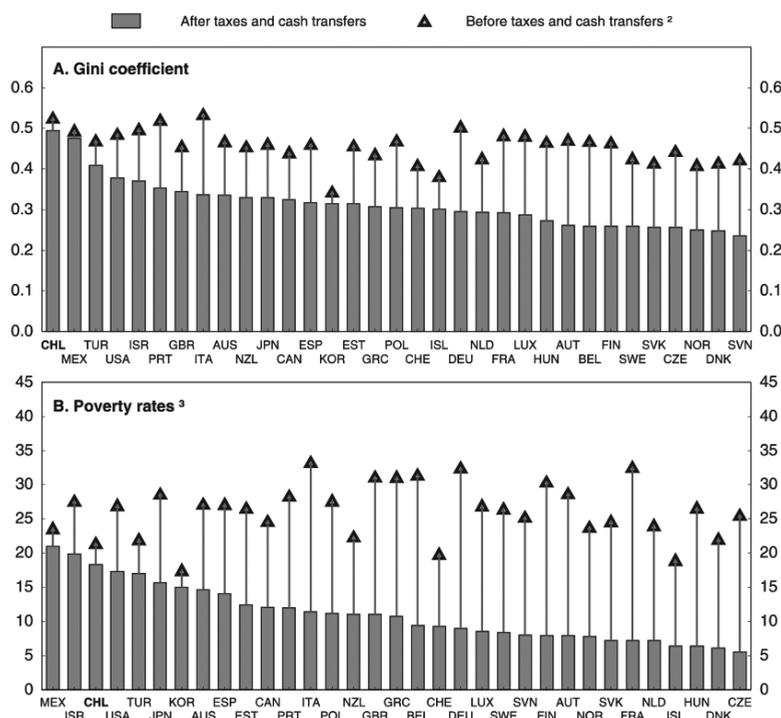
<sup>22</sup> OCDE, *Maintaining Momentum: OCDE Perspectives on Policy Challenges in Chile*, 2011 pp. 12, Key Challenges: "At the average rate prevailing in the decade preceding the global economic crisis, it would take around 30 years to catch up with the current average OCDE per capita income. Moreover, income inequality, as measured by the Gini index, is higher than in any other OCDE country, and poverty appears to have increased once again during the recent recession"... "Strong economic performance and the improvement in average living standards since the late 1980s have had little effect on income inequality. With a Gini coefficient of 0.53, the degree of income inequality in Chile is currently higher than in any other OCDE country and has barely been reduced since 1990, when it stood at 0.56".

<sup>23</sup> OCDE, *Economic Surveys: Chile 2012*, OCDE Publishing. [http://dx.doi.org/10.1787/eco\\_surveys-chl-2012-en](http://dx.doi.org/10.1787/eco_surveys-chl-2012-en), pp. 11: Chile's income gap with the most advanced OCDE countries remains wide, mainly due to lower productivity. Poverty and inequality also remain high in comparison with other OCDE countries, in part because the tax-benefit system does very little to redistribute income (Figure 1). Despite strong economic growth, inequality has been highly persistent over the past 20 years – notwithstanding some modest improvements in the past few years – and inter-generational social mobility is low. Chile's main challenge is to sustain high growth while distributing the gains more evenly across society.

<sup>24</sup> Senado de Chile, *Retrato de la Desigualdad en Chile*, Septiembre 2012, Conclusión, p. 213: "El estudio ha revelado las manifestaciones de la desigualdad en Chile en distintas dimensiones, algunas de las cuales constituyen per se áreas de política pública (Educación, Salud, Trabajo), y otras que más bien aparecen transversalmente en distintos sectores del quehacer nacional, impactando directamente en la estructura de oportunidades que se presenta a las chilenas y los chilenos (Ingresos, Pobreza, Movilidad, Accesibilidad, Seguridad Pública). Dos constantes transversales surgen del análisis: la naturaleza relacional

No cabe duda que uno de los desarrollos más formidables propugnados por el modelo económico neoliberal chileno ha sido la estrategia de política fiscal que incluye como uno de sus motores la ampliación de la red de CDI. Conforme a la teoría económica, los CDI son instrumentos de fomento del intercambio, ya que generan menores niveles impacto fiscal al reducir la doble imposición internacional. Con todo, la ampliación de la red de convenios afecta doblemente a un país, pues altera su balance entre la potestad tributaria recaudatoria *vis a vis* la potestad tributaria sancionatoria. Dado que la estrategia de ampliación de la red de CDI se manifiesta por vía de la resignación de la potestad tributaria recaudatoria, como país de la fuente, en un sistema de tributación preponderantemente territorial, la planificación de dichos impactos debe focalizarse en objetivos concretos y medibles, en términos de variación de los flujos de impuestos resignados por el Fisco. Por otra parte, un país que se dispone a negociar una gran cantidad de CDI debería, como medidas de contrapeso mínimo, alistar un cúmulo de mecanismos sancionatorios disuasivos, para evitar que las aplicaciones fiscales de los CDI, que afectan su capacidad de recaudación tributaria, se vean abusadas por contribuyentes mediante estrategias de elusión y evasión fiscal.

Figure 1. **Inequality and poverty across OECD countries<sup>1</sup>**  
2009 or latest year available



1 y comparativa del concepto de desigualdad, y el interés de relevar nuevos aspectos del fenómeno y de la discusión relativa a desigualdad en Chile.” <http://www.bcn.cl/noticias/retrato-de-la%20desigualdad/>

En Chile, la aplicación irrestricta de la teoría de los hechos consumados, que está imbuida en el mismo modelo neoliberal vigente, demuestra que este fenómeno precisamente no sucede. Especialmente, en el área de la política fiscal internacional, la desbocada carrera de negociación de CDI se ha realizado sin un estudio acabado respecto de sus efectos *micro, meso y macro*. Este proceso irreflexivo denota paradójicamente muy buenas intenciones políticas de corto y mediano plazo. Pero las buenas intenciones devienen en potenciales conductas económicamente contraproductivas en el largo plazo<sup>25</sup>.

Asimismo, la negociación de CDI manifestaría una eventual colisión normativa entre varias constelaciones que informan el orden jurídico y económico imperante, tales como los principios fiscales de: a) equidad horizontal y equidad vertical ante las cargas públicas<sup>26</sup>; b) la capacidad contributiva; c) la equidad distributiva en materia tributaria; d) el uso de la información fiscal del contribuyente para un adecuado control tributario; y e) la transparencia fiscal internacional para evitar la erosión fiscal<sup>27</sup>.

Las observaciones anteriores pueden comprobarse si se estudia la geografía de los CDI vigentes en Chile. Primero, partiendo de un análisis autónomo de la forma y contenido de las cláusulas de CDI negociadas en base al Modelo OCDE, con algunas desviaciones del Modelo ONU, en virtud de las cuales Chile no ha fijado una posición inequívoca frente a las cláusulas que restringen su potestad recaudatoria y frente a la ausencia de cláusulas que permiten robustecer su potestad sancionatoria. Segundo, revisando las resoluciones del SII, se puede llegar a similares conclusiones de desadecuación legal en la interpreta-

<sup>25</sup> Alex Easson "Do we still need Tax Treaties?", *Bulletin for International Fiscal Documentation*, vol. 54, N° 12/200, p. 619; Agostinho Toffoli Tavoraro, o Brasil ainda precisa de Tratados de Dupla Tributacao?, CS234.pdf, p. 30: "O Brasil nao mais precisa de Tratado de Dupla Tributacao ! Em primeiro lugar porque a rede de TDT já existente nos parece suficiente para atender às necessidades de nossa vida econômica e do comercio internacional, muitas delas ditadas por circunstâncias históricas ou diplomáticas que já perderam sentido com o correr dos anos. Em um segundo posto porque as obrigações assumidas em um TDT poderiam vir a criar conflitos com o estabelecimento de um tratado multilateral sobre tributação ou, mesmo, com a integração do Brasil em um bloco econômico outro que o Mercosul. A seguir, porque o conjunto de medidas unilaterais que veio o Brasil introduzindo em sua legislação ao longo dos anos dá uma dimensão à nossa tributação que tornaria, em muitos casos, desnecessárias as normas convencionais internacionais. Por último, last but not the least pelos custos envolvidos e que Easson ressalta em seu trabalho, perfeitamente dispensáveis na difícil conjuntura econômica que nosso país vive".

<sup>26</sup> La equidad horizontal se refiere a la existencia de hechos gravados con impuestos similares para actividades y personas similares. La equidad vertical se refiere a la existencia de una carga tributaria ascendente en progresión para tramos de ingresos personales en aumento.

<sup>27</sup> Boletín Legislativo, Congreso Nacional, N° 8.488-05, p. 118: "Debilidades del Sistema Tributario: A continuación, la Comisión escuchó a los señores Luis Eduardo Escobar y Mauricio Jélvez, quienes efectuaron una exposición, en formato power point, del siguiente tenor:- Insuficiente: porque no genera los recursos necesarios para proveer los bienes públicos que la sociedad demanda en esta etapa de desarrollo.- Injusto: porque los pobres pagan una mayor proporción de sus ingresos que los más ricos.- Inequitativo: porque personas que están en los mismos niveles de ingreso no pagan impuestos similares.- Ineficiente: porque distorsiona la asignación de recursos económicos con los que cuenta el país.- Concentrador de la riqueza: porque está diseñado expresamente para que los más ricos puedan acumular riqueza sin pagar los impuestos que corresponden a su nivel de ingreso".

ción administrativa de los CDI frente a la pérdida de potestad recaudatoria y ausencia de normas sancionatorias. Tercero, en el contexto de la discusión de las últimas reformas en materia de tributación internacional, se advierte una falta de coordinación entre políticas e instrumentos en el ámbito del derecho doméstico con países con los cuales se han negociado CDI<sup>28</sup>.

Por una parte, la teoría económica neoliberal argumenta que una mayor red de CDI produciría un estímulo fiscal que aumentaría el flujo de inversión extranjera (Foreign Direct Investment-FDI) entre países contratantes, con lo que las pérdidas derivadas de la resignación de la jurisdicción tributaria, en favor del país de la residencia (emisor de la inversión), se verían compensadas con el aumento de actividad económica y el consecuente incremento de la recaudación fiscal en el país de la fuente (receptor de la inversión). La misma teoría económica propugna que los CDI contendrían ciertos mecanismos de antiabuso y de intercambio de información a través de los cuales los países signatarios podrían controlar la erosión fiscal internacional en sus formas de evasión y elusión tributaria<sup>29</sup>.

<sup>28</sup> Cristián Gárate, Congreso Nacional, Indicaciones Mensaje 182-360, [www.protax.cl](http://www.protax.cl), p. 8: "24. El artículo 10 LIR determina la potestad jurisdiccional de Chile en función del concepto de fuente de la renta la que se aplica respecto de bienes corporales muebles, inmuebles o servicios. La modificación legal es defectuosa, ya que introduce elementos complejos que no son propios de un artículo general de la ley que sirva para determinar la potestad tributaria de las fuentes de renta. 25. La redacción es poco clara y atenta contra la simplicidad. La norma es poco eficiente en casos de extraterritorialidad total de las operaciones. La norma atenta contra la equidad horizontal al establecer límites que dejan operaciones fuera del rango de aplicación. La norma viene a ampliar la jurisdicción de una forma que aparece como imposible de fiscalizar y aplicar por lo que la ley esta destinada a ser impracticable. 26. La norma es inoperante en aquellos casos en que se ve supeditada a la aplicación de un CDI Modelo OCDE. El Modelo OCDE contempla soluciones jurisdiccionales en sus artículos 5, 7, 13 y 21 que restan potestad jurisdiccional al país de la fuente en varios casos incluidos en la norma, por lo que la misma es letra muerta, salvo que el tratado chileno respectivo contemple una variación negociada en favor del país de la fuente. Distinta argumentación corresponde si esta norma se plantea dentro de un paquete de normas de antielusión y antievasión, cuyo no es el caso".

<sup>29</sup> Jane G. Gravelle, Tax Havens: International Tax Avoidance and Evasion, US Congress, 09.03, 2010, R40623, p. 6: "Criticisms have been made by a range of commentators that many countries are tax havens or have aspects of tax havens and have been overlooked. These jurisdictions include major countries such as the United States, the UK, the Netherlands, Denmark, Hungary, Iceland, Israel, Portugal, and Canada. Attention has also been directed at three states in the United States: Delaware, Nevada, and Wyoming. Finally there are a number of smaller countries or areas in countries, such as Campione d'Italia, an Italian town located within Switzerland, that have been characterized as tax havens. A country not on the list in Table 1, but which is often considered a tax haven, especially for corporations, is the Netherlands, which allows firms to reduce taxes on dividends and capital gains from subsidiaries and has a wide range of treaties that reduce taxes.<sup>14</sup> In 2006, for example, Bono and other members of the U2 band moved their music publishing company from Ireland to the Netherlands after Ireland changed its tax treatment of music royalties.<sup>15</sup> Some have identified the United States and the United Kingdom as having tax haven characteristics. Luxembourg Prime Minister Jean-Claude Juncker urged other EU member states to challenge the United States for tax havens in Delaware, Nevada, and Wyoming.<sup>16</sup> See, for example, Micheil van Dijk, Francix Weyzig, and Richard Murphy, *The Netherlands: A Tax Haven?* SOMO (Centre for Research on Multinational Corporations), Amsterdam, 2007 and Rosanne Altshuler and Harry Grubert, "Governments and Multinational Corporations in the Race to the Bottom, Tax Notes, February 27, 2009, pp. 979-992."; Jane G. Gravelle, Tax Havens: International Tax Avoidance and Evasion, US Congress, 09.03, 2010, R40623, p. 7: "In a meeting in late April 2009, Eduardo Silva, of the Cayman Islands Financial Services Association, claimed that Delaware, Nevada, Wyoming, and the United Kingdom

Con todo, ninguna de las dos aseveraciones anteriores resulta cierta en la realidad, ya que no ha podido ser comprobada en estudios internacionales económicos o de derecho comparado<sup>30</sup>. Al contrario, la realidad empírica muestra que los CDI constituyen una de las plataformas más importantes para la circulación de ganancias hacia y desde jurisdicciones con bajo nivel de tributación (low tax jurisdictions - tax havens) y que los países beneficiados mantienen una gran red de tratados tributarios (i.e. Holanda y sus islas del Caribe, Gran Bretaña y sus posesiones de ultramar, Luxemburgo, Chipre y Mauricio)<sup>31</sup>. La literatura internacional OCDE viene estudiando estos fenómenos cada vez con más atención, sobre todo por la intensidad de la erosión fiscal que está afectando a los países desarrollados<sup>32-33</sup>.

---

were the greatest offenders with respect to, among other issues, tax fraud. He suggested that Nevada and Wyoming were worse than Delaware because they permit companies to have bearer shares, which allows anonymous ownership. A U.S. participant at the conference noted that legislation in the United States, S. 569, would require disclosure of beneficial owners in the United States. Charles Gnaedinger, "U.S., Cayman Islands Debate Tax Haven Status," *Tax Notes*, May 4, 2009, pp. 548-545".

<sup>30</sup> Eric Neumayer, Do double taxation treaties increase foreign direct investment to developing countries? *Journal of Development Studies*, 2007, p. 7: "This is because, as already mentioned, the vast majority of DTTs concluded between developed and developing countries limit source-based taxation, which means that developing countries can only collect tax revenues from foreign investors to a limited extent. For DTTs among developed countries this does not matter so much as FDI flows more or less equally in both directions. Economic relations between developed and developing countries are highly unequal, however, with the developed country being almost exclusively the country of residence and the developing country almost exclusively the host country."; Eric Neumayer, N., Spess, L., Do Bilateral Investment Treaties Increase Foreign Direct Investment to Developing Countries?. *World Development*, 33(10), 2005, pp. 1567-1585; Eric Neumayer, Do double taxation treaties increase foreign direct investment to developing countries? *Journal of Development Studies*, Vol. 43, No. 8, 2006, pp. 1501-1519; M. Hallward-Driemeier, Do Bilateral Investment Treaties Attract FDI? Only a Bit...and They Could Bite, *World Bank Policy Research Working Paper*, 2003, 3121; Blonigen, B. A., and R. B. Davies. "Do Bilateral Tax Treaties Promote Foreign Direct Investment?" in *Handbook of International Trade*, Vol. II, edited by E. K. Choi and J. C. Hartigan. London: Blackwell, 2005, 526-546; Easson, A. "Do We Still Need Tax Treaties?" *Bulletin for International Fiscal Documentation*, 54, 2000, 619-625.

<sup>31</sup> US Senate Finance Committee Staff Tax Reform Options for Discussion, *International Competitiveness*, May 9, 2013, p. 5: Base erosion and profit shifting: Some multinationals minimize their tax burden by using planning strategies that shift income from a high-taxed affiliate to a low-taxed affiliate. They do so for income derived from both U.S. and foreign customers. This tax planning is possible through a combination of factors, including tax treaties, the ability to treat different subsidiaries as separate entities, and the ways in which multinationals set prices for transactions between their subsidiaries. Typically, multinationals seek to reduce their tax burden by arranging their affairs so that subsidiaries resident in low-tax countries receive as much income as possible through ownership of valuable intangibles, the provision of financing, and the assumption of business risks. They also seek to allocate payments of deductible interest and royalties to affiliates in higher-tax countries, which reduces their tax base in those countries. Estimates of the amount of taxable income shifted by U.S. multinationals to low-tax countries from other countries (not necessarily only the U.S.) through base erosion and profit shifting range from \$58 billion to \$111 billion per year. Base erosion and profit shifting by global corporate groups has become a political issue in a number of countries including the UK, France, and Germany. The G-20 countries, which include the U.S., are discussing a range of alternatives to address profit shifting to tax haven entities that lack business substance".

<sup>32</sup> OECD (2012), *Dealing Effectively with the Challenges of Transfer Pricing*, OECD Publishing. <http://dx.doi.org/10.1787/9789264169463-en>; OECD (2011), *Corporate Loss Utilisation through Aggressive Tax Planning*, OECD Publishing. <http://dx.doi.org/10.1787/9789264119222-en>; Hybrid Mismatch Arrangements, Tax Policy and Compliance Issues, March 2012. OECD (2013), *Addressing Base Erosion and Profit Shifting*, OECD Publishing 2013. *Aggressive Tax Planning Based On After-Tax Hedging*, OECD Publishing 2013.

<sup>33</sup> OECD's work on Aggressive Tax Planning, <http://www.oecd.org/ctp/aggressive/atp.htm>

Por otra parte, también desde el punto de vista técnico normativo los indicios cualitativos y cuantitativos muestran que los CDI propugnan mecanismos de rebajas tributarias, que implican una reducción de la carga fiscal directa, focalizada en las empresas y personas que realizan operaciones transfronterizas. Ello se deduce de la simple lectura de la limitación a las tasas de impuesto que comportan los CDI. También, se desprende de los mecanismos de distribución y atribución de la potestad tributaria recaudatoria que desenraiza la tributación de la fuente. Finalmente, se explica conforme a los mecanismos de mitigación de la doble tributación internacional contenidos en los sistemas unilaterales y bilaterales de crédito y exención tributaria conforme a la legislación doméstica y aquella contenida en los artículos respectivos del CDI<sup>34</sup>.

Técnicamente, la aplicación de los CDI genera un gasto fiscal encubierto con dos preocupaciones fundamentales para los países contratantes<sup>35</sup>. Una primera preocupación radica en lograr una medición en términos de su cuantificación como pérdida fiscal permanente asociada a la Ley de la Renta en el Presupuesto Nacional, lo que en Chile no se ha hecho, como requiere en estricto sentido la normativa que regula la elaboración del presupuesto nacional que aprueba anualmente el Parlamento<sup>36</sup>. Una segunda preocupación, en el contexto de una reforma fiscal seria, es la estimación de los efectos distributivos de dichas pérdidas fiscales de los CDI, en términos de cambios a la carga fiscal resultante después de su aplicación, a nivel de las unidades económicas beneficiadas. Este último trabajo de medición económica tampoco ha tenido lugar. Con todo, existen suficientes datos para sostener que en Chile, dado que sólo una pequeña porción de contribuyentes categorizados como empresarios y personas de los quintiles superiores del país son quienes utilizan los CDI, además de los

<sup>34</sup> United Nations, ST/SG/2001/L.7, 21 March 2001, Second Interregional Training Workshop on International Taxation and Steering Committee meeting of the ad-hoc Group of Experts on International Cooperation in Tax Matters: "La Negociación de Tratados Tributarios Amplios. Si se analiza la suscripción de tratados tributarios desde la óptica de potenciales empresas inversoras es claro que les resulta mejor contar con un tratado, frente a quedar sujetas a la aplicación de las legislaciones internas de las dos jurisdicciones involucradas, aun mediando normas en cada una de ellas que eviten la doble imposición. En esto influyen la reasignación de la potestad impositiva, cesión exclusiva al país de residencia que se observa en varios artículos, la limitación de la aplicación de tasas de impuesto sobre dividendos, intereses y regalías, la posibilidad de lograr la tax sparing clause o un matching-credit, la ventaja que supone poder requerir a la propia autoridad competente del país de residencia del inversor su intervención en una cuestión controversial con el fisco del país fuente –procedimiento de acuerdo mutuo –, la no-discriminación respecto de las empresas nacionales del estado en el que invierte el residente del otro estado. Asimismo, la mayor estabilidad relativa que ofrecen las normas de un tratado conforman un marco normativo más seguro respecto de la dinámica tributaria –cambios frecuentes– observada en los países en desarrollo que, frente a su ineficacia administrativa, aumentan tasas o crean nuevos y variados tributos para obtener los recursos necesarios que le permitan cubrir los gastos del estado".

<sup>35</sup> Stanley S. Surrey y Paul R. McDaniel, *Tax Expenditures*, Cambridge, MA, Harvard University Press, 1985.

<sup>36</sup> Constitución Política de Chile, Artículo 19 N° 22 de la: "Sólo en virtud de una ley, y siempre que no signifique tal discriminación, se podrán autorizar determinados beneficios directos o indirectos en favor de algún sector, actividad o zona geográfica, o establecer gravámenes especiales que afecten a uno u otras. En el caso de las franquicias o beneficios indirectos, la estimación del costo de éstos deberá incluirse anualmente en la Ley de Presupuestos."

contribuyentes no residentes que quedan al margen de la tributación en la fuente, estos instrumentos aumentarían la inequidad y regresividad del sistema fiscal chileno en su conjunto. Lo anterior, podría ser extrapolable también a nivel global en la suma de los efectos distributivos de los convenios entre los Estados contratantes en el mundo, dado que existen también indicios de una creciente regresividad distributiva mundial.

Es decir, ciertamente los convenios provocan una reducción de los ingresos fiscales derivados de la tributación de los beneficios empresariales en el país de la residencia y una disminución de los impuestos de retención de cualesquiera otros incrementos de patrimonio derivados del intercambio económico en el país de la fuente. Pero hay más, dado que los que pagan dichos impuestos son fundamentalmente las empresas y personas que utilizan los CDI en transacciones transfronterizas (inbound / outbound) los CDI provocan efectos distributivos regresivos, ya que aumentan la riqueza relativa de estos últimos quintiles más dotados de riqueza frente a los demás quintiles rezagados<sup>37</sup>. Es decir, mejora a los quintiles ganadores (“tax winners”), al agregarles aun más riqueza en sus movimientos de capital y transacciones internacionales, por la opción de ahorro fiscal que se logra al arbitrar sus tasas de transferencia de riqueza al exterior mediante el uso de CDI; y segrega aun más a los quintiles perdedores (“tax losers”), dado que los beneficios de los CDI no están al alcance de sus bolsillos y éstos no pueden arbitrar usando las tasas rebajadas del CDI, sino que deben conformarse con enterar más tributos internos por sus transacciones nacionales.

Como corolario a esta reflexión académica, resultan pertinentes las siguientes preguntas<sup>38</sup>: a) ¿Sobre qué parámetros objetivos se han cuantificado los efectos de pérdida de recaudación fiscal para los CDI aprobados hasta la fecha por el Parlamento?<sup>39</sup> b) ¿Qué metodología o modelación matemática se ha seguido para cuantificar estas cifras retrospectivamente y cuál es el seguimiento prospectivamente?<sup>40</sup> c) ¿Qué significa en los Informes Financieros de la Direc-

<sup>37</sup> Thomas L. Hungerford, Tax Expenditures and the Federal Budget 06.01.2011, US Congress, RL34622.

<sup>38</sup> Estas preguntas se incluyen en la solicitud sobre Acceso a la Información Pública, Ley N° 20.285, de fecha 01.10.12 N° AE002W-0000171 enviada a Dipres por Cristián Gárate, en calidad de Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.

<sup>39</sup> Supra N° AE002W-0000171: Respuesta Dipres: “Teniendo a la vista la fecha de algunos acuerdo de Doble Tributación, esta Dirección no dispone en sus archivos de los textos de todos los Informes Financieros solicitados. Sin embargo, están disponibles 23 de los 29 solicitados, que se adjuntan en Anexos que acompañan esta respuesta.

<sup>40</sup> Supra N° AE002W-0000171. Respuesta Dipres: “En relación a la metodología de cálculo del impacto sobre las finanzas públicas de cada uno de estos Acuerdos de Doble Tributación, es del caso hacer presente que, en general, en dicha metodología hay que distinguir dos componentes: i. La estimación de la menor recaudación originada por efecto del hecho que las tasas de tributación sin este acuerdo son mayores a las convenidas y que resulta del ejercicio de estimar las recaudaciones esperadas con las tasas asociadas a ambos “escenarios” y luego, calcular la diferencia generada entre éstos, que corresponde en definitiva a la menor recaudación. ii. La identificación y estimación, si es que resulta posible, de los efectos compensatorios del acuerdo suscrito en el mediano plazo, principalmente, por la acción de dos efectos positivos. El primero de estos proviene del hecho que, al implementarse el convenio,

ción de Presupuesto (Dipres)<sup>41</sup> presentados al Congreso Nacional en fase de aprobación legislativa de los Convenios la frase sacramental “tiene un efecto en menores ingresos fiscales por aproximadamente...miles anuales “en una primera etapa”<sup>42</sup>. d) ¿Cuál es el efecto económico consolidado o desagregado en el tiempo hasta hoy de la aplicación de todos los CDI?<sup>43</sup> e) ¿Cuál es la partida presupuestaria que refleja los cálculos obligatorios que se deben presentar al Congreso Nacional para la aprobación del Presupuesto Fiscal anual?<sup>44</sup> f) ¿Cuánto dinero se ha gastado en la negociación de estos CDI por parte de la administración pública?<sup>45-46</sup> g) ¿Cuál es el efecto de menores ingresos fiscales producto de la negociación de Cláusulas de Nación más Favorecida?<sup>47-48</sup> h) ¿Cuál es el análisis de comensurabilidad de dichas pérdidas fiscales frente a las necesidades de inversión social en Chile?

Una primera evidencia de ceguera de la política fiscal frente a estos defectos cualitativos y cuantitativos puede consultarse en los antecedentes que acompañan a las Iniciativas Presidenciales en el Parlamento. Al acompañar los textos negociados con potencias extranjeras no se da real cuenta del efecto de la aprobación del texto del CDI, realizando un sopesamiento jurídico y económico de sus cláusulas. Esto se refuerza haciendo una revisión sistemática de todas las iniciativas enviadas al Parlamento, las que se han realizado bajo

---

se incentivan mayores inversiones, lo que redundará en mayor actividad y, en consecuencia, en mayor tributación. El segundo de estos efectos compensatorios proviene de la mayor base de tributación del impuesto de primera categoría en las empresas nacionales que tienen inversiones en los países con los que existe acuerdo vigente, originado en el menor pago de impuestos de dichas empresas en aquellos países”.

<sup>41</sup> Dirección de Presupuesto, Chile (Dipres), <http://www.dipres.gob.cl>

<sup>42</sup> Supra N° AE002W-0000171. Respuesta Dipres: “Tal como se señaló en el numeral 2 anterior, los efectos derivados de la aplicación de los diferentes Acuerdos de Doble Tributación producen, en un principio, un efecto negativo sobre la recaudación tributaria, el que es parical o totalmente compensado por los efectos positivos que el acuerdo produce sobre la inversión y la actividad económica. Cabe hacer presente que, cuando se habla de “una primera etapa”, se está haciendo referencia al efecto inicial de baja en la recaudación sin considerar los efectos compensatorios que se producen en el mediano plazo. Eso se explica durante la respectiva tramitación en el Congreso de los mencionados Acuerdos”.

<sup>43</sup> Supra N° AE002W-0000171. Respuesta Dipres: “Esta Dirección no cuenta con un cálculo desagregado del impacto fiscal de los Convenios de Doble Tributación”.

<sup>44</sup> Supra N° AE002W-0000171. Respuesta Dipres: “El efecto de la aplicación de los Acuerdos de Doble Tributación se incluye cada año en la Ley de Presupuestos, específicamente en la Partida 50 Tesoro Público del Presupuesto del Sector Público, en el Capítulo 01 Programa 01 Ingresos Generales de la Nación, subtítulo Impuestos”.

<sup>45</sup> Supra. Respuesta Dipres: “No existen en Dipres antecedentes desagregados de mayores gastos en el Servicio de Impuestos Internos derivados de estos Convenios”.

<sup>46</sup> Supra. Respuesta Derivada al Servicio de Impuestos Internos, Subdirección Jurídica: “Que, relativo a la consulta identificada con el número 6 del considerando 5°, este Servicio no cuenta con esa información, ya que no existe un cálculo desagregado o consolidado de los gastos en que incurrió esta institución, en función de la negociación de los Convenios de Doble Imposición”.

<sup>47</sup> Supra. Respuesta Dipres: “Esta Dirección no cuenta con información detallada respecto de los menores ingresos fiscales producto de la aplicación de las Cláusulas de Nación más favorecida”.

<sup>48</sup> Supra. Respuesta Derivada al Servicio de Impuestos Internos, Subdirección Jurídica: “Que en relación a la pregunta 8 del considerando 5°, se hace entrega de planilla Excel (Hoja de Trabajo: Pto 8), con la estimación de pérdida fiscal anual, correspondiente a intereses cuando la tasa baja del 10%, solo para los países que se detallan en la tabla adjunta:

el sistema "Copy & Paste"<sup>49</sup>. Los resultados de la aplicación de cada CDI son absolutamente singulares y requeriría una discusión más pormenorizada en el Parlamento considerando todos los factores de su aplicación.

Una segunda evidencia de ceguera fiscal se evidencia en los paupérrimos antecedentes financieros presentados por la Dirección de Presupuesto a las Comisiones de Hacienda del Parlamento en fase de discusión parlamentaria de los CDI, los que cuantifican aproximadamente el hipotético impacto de los CDI en el erario fiscal<sup>50-51</sup>. Los antecedentes disponibles indican que lo único

<sup>49</sup> Mensaje Presidencial N° 92-352, Convenio con Gran Bretaña e Irlanda del Norte: "III Aplicación del convenio y recaudación fiscal. Si bien, la aplicación del convenio y recaudación fiscal. Si bien, la aplicación de estos Convenios podría suponer una disminución de la recaudación fiscal respecto de determinadas rentas, el efecto final en el ámbito presupuestario es menor. Ello se debe, en primer lugar, a que las inversiones extranjeras hacia Chile se concentran mayoritariamente en las actividades sujetas al pago de los impuestos de primera categoría y adicional, que no se verán afectados por el Convenio, ya que en atención a la forma en que se estructura la norma que regula la imposición de los dividendos, los límites ahí establecidos no son aplicables en el caso de los dividendos pagados desde Chile. En segundo término, hay que tener presente que una menor carga tributaria incentiva el aumento de las actividades transnacionales susceptibles de ser gravadas con impuestos, con lo que se compensa la disminución inicial. Incluso más, en el ámbito presupuestario, la salida de capitales chilenos al exterior y el mayor volumen de negocios que genera aumentan la base tributaria sobre la cual se cobran los impuestos a los residentes en Chile.

<sup>50</sup> Boletín Legislativo, Congreso Nacional, N° 3.723-10, "Informe de la Comisión de Hacienda, recaído en el proyecto de acuerdo, en segundo trámite constitucional, que aprueba el "Convenio entre la República de Chile y el Gobierno del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte para evitar la doble imposición y para prevenir la evasión fiscal con relación a los Impuestos a la Renta y a las Ganancias de Capital", suscrito el 12 de julio de 2003, y las notas intercambiadas, en igual fecha y lugar, relativas a dicho Convenio. Financiamiento. Según el informe financiero de la Dirección de Presupuestos del Ministerio de Hacienda, el proyecto de acuerdo "tiene un impacto negativo en las finanzas públicas, que alcanzaría aproximadamente a \$ 4.903,6 millones anuales, en moneda de 2004, en una primera etapa. En compensación a este costo, se pueden esperar los siguientes efectos, siendo el último de ellos de carácter rezagado:- Mayor impuesto de Primera Categoría de las empresas chilenas que tienen inversiones en el país respecto del cual se propone este convenio, originado en una mayor renta por menor pago de impuestos.- Estímulo a la inversión extranjera, con el consecuente incremento en la actividad económica, que redundaría en mayor recaudación tributaria." En consecuencia, el proyecto de acuerdo no producirá desequilibrios macroeconómicos ni incidirá negativamente en la economía del país.

<sup>51</sup> Informe de la Comisión de Relaciones Exteriores, Boletín Legislativo, Congreso Nacional, N° 6.452-10: El Informe Financiero elaborado por la Dirección de Presupuestos del Ministerio de Hacienda, de 11 de noviembre de 2008, señala, de manera textual, lo siguiente: "El presente proyecto de Acuerdo que aprueba el Convenio entre la República de Chile y la Confederación Suiza para evitar la doble imposición con relación a los impuestos a la renta y al patrimonio, y su protocolo, tiene un efecto en menores ingresos fiscales, por aproximadamente US\$ 8.949 miles anuales, en una primera etapa".

Informe de la Comisión de Relaciones Exteriores, Boletín Legislativo, Congreso Nacional, N° 6.453-10: El Informe Financiero elaborado por la Dirección de Presupuestos del Ministerio de Hacienda, con fecha 11 de noviembre de 2008, señala, de manera textual, lo siguiente: "El presente proyecto de Acuerdo que aprueba el Convenio entre la República de Chile y el Reino de Bélgica para evitar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal con relación a los impuestos a la renta y al patrimonio, y su protocolo, tiene un efecto en menores ingresos fiscales, por aproximadamente US\$ 1.041 miles anuales, en una primera etapa".

Informe de la Comisión de Relaciones Exteriores, N° 6.450-10. El Informe Financiero elaborado por la Dirección de Presupuestos del Ministerio de Hacienda, de 11 de noviembre de 2008, señala, de manera textual, lo siguiente: "El presente proyecto de Acuerdo que aprueba el Convenio entre el Gobierno de la República de Chile y el Gobierno del Reino de Tailandia para evitar la doble imposición y para prevenir la evasión fiscal con relación a los impuestos a la renta, y su protocolo, tiene un efecto en menores ingresos fiscales, por aproximadamente US\$ 1 miles anuales, en una primera etapa".

que aproximadamente se ha calculado por parte de la Dipres en sus informes financieros dirigidos al Parlamento es un potencial efecto en menores ingresos fiscales, por aproximadamente \$ X miles anuales, "en una primera etapa". Respecto de esta información, no queda en absoluto claro cómo se ha modelado matemáticamente el cálculo para determinar los impactos a nivel de tesorería fiscal, por lo que surgen más preguntas que respuestas respecto de los cálculos para la aprobación de los CDI en particular<sup>52</sup>.

	<b>Descripción</b>	<b>Pérdida Fiscal Anual (\$)</b>
	<b>España</b>	209,060,869
	<b>Canadá</b>	198,507,472
	<b>Corea del Sur</b>	2,661,810
	<b>Dinamarca</b>	228,171
	<b>Francia</b>	22,095,842
	<b>Irlanda</b>	237,345
	<b>México</b>	24,368,045
	<b>Noruega</b>	9,894,583
	<b>Reino Unido</b>	88,268,473
	<b>Suecia</b>	5,565,987
	<b>Nueva Zelanda</b>	2,126,638
<b>Notas:</b>		
1) Estimación proveniente de la evaluación financiera del CDT con EE.UU.		
2) Estimación a partir de los datos declarados en el F50 del año 2011.		
3) En pesos del 2011.		
4) Corresponde sólo a la pérdida por intereses, cuando la tasa baja a 10%.		
5) Sólo se cuenta con la estimación para los países del listado anterior.		

<sup>52</sup> Supra N° AE002W-0000171. Respuesta Dipres: "En relación a la metodología de cálculo del impacto sobre las finanzas públicas de cada uno de estos Acuerdos de Doble Tributación, es del caso hacer presente que, en general, en dicha metodología hay que distinguir dos componentes: i. La estimación de la menor recaudación originada por efecto del hecho que las tasas de tributación sin este acuerdo son mayores a las convenidas y que resulta del ejercicio de estimar las recaudaciones esperadas con las tasas asociadas a ambos "escenarios" y luego, calcular la diferencia generada entre éstos, que corresponde en definitiva a la menor recaudación. ii. La identificación y estimación, si es que resulta posible, de los efectos compensatorios del acuerdo suscrito en el mediano plazo, principalmente, por la acción de dos efectos positivos. El primero de estos proviene del hecho que, al implementarse el convenio, se incentivan mayores inversiones, lo que redundará en mayor actividad y, en consecuencia, en mayor tributación. El segundo de estos efectos compensatorios proviene de la mayor base de tributación del impuesto de primera categoría en las empresas nacionales que tienen inversiones en los países con los que existe acuerdo vigente, originado en el menor pago de impuestos de dichas empresas en aquellos países".

Como un ejemplo cuantitativo puntual del efecto anterior, podría señalarse en forma muy simple<sup>53</sup> que, tomando las cifras indicadas por la Dipres en su informe financiero otorgado con ocasión de la aprobación del Convenio de Doble Tributación con Gran Bretaña e Irlanda del Norte, equivalentes a \$4.903,6 millones anuales en moneda de 2004 lo que transformada a la unidad tributaria mensual de actualización (UTM) equivale a una pérdida anual de \$6.414,9 millones en moneda de 2012. En forma consolidada corresponde a un total de \$51.319,2 millones de pérdida anual de Impuesto a la Renta hasta esa fecha.

Como tercera evidencia de ceguera fiscal, no existe un cálculo agregado del impacto fiscal de los CDI, en términos de gasto fiscal consolidado, desglosado por años de ejecución, considerando que cada artículo de un CDI aprobado por el Parlamento representa un flujo específico de recaudación de impuestos, respecto de los cuales el país afecta su potestad tributaria, al ser aplicados como país de la fuente (menores impuestos de retención) o como país de la residencia (otorgamiento de crédito convencional externo)<sup>54</sup>.

**Tabla Impacto Agregado CDI Chile - Datos Dirección de Presupuesto**

Boletín N°	CDI	Moneda Año	Impacto del CDI	
			En pesos chilenos (CLP) Millones anuales	En Dólares (USD) Miles anuales
	Chile – Argentina		Sin impacto sobre ingresos fiscales	
6453-10	Chile – Bélgica	2010		1,041
3028-10	Chile – Brasil	2002	220	
2303-10	Chile – Canadá			
6451-10	Chile – Colombia	2010		1,180
3121-10	Chile – Corea	2002	23	
3724-10	Chile – Croacia		Sin impacto sobre las finanzas públicas	
3725-10	Chile – Dinamarca	2004	14,9	
3013-10	Chile – Ecuador	2002	1	
3439-10	Chile - España	2003	8.870	
3906-10	Chile – Francia	2005	2.487	
5614-10	Chile – Irlanda	2008	270,9	543

<sup>53</sup> Un cálculo más aproximado requeriría incorporar correcciones estadísticas en función del IPC, crecimiento anual de la economía desde 2004 a la fecha, variación de los flujos de la balanza comercial y financiera con Reino Unido, otros factores anuales de variación macroeconómica de intercambios con Reino Unido.

<sup>54</sup> Supra N° AE002W-0000171. Respuesta Dipres: “Esta Dirección no cuenta con un cálculo desagregado del impacto fiscal de los Convenios de Doble Tributación.”

5610-10	Chile - Malasia*			
2302-10	Chile – México			
3027-10	Chile – Noruega	2002	193	
3973-10	Chile – Nueva Zelandia	2005	294	
1289-10	Chile – Paraguay	2008	1,7	3
3086-10	Chile – Perú	2002	18	
3029-10	Chile – Polonia	2010	Sin impacto en las finanzas públicas	
5613-10	Chile – Portugal	2008	9,2	18
3723-10	Chile – Reino Unido	2004	4.903,6	
5611-10	Chile – Rusia**			
3905-10	Chile – Suecia	2005	718	
6452-10	Chile – Suiza	2010		8.949
6450-10	Chile – Tailandia	2010		1

En este sentido, dado que preocupa sobremanera la cuantificación de gasto fiscal, cuando Chile es país de la fuente, se puede observar que ni siquiera existe un adecuado control a nivel práctico-estadístico, que debería verse reflejado en la declaración y entero del impuesto de retención rebajado vía Formulario SII F-50, con un desglose específico de la calificación de la renta y la tasa o exención aplicable de acuerdo con los términos del CDI aplicado por el contribuyente.

Estos antecedentes no aparecen en el Congreso al analizarse y discutirse la Ley de Presupuesto Fiscal Anual, en función del incremento del gasto tributario asociado a la Ley de Impuesto a la Renta, calculado como rebaja permanente de impuestos por los pagos efectuados al exterior que no quedan gravados con la retención del Impuesto Adicional en Chile, conforme a la diferencia de tasa que se hubiese aplicado de no haber existido el CDI. Esto constituye una clara infracción a la legalidad vigente en materia de control de gasto fiscal tributario generado por los CDI y control estadísticos por parte del SII y la Dipres<sup>55</sup>.

La situación más grotesca de pérdida fiscal no controlada por el Presupuesto Fiscal se da por la incorporación, producto de una negociación muy criticable, de Cláusulas de Nación Más Favorecida en diversos CDI negociados con países más desarrollados<sup>56</sup>. Esto implica una disminución de las retenciones en

\* Impacto calificado como "de menor cuantía".

\*\* Impacto calificado como "de menor cuantía".

<sup>55</sup> Supra N° AE002W-0000171. Respuesta Dipres: "El efecto de la aplicación de los Acuerdos de Doble Tributación se incluye cada año en la Ley de Presupuestos, específicamente en la Partida 50 Tesoro Público del Presupuesto del Sector Público, en el Capítulo 01 Programa 01 Ingresos Generales de la Nación, subtítulo Impuestos."

<sup>56</sup> Supra N° AE002W-0000171. Respuesta Dipres: "Esta Dirección no cuenta con información detallada respecto de los menores ingresos fiscales producto de la aplicación de las Cláusulas de Nación más favorecida."

la fuente que se comunica cada vez que el país accede en una negociación a disminuir sus facultades de imposición frente a una tercera jurisdicción, sea mediante una rebaja de las tasas o por incorporación de otras restricciones en las normas distributivas, lo que depende de la forma amplia o restringida como esté redactada la cláusula NMF <sup>57-58-59</sup>.

Como un ejemplo cuantitativo de órdenes de magnitud puntual puede señalarse de manera muy simplista que, de acuerdo a los datos del Banco Mundial publicados por *The Economist*, división The Economist Intelligence Unit 2010, Entorno de Propiedad Intelectual en Chile, los pagos efectuados por contratos de licencia con las cuales las empresas chilenas obtienen tecnología, conocimientos o transferencia de marcas de empresas de otros países alcanzaron los U\$525,7 millones en 2006, en tanto que los pagos recibidos llegaron a U\$63,6 millones. Considerando la tasa normal de retención por Regalías de 30% contenida en la Ley de la Renta aplicada sobre esa cifra histórica ello representaría U\$157.71 millones de dólares pagados por concepto de impuestos al Fisco al momento de cumplir con los contratos de licencias. Con la suscripción del CDI con Estados Unidos la tasa de retención de las Regalías de todos los CDI negociados con países OCDE por efecto de las cláusulas NMF descenderá a 2% y 10%, afectando también con esta última tasa a la enajenación de propiedad intelectual. Calculando en forma burda la tasa de 2% precitada sobre la cifra anterior, esto equivale a una disminución de las retenciones calculadas en forma histórica a U\$10.514 millones de dólares en moneda de 2006. Ello representa entonces, aplicando la tasa de 2% precitada, una pérdida máxima potencial de impuestos de U\$147.197 millones de dólares para el Fisco chileno, solo por concepto de retenciones por regalías en moneda de 2006. Considerando que según estimaciones del Ministerio de Hacienda los CDI representan aproximadamente el 90% del comercio exterior y de la inversión extranjera en Chile esto significaría ajustar dicha pérdida estimativa total de pagos al exterior por concepto de Royalties a 2% en un 90% que serían aquellos pagados mediando un CDI, lo que es equivalente a U\$132.476 millones de dólares pesos provocados por la negociación de los CDI con cláusulas MNF y su correcta aplicación por contribuyentes, en

<sup>57</sup> Circulares SII: Circular N°08, January 26, 2005; Circular N°33, June 30, 2005; Circular N°62, November 24, 2005.

<sup>58</sup> La Cláusula de Nación Más Favorecida se ha incorporado en los CDI de Canadá (Art. 10, 11 y 12); Corea (Art. 11); Dinamarca sobre artículos 11 y 12; España (Art. 11 y 12); Francia Artículos 11 y 12; Irlanda sobre artículos 11 y 12; Malasia; México sobre artículo 11; Noruega sobre artículos 11 y 12; Nueva Zelandia sobre artículo 12; Polonia sobre artículos 11 y 12; Reino Unido sobre artículos 11 y 12; y Suecia sobre artículos 11 y 12.

<sup>59</sup> Baistrocchi, Eduardo A., *The Use and Interpretation of Tax Treaties in the Emerging World: Theory and Implications* (September 24, 2008). *British Tax Review*, No. 4, 2008, p. 359: "Three major assumptions are made in this article: (1) developing countries are habitually engaged in international tax competition within a compatible standard (rather than between incompatible standards). The current compatible standard is the OCDE model, which channels international tax competition into areas that are not regulated by the OCDE model, such as the inclusion of clauses like most-favored nation in asymmetric tax treaties<sup>35</sup>."

moneda nacional de 2006. Este cálculo podría ajustarse a moneda de 2014, pero permite tener un orden de magnitud preliminar al problema planteado.

Lógicamente, una estrategia política y económica de agresiva negociación de CDI de Chile se encontraría plenamente justificada, si lograra comprobarse una compensación del decremento de la recaudación fiscal asociada a un CDI, con un incremento del volumen de recaudación fiscal, como resultado de un aumento del PIB, por el volumen de operaciones internacionales y de inversión materializada en nuestro país proveniente de países con los cuales dichos CDI se aplican. Valga repetir que esa ha sido precisamente la justificación económica repetida "Copy & Paste" por las autoridades a la hora de solicitar la autorización del Congreso para la aprobación de todos los CDI negociados hasta la fecha bajo el Modelo OCDE, con algunas cláusulas variación del Modelo ONU incorporadas en los CDI.

Con todo, la relación causal entre incremento de cantidad de CDI negociados y aumento de impuestos de inversión extranjera (inbound) y/o mayores retornos de utilidades desde el exterior (outbound) hasta ahora no está comprobada en ningún estudio serio que se haya efectuado en el mundo, por lo que la decisión de negociar estos instrumentos requiere de extrema cautela.<sup>60</sup> Para un país en desarrollo como Chile, aparece entonces como una estrategia claramente fallida y ciega, por la falta absoluta de justificación técnica y práctica. Esto equivale o un error no forzado en la conceptualización de dicha estrategia, lo que afecta la velocidad de salida desde el subdesarrollo económico, frente a crecientes necesidades de inversión en capital humano (educación) e infraestructura pública<sup>61</sup>.

Es de sentido común que al disminuir mediante los CDI la potestad recaudatoria de Chile como Estado fuente, ante operaciones efectuadas por empresas

<sup>60</sup> Eric Neumayer, Do double taxation treaties increase foreign direct investment to developing countries? *Journal of Development Studies*, 2007; Eric Neumayer, N., Spess, L., Do Bilateral Investment Treaties Increase Foreign Direct Investment to Developing Countries?. *World Development*, 33(10), 2005, pp. 1567 – 1585; Eric Neumayer, Do double taxation treaties increase foreign direct investment to developing countries? *Journal of Development Studies*, vol. 43, No. 8, 2006, pp. 1501-1519; M. Hallward-Driemeier, Do Bilateral Investment Treaties Attract FDI? Only a Bit...and They Could Bite, *World Bank Policy Research Working Paper*, 2003, 3121; Blonigen, B. A., and R. B. Davies. Do Bilateral Tax Treaties Promote Foreign Direct Investment? *Handbook of International Trade*, Vol. II, edited by E. K. Choi and J. C. Hartigan. London: Blackwell, 2005, 526–546; Easson, A. Do We Still Need Tax Treaties? *Bulletin for International Fiscal Documentation*, 54, 2000, 619 – 625; Paul L. Baker, An Analysis of Double Taxation Treaties and their Effect on Foreign Direct Investment, University of Cambridge. May 2012; Bruce A. Blonigen, Lindsay Oldenski, Nicholas Sly, Separating the Opposing Effects of Bilateral Tax Treaties, May 2012; Tom Coupé, Irina Orlova and Alexandre Skiba, The Effects of Tax and Investment Treaties on Bilateral FDI Flows to Transition Countries; Fabian Barthel, Matthias Busse, Eric Neumayer, The Impact of Double Taxation Treaties on Foreign Direct Investment: Evidence from Large Diadyc Panel Data, *Contemporary Economic Policy*, 2010, ISSN 1465-7287.

<sup>61</sup> Boletín Legislativo, Congreso Nacional, N° 8.488-05, p. 63 p.120 "Recaudar lo suficiente para proveer los bienes públicos que la sociedad desea: Educación 3% del PIB anual adicional. Salud mínimo 1% del PIB anual adicional y para reducir la carga de las personas, 3% del PIB. Pensiones 1% del PIB para aumentar cobertura pilar solidario. Infraestructura por lo menos 1% del PIB (Golborne). I&D pasar de 0,7% a 1,5% del PIB. Etc. Todo esto suma entre 4,5% y 6,5% del PIB anual."

provenientes de naciones económicamente más desarrolladas, se está produciendo un impacto fiscal que no necesariamente se encuentra compensado fiscalmente. Consecuentemente, mínimo es exigir una modelación matemática y un cálculo presupuestario de estas variaciones de la carga fiscal que afecta a las rentas que aprovechan los beneficios de los CDI aunque sea anualmente. Además, la exigencia surge tanto a nivel de la Constitución de Chile como en relación a la incorporación de Chile a la OCDE, en la cual la cuantificación adecuada del gasto fiscal indirecto se hace un dato necesario como miembro de la organización (Tax Expenditures Budget).

Como cuarta evidencia del fenómeno que aquí estamos estudiando, resulta notable la ausencia de análisis *mutatis mutandi* para la determinación del impacto tributario respecto del destino de capitales chilenos al exterior y los efectos económicos del diferimento en el reconocimiento de utilidades o dividendos devengados o percibidos por parte de empresas chilenas residentes en Chile desde el extranjero utilizando los mecanismos del CDI. El efecto anterior, denominado Lock Out, sucede según se trate de una subsidiaria o un establecimiento permanente conforme a las reglas de la Ley de la Renta. Para ambos casos, la forma de cómputo de dichas utilidades conlleva la imputación de un crédito externo bilateral convencional, todo lo cual se encuentra regulado en los artículos 12, 41 A, 41 B y 41 C de la Ley de la Renta en Chile. Sobre este punto la evidencia incluso muestra la falta de conexión entre el conocimiento del derecho doméstico y el derecho internacional, en tanto que solo con la reforma fiscal 2012 contenida en la Ley 20.630 se logró impedir la utilización del crédito bilateral contenido en los CDI para obtener devoluciones de impuestos del Fisco chileno, sea por absorción de pérdidas locales contra percepción de utilidades extranjeras, que tenían pagado su impuesto en el exterior; o por el devengamiento de pérdidas extranjeras de establecimientos permanentes en el exterior contra utilidades locales sujetas a impuestos en la matriz en Chile. De acuerdo con las cifras de la Dirección de Presupuesto esta medida significó un ahorro de impuestos equivalentes a U\$398 millones de dólares a partir de 2013 hasta 2018.<sup>62</sup> En la actualidad, dichos efectos deben ser reestudiados, pues tras la reforma de 2014 contenida en la Ley 20.780 estableció un sistema de Rentas Pasivas (CFC) que modifica el reconocimiento de utilidades de entidades controladas en el exterior y con ello el uso de los créditos contra impuestos externos.

Como quinta evidencia de ceguera fiscal, cabe señalar que esta estrategia se realizó hasta 2014 sin precaver un aumento de las potestades de fiscalización y sanción, sea mediante cláusulas sistemáticas de derecho internacional tributario incorporadas en los CDI o mediante un reforzamiento del derecho nacional tri-

<sup>62</sup> Ministerio de Hacienda, Informe Financiero, Mensaje 058-360, 2012 y Mensaje 182-360, 2012.

butario sancionatorio, el que pudiera ser eventualmente aplicable a operaciones transfronterizas. Resulta notable la carencia de normas antiabuso generales o especiales que permiten reforzar la potestad sancionatoria frente a la aplicación de los CDI como legislación específicamente diseñada al efecto en Chile. Un aumento de rebajas fiscales requiere aumentar también los mecanismos para fortalecer la potestad tributaria sancionatoria, en función de precaver la erosión de ingresos fiscales en la fuente. La carencia de normas para evitar la elusión y evasión de los CDI puede considerarse no solo un error no forzado, sino también un factor contributivo consciente a la creciente regresividad de la estructura del sistema tributario de Chile. Al respecto, cabe reconocer que la Reforma Tributaria 2012 contenida en la Ley 20.630 adoptó algunas correcciones con respecto a las normas incorporadas en materia de fuente, establecimiento permanente<sup>63</sup> y de precios de transferencia que mejoraron la posición de Chile en el contexto de la lucha contra la erosión fiscal internacional<sup>64</sup>. Asimismo, es notable que en

<sup>63</sup> Cristián Gárate, Congreso Nacional, Indicaciones Mensaje 182-360, [www.protax.cl](http://www.protax.cl), p. 9". 35. El artículo 38 es la norma matriz en el texto de la LIR respecto del tratamiento tributario aplicable a un establecimiento permanente en Chile. La modificación legal es defectuosa, ya que introduce elementos del derecho tributario doméstico que están contenidos en el derecho tributario internacional de los CDI, sin definirlos coherentemente y sin hacer ningún tipo de interfase entre ambos planos legales. La omisión de una definición del término establecimiento permanente es una falta regulatoria no menor, dado que la jurisprudencia administrativa del SII muestra total confusión respecto del tratamiento del establecimiento permanente en la LIR y el establecimiento permanente en el CDI, sobretodo en los casos en que éste no se configura conforme al Artículo 5 Modelo OCDE. 36. La nueva redacción produce diversas adecuaciones normativas introduciendo las nuevas discusiones asentadas en la OCDE en materia de: a) separación e independencia funcional de la matriz en el derecho doméstica; y b) atribución de beneficios y gastos para el cálculo de impuestos de un establecimiento permanente. Existen varias fallas producto de la falta de conocimiento evidente de los redactores de estas materias frente al valor de los tratados internacionales en el proyecto de ley: a) la norma exhorbita los principios de tributación internacional al determinar dentro de los resultados atribuibles a un EP tanto los bienes asignados por la casa matriz como los bienes utilizados; b) en este último caso, es necesario distinguir diversas situaciones mediante una especificación de qué tipo de bienes y a qué título se utilizan, ya que la mera utilización de un bien no es determinante para atribuir ingresos; c) la norma incorpora un inciso segundo que permitiría aplicar el artículo 35 LIR que es confuso; d) la norma permitiría un cálculo en base a reglas de proporcionalización que son rechazadas por la OCDE. 37. El proyecto contiene un inciso final que opera en el contexto de las reorganizaciones empresariales territoriales y extraterritoriales en que puede participar un establecimiento permanente. Esta norma requiere mucho más refinamiento evidenciando que en la Ley de la Renta se hace urgente tratar en un solo título y sujeto a unos mismos requisitos todas las reorganizaciones empresariales".

<sup>64</sup> Cristián Gárate, Congreso Nacional, Indicaciones Mensaje 182-360, [www.protax.cl](http://www.protax.cl), p. 10. "39. Resulta criticable que las mejores prácticas de la OCDE en materia de Precios de Transferencia no estén reflejadas en el texto legal propuesto. Cabe señalar que estas prácticas están expresamente contenidas en el documento que contiene la legislación propuesta para ser adoptada por países OCDE: "Transfer Pricing Legislation - A suggested Approach June 2011". La sola lectura de dicho documento evidencia una descordinación mental entre esta legislación propuesta y la legislación OCDE que Chile debe subsumir, con adecuaciones propias de las leyes domésticas. 40. A título general, se evidencia una falta de coordinación producto del desconocimiento en esta materia, ya que se mezclan conceptos contenidos en el artículo 64 CT en vista que la OCDE tiene su propia nomenclatura asentada sobre tres pilares: a) Arm's Length Standard; b) Comparability Analysis; y c) Valuation Methods que corresponden a la nomenclatura de los artículos 5, 7 y 9 del Modelo OCDE discutida durante 2009 hasta el 2011 en el Attribution of Profits to Permanent Establishment Project y Authorized OCDE Approach. 41. En el artículo 41 E inciso primero es defectuoso. Esta no es la forma de apertura para una norma de precios de transferencia. La nomenclatura "operaciones transfronterizas" no está definida en la Ley y deja fuera la posibilidad de aplicar precios de transferencia en operaciones con zonas francas que se consideran

la reforma de la Ley 20.780 se incorporaron nuevas instituciones en el Código Tributario que están dirigidas a frenar la elusión mediante una cláusula de interpretación general de "substancia sobre forma" y de aplicación de sanciones en casos de abuso o simulación en el derecho tributario doméstico. Con todo, su ámbito de aplicación no puede ser abrogatorio de los derechos establecidos en los Convenios de Doble Tributación, menos cuando estos no contienen en su articulado cláusulas generales antiabuso y solo contienen normas especiales que en muchos casos no tienen el carácter de antiabuso. En consecuencia, esta será una materia que a falta de clarificación legislativa tendrá que ser dilucidada caso a caso por la justicia tributaria en Chile.

Como sexta evidencia de ceguera fiscal, cabe notar que también en la fase de aplicación de la legislación tributaria internacional contenida en los CDI devienen efectos puntuales y generales para el Fisco de Chile. Cada vez que el SII fija una posición con respecto al problema fiscal de un contribuyente se genera un efecto potencial de tesorería. Por lo que éste organismo debería sujetarse a la obligatoriedad de cuantificación de los resultados fiscales monetarios, conforme

---

extraterritoriales, pero no son transfronterizas en el sentido ordinario de la palabra. La alusión a reorganizaciones o reestructuraciones no está definida en la LIR y requiere un título especial, sobretodo porque la materia de "business restructurings" en el contexto de los precios de transferencia tiene un estudio propio distinto de la reorganizaciones domésticas. 42. Resulta criticable que la propuesta no establece en el artículo 41 E, inciso primero una definición del principio arm's length: *The Arm's Length Principle*: "Cuando las dos empresas estén, en sus relaciones comerciales o financieras, unidas por condiciones aceptadas o impuestas que difieran de las que serían acordadas por empresas independientes, los beneficios, que habrían sido obtenidos por una de las empresas de no existir dichas condiciones, y que, de hecho, no se han realizado a causa de las mismas, podrán incluirse en los beneficios de dicha empresa y someterse a imposición en consecuencia". 43. La redacción, conceptos y foco del artículo 41 E inciso 2 debe mejorarse. Las normas de precios de transferencias pueden tener una aplicación tanto doméstica como para transacciones internacionales. La aplicación doméstica es recomendable para no producir duplicación o disparidad de criterios de fiscalización. Asimismo, la uniformidad de criterios es recomendable para evitar la posibilidad de arbitraje fiscal entre normas basadas en distintos principios. Finalmente, para evitar la elusión y evasión fiscal. La propuesta hace aplicable las normas con respecto a Paraísos Fiscales solo respecto de reestructuraciones y reorganizaciones lo que es un error o bien resulta redundante bajo el tenor del párrafo primero. La expresión "sin título alguno es confusa" otros conceptos están mezclados y requieren mejor técnica de escrituración. 44. Resulta criticable que la norma del 41 E, inciso tercero establece una especie de parámetros para realizar el análisis de comparabilidad que es uno de los pilares de los Precios de Transferencia. Con todo, la norma no es clara y además que no respeta la nomenclatura internacional de la OCDE. Esta norma requiere ser reescrita. 45. Resulta criticable que las normas de relación del N° 1 para precios de transferencia no están en línea con las normas de la Ley de la Renta ni tampoco respetan los principios de la OCDE. Esto produce introducción de conceptos errados o confusos en la legislación doméstica y desalineados con la legislación internacional contenida en el artículo 9 Modelo OCDE. El artículo requiere ser redactado nuevamente. Como técnica legislativa la ley debiera establecer las normas de relación en forma más genérica siguiendo los lineamientos OCDE y dejando un margen más amplio al SII para analizar mediante estudio caso a caso. 46. Resulta criticable que las normas de métodos de precios de transferencia del N° 2 tampoco siguen aquellas establecidas por la OCDE. Existen disparidad de criterios al introducir los cálculos específicos propuestos para cada método lo que no tiene una justificación técnica y produce colisiones normativas con las normas de los CDI. Como técnica legislativa la ley debiera establecer las normas de valoración en forma más genérica siguiendo los lineamientos OCDE y dejar un margen más amplio al SII para normar los métodos a través de una Circular. 47. Existen varios problemas procedimentales y hasta constitucionales en las normas de Acuerdos Anticipados. Por ejemplo, el rechazo de acuerdo anticipado a juicio exclusivo y sin recurso alguno es cuestionable desde el punto de vista constitucional.

a las normas que rigen el control de la asignación y uso de los recursos públicos de las instituciones públicas. Esta obligación, de determinación de los efectos de resultado monetario de las resoluciones normativas, emana a su vez de las normas para mejor gestión y transparencia en el uso de los recursos públicos y la rendición de cuentas aplicable al SII, cuya supervigilancia le compete en Chile a la Dirección de Presupuesto. Cabe señalar que, al igual que el SII, la Dirección de Presupuesto es dependiente del Ministerio de Hacienda. En este sentido, resultaría exigible que el SII adopte una práctica doble de determinación de la posición fiscal resolutoria, que sustente sus resoluciones con argumentos cualitativos, a la vez que determine la cuantificación en términos de resultados fiscales monetarios, mediante la nomenclatura que existe en nuestro país para el cálculo del presupuesto nacional.

Esto sería aplicable a las actuaciones administrativas del SII frente a los contribuyentes bajo la siguiente metodología, aplicable a aquellas Circulares Generales y Oficios dados a los contribuyentes, con efectos para el Fisco: a) Mayor Gasto; b) Menor Gasto; c) Menor Ingreso; d) Mayor Ingreso; e) Ingreso - Gasto; f) No afecta recursos públicos. De esta manera, las actuaciones del órgano administrativo ganarían en certeza cualitativa y cuantitativa, dado que deberían balancearse mejor los intereses contrapuestos. En definitiva, así mejoraría la transparencia de la información y el uso eficiente de recursos fiscales.

En definitiva, este trabajo permite poner sobre la mesa todos estos factores que afectan a la administración tributaria para gatillar un análisis balanceado y profundo que pueda servir de debate para evaluar la ruta de Chile y de otros países de Latinoamérica, teniendo en mente la hipótesis de un Fiscal切腹<sup>65</sup>.

### 3. Recto cumplimiento de un CDI

Como paso forzado, es necesario referirse brevemente el concepto de prevalencia y recto cumplimiento de los CDI, conforme al principio *pacta sunt servanda* de la Convención de Viena del Derecho de los Tratados (CVDT), las normas Constitucionales que protegen la jerarquía de los Tratados Internacionales y los principios de derecho, tales como el principio legal *lex posterior generalis non derogat legi priori specialis*.

Estas materias no han sido discutidas seriamente a nivel doctrinal en Chile. Lamentablemente, algunos de los alcances figuran en interpretaciones administrativas del SII que adolecen de graves fallas en el análisis de las consecuencias tributarias de la aplicación de los CDI a casos concretos.

<sup>65</sup> En escritura Kanji Japonesa significa Harakiri. En este caso se trata de un "Harakiri Fiscal".

Por una parte, en cuanto un CDI se incorpora a nuestro ordenamiento jurídico ocurre una especie de concurso ideal tributario, en el sentido que una misma conducta pasaría a estar regulada en dos reglas de derecho de distinta entidad y naturaleza. *Prima facie*, estos dos cuerpos normativos tienen una relación jerárquica determinada, toda vez que las normas de derecho internacional público deben prevalecer por sobre las normas de derecho público interno, precisamente por el principio *pacta sunt servanda*<sup>66</sup>.

En algunas legislaciones el criterio de supremacía del tratado se realiza mediante un proceso de incorporación directa, mientras que en otros requiere una incorporación indirecta, mediante un proceso de transformación<sup>67</sup>. Conforme a los principios de derecho internacional público, la regla general es que los CDI revocan o modifican la legislación tributaria doméstica al momento de su entrada en vigencia y prevalecen por sobre la legislación doméstica sobreviniente<sup>68</sup>. Evidentemente, no se trata aquí de que el CDI derogue tácitamente la norma tributaria doméstica, en lo relativo al principio de tipicidad y reserva legal tributaria; sino, solamente, se trata de una pérdida de eficacia relativa, en función de la atribución de potestades tributarias recaudatorias bajo la hipótesis de competencia impositiva concurrente entre dos Estados contratantes. Este es precisamente el denominado efecto negativo de los tratados, en tanto los CDI no crean o generan tipos tributarios, pero determinan una restricción o ineficacia relativa de las normas tributarias domésticas en ciertas hipótesis específicas<sup>69</sup>. Lo anterior, resulta a veces modificado por la práctica de países que introducen legislación que explícitamente deroga parte de un tratado por vía legislativa, constituyendo el fenómeno de Tax Treaty Override<sup>70</sup>.

Conforme con lo anterior, en cuanto el CDI entra en vigor, pugna con el derecho internacional público interpretar *a priori* las reglas distributivas del tratado bajo un principio *pro fisco*, con la intención de mitigar por vía de la hermenéutica administrativa los efectos de una obligación internacional establecida claramente en un CDI. En esencia, se trata de una limitación a la soberanía tributaria negociada bilateralmente en el ámbito internacional y que, por recepción legal interna en los Estados contratantes, crea derechos en favor de los contribuyentes

<sup>66</sup> No debe confundirse el principio de supremacía del CDI, con la técnica de interpretación para la sub-sunción normativa de un caso práctico que adopta la posición de: a) comenzar desde el CDI, buscando la potestad jurisdiccional tributaria en una norma distributiva exclusiva, facultativa o compartida, para luego buscar en la legislación doméstica el hecho gravado específico; b) comenzar desde la legislación doméstica identificando el hecho gravado, para luego confirmar en el CDI la potestad jurisdiccional tributaria mediante una norma distributiva exclusiva, facultativa o compartida.

<sup>67</sup> Michael Lang Ed., *Tax Treaty Interpretation*, Band 13, Linde, Viena, 2001. Esta materia está tratada comprensivamente a lo largo de este libro razón por la cual no se especifican autores.

<sup>68</sup> Código Tributário de Brasil, CTN:Art. 98. Os tratados e as convenções internacionais revogam ou modificam a legislação tributária interna, e serão observados pela que lhes sobrevenha.

<sup>69</sup> Alberto Xavier, *Direito Internacional do Brasil*, Forense, Rio de Janeiro, 2004, pp. 131.

<sup>70</sup> OCDE Committee on Fiscal Affairs, *Report on Tax Treaty Override*, 2001.

beneficiarios al disminuir, *favorabili condicione*, la carga impositiva subyacente a una determinada operación económica.

En consecuencia, aquello negociado y sancionado posteriormente por el Congreso de Chile como ley interna, importa la ejecución de una limitación a la potestad impositiva recaudatoria, con potenciales efectos decrementales para la tesorería pública y, correlativamente, efectos incrementales para el patrimonio del contribuyente en la órbita del Impuesto a la Renta. Todo lo anterior, derivado naturalmente de la recta aplicación de las cláusulas contenidas en un CDI conforme a derecho internacional público.

Es insalvable que el recto cumplimiento de un CDI negociado conforme al Modelo OCDE e interpretado conforme a la CVDT, puede resultar odioso<sup>71</sup> para el Fisco chileno, dado que al aplicarse sus cláusulas tiende a privilegiar al país de la residencia y no al país de la fuente. Ello se acentúa dado que Chile en su mayoría es importador de capital frente a los países OCDE.

Así como desde el punto de vista de la recta aplicación del CDI no es aceptable *a priori* una interpretación *in dubio pro fisco*, con el propósito de respaldar la posición de la administración tributaria aplicando cláusulas del CDI por el mero hecho que protegen la potestad de recaudación fiscal. Menos significa que en caso de ambigüedad, deba aplicarse supletoriamente un principio *in dubio contra fisco*, con el propósito de aplicar el CDI a favor del contribuyente<sup>72</sup>.

Por tanto, verificado *in actum* que el CDI restringe o cercena la potestad recaudatoria y al no existir ninguna norma que permita reversar dicha consecuencia por la vía de la potestad sancionatoria, el SII no debe obstaculizar *a priori* su recto cumplimiento, sino que debe limitarse siempre a respetar el contenido de sus cláusulas de atribución con las limitaciones sobrevinientes a la potestad tributaria, aceptando la consecuencia jurídica que deriva tal cual como fueron negociadas, presentadas y aprobadas por el Congreso<sup>73</sup>.

Dado lo anterior, no resultan congruentes con dichas obligaciones internacionales y son contrarios a los principios de recta interpretación de los CDI

<sup>71</sup> Esta aplicación normativa en el derecho doméstico está vinculada con la norma de interpretación supletoria del artículo 23 del Código Civil, mediante la cual se abolió el principio: *odia restringere favorabili ampliari*.

<sup>72</sup> Esta aplicación normativa en el derecho doméstico está vinculada con la norma de interpretación de los contratos, contenida en el artículo 1566 del Código Civil, mediante la cual se recogió el principio: *interpretatio contra stipulatorem*.

<sup>73</sup> Nótese el cambio de estrategia, en vista de la asimilación por parte del SII de la pérdida de potestades recaudatorias de Chile por la recta aplicación de los CDI, los cuales fueron negociados sin resguardos en materia de seguros y reaseguros y la reserva a los Comentarios incorporados al Artículo 7, par.75: "Australia, Chile and New Zealand reserve the right to include a provision that will permit their domestic law to apply in relation to the taxation of profits from any form of insurance. (1)Chile was added to this reservation when it joined the OCDE in 2010."

conforme a la CVDT, diversos pronunciamientos emanados del SII, contenidos en Circulares y Oficios, muchos de los cuales carecen de precisión técnica y discurren administrativamente contra el texto y el contexto de los artículos del respectivo tratado internacional, con el fin de atribuirse una potestad tributaria recaudatoria que está limitada o que no le corresponde a Chile<sup>74</sup>.

La conducta de intentar, dependiendo de la importancia del contribuyente o impacto a nivel de volumen de transacciones similares o la importancia de la actividad económica, subsumir hermenéuticamente la realidad, en forma selectiva, generando un conflicto de aplicación normativa inexistente<sup>75</sup>, con el fin de atribuirse mañosamente facultades de imposición, sólo trasunta un incumplimiento de las obligaciones internacionales contraídas en un CDI<sup>76</sup>. Asimismo, la actitud de omitir pronunciarse públicamente sobre situaciones que claramente quedan subsumidas en un CDI, también violenta al contribuyente, pues se desconoce la aplicación de un estatuto tributario obligatorio en cuanto derecho legal y vigente que eventualmente lo beneficia<sup>77</sup>.

En la práctica, en la medida que más contribuyentes tienen acceso a la información el SII se ha visto confrontado a diversas consultas en virtud de las cuales, en vez de aceptar las consecuencias de pérdida de la potestad recaudatoria o falta de potestad sancionatoria, se ha inclinado por generar un conflicto de aplicación normativa o, en otros casos, a no dar respuesta al contribuyente y dejar la situación en la ambigüedad. Los CDI en la forma como han sido negociados y aprobados por el Congreso contienen reglas de derecho internacional público obligatorias para la administración tributaria de Chile. Si de su aplicación se coligen consecuencias negativas a nivel recaudatorio, dado que se ha resignado la potestad de tributación en la fuente o no se divisan cortapisas sancionatorias frente a un contribuyente que persigue el efecto de una regla distributiva, lo que corresponde en derecho es denunciar el CDI o

<sup>74</sup> Cristián Gárate, Tópicos de Interpretación Legal en los Convenios de Doble Imposición en Chile, Revista de Estudios Tributarios, Facultad Economía y Negocios, Universidad de Chile, CET, N° 1, 2010, pp. 135.

<sup>75</sup> En derecho internacional tributario los conflictos de aplicación de un CDI pueden originarse, por ejemplo, en los siguientes casos: a) Conflict of Income Qualification (Facts interpreted according to domestic law); b) Conflict of Income Classification (Articles of the DTT according to facts); c) Conflicts of Attribution (Attribution of same income streams to different taxpayers). d) Conflicts of Quantification (Mismatches in income assessment); e) Dual Entity Conflicts (One entity has different categorizations under domestic law)

<sup>76</sup> Ejemplos de cuestionables aplicaciones de CDI por parte del SII se encuentran en las interpretaciones administrativas: SII, Oficio N° 2.890, de 04.08.2005; SII, Oficio N° 3.489, de 11.12.2009; SII, Oficio N° 191, de 29.01.2010; SII, Oficio 219 de 4.2.2010.

<sup>77</sup> Ejemplo de una omisión en dar respuesta a una aplicación de CDI por parte del SII se encuentra en la interpretación administrativa SII Oficio N° 358, de 26.02.2010. En este caso se produce claramente una pérdida de potestad tributaria de Chile conforme a la situación de hecho expuesta por el contribuyente, la que se ajusta al CDI, respecto de la cual la administración tributaria no se hace cargo de responder.

bien requerir una renegociación al otro Estado contratante<sup>78</sup>. Nada obliga a los países a negociar un CDI, pero una vez en vigor, todo el CDI obliga a los países contratantes.

#### 4. Autonomía del texto de un CDI

Es también necesario recalcar la problemática desde el nivel hermenéutico, tanto respecto de la interpretación que hacen los consultores en su práctica (i.e. abogados, economistas, contadores e ingenieros) con clientes, como aquella de índole doctrinal, administrativa o jurisprudencial. Existen muchas vías de confrontar la discusión desde el ángulo interpretativo de un CDI, algunas de las más notables se reseñan a continuación.

Un primer foco que cabe emplear es determinar interpretativamente si realmente la utilización de una norma resulta de su tenor claramente manifestado o es una extensión de su alcance para lograr un objetivo y finalidad que está más allá de lo aceptable para el CDI. Es decir, una aplicación normativa que sale desde el ámbito del uso y entra en el límite del abuso de la finalidad de la misma. En el ámbito del derecho internacional público la respuesta a esta cuestión debe encontrarse primeramente mediante el empleo de todos los medios de interpretación disponibles en derecho internacional público conforme a la CVDT.

Un adecuado enfoque interpretativo aplicado a un caso concreto debe tomar en cuenta los métodos de interpretación establecidos en los artículos 31 a 33 de la CVDT que se refieren a los elementos primarios y secundarios de interpretación de un CDI.<sup>79</sup> El principio rector en la operación de interpretación del CDI es la buena fe para una recta aplicación de sus cláusulas 31 (1). Conforme al artículo 31 la interpretación debe descansar fundamentalmente en la literalidad de los elementos intrínsecos del CDI, tales como: a) conforme al sentido ordinario o común de las palabras del CDI 31 (1); b) conforme al sentido de las palabras dentro del contexto de todo el texto que contiene los artículos del CDI 31 (2); c) conforme al sentido de las palabras del CDI con otros elementos interpretativos complementarios fuera del contexto del CDI 31 (3); y d) conforme al sentido técnico de las definiciones 31 (4) del CDI<sup>80</sup>. Asimismo, el objeto y finalidad del tratado debe ser tomado en cuenta para determinar

<sup>78</sup> Michael Lang ed., *Die Verteilung der Besteuerungsrechte zwischen Ansaessigkeits- und Quellenstaat im Recht der Doppelbesteuerungsabkommen*, Linde, Wien, 2005. Esta materia está tratada comprensivamente a lo largo de este libro razón por la cual no se especifican autores.

<sup>79</sup> El profesor Klaus Vogel, estimaba que son medios primarios de interpretación conforme al artículo 31 CVDT. El profesor Phillip Baker, estima que son medios suplementarios de acuerdo al artículo 32 CVDT. Este articulista estima que son medios extrínsecos, suplementarios y solo cabe invocar los comentarios del Modelo contemporáneo al CDI rechazando las interpretaciones dinámicas.

<sup>80</sup> Michael Lang ed., *History of Tax Treaties*, Linde, Viena, 2011. Esta materia está tratada comprensivamente a lo largo de este libro razón por la cual no se especifican autores.

la intención de las partes a partir de las expresiones del texto del tratado 31 (1). Por su parte, el artículo 32 de la CVDT también autoriza el uso de medios suplementarios de interpretación, que se conforman por medios extrínsecos utilizados en forma subsidiaria al artículo 31, para confirmar las conclusiones arribadas mediante el texto del CDI<sup>81</sup>.

Al respecto, cabe mencionar que el formato de Convención Modelo de la OCDE y los Comentarios OCDE no tienen precedencia por sobre el texto del CDI y no forman parte del acuerdo o negociación del tratado, salvo que exista una remisión expresa en el texto del CDI a los Comentarios OCDE<sup>82</sup>. Asimismo, cualquiera sea el valor jurídico<sup>83</sup> que se les asigne por el intérprete (valor intrínseco o extrínseco), los únicos Comentarios OCDE válidos son aquellos existentes al momento en que el CDI fue concluido<sup>84</sup>. No resulta por tanto aceptable interpretar un CDI a la luz de cambios ulteriores en los Comentarios de la OCDE<sup>85</sup>, los que no tienen ninguna incidencia en el texto del CDI

<sup>81</sup> Michael Lang ed., *Fundamental Issues and Practical Problems in Tax Treaty Interpretation*, Linde, Viena, 2008. Esta materia está tratada comprensivamente a lo largo de este libro razón por la cual no se especifican autores.

<sup>82</sup> Ver CDI Chile-Estados Unidos, Protocolo, párrafo 15: 15. Con referencia al Párrafo 3 del Artículo 12 (Regalías). A fin de determinar si los pagos por programas de computación serán considerados como pagos por regalías, de acuerdo al Artículo 12, se tomarán en consideración los Comentarios al Modelo OCDE de Convenio Tributario sobre impuesto a la Renta y sobre el Patrimonio de 2008 que específicamente tratan sobre programas de computación (párrafos 12 al 14.4 y párrafos 17 al 17.4).

<sup>83</sup> Klaus Vogel, *on Double Taxation Conventions: A Commentary to the OCDE-, UN- and US Model Conventions for the Avoidance of Double Taxation of Income and Capital*, Kluwer, 1991, par. 79; Hugh Ault, *The Role of the OCDE Commentaries in the Interpretation of Tax Treaties*, in *Essays on International Taxation in Honor of Sidney I. Roberts*, Kluwer, 1993 p. 61; Philip Baker, *Double Taxation Conventions and International Tax Law*, Sweet & Maxwell, 1994, p. 28; J.F. Avery Jones et al., "The Interpretation of Tax Treaties with Particular Reference to Article 3(2) of the OCDE Model, I & II, *British Tax Review*, 1984, pp. 14-90; Kees van Raad, *Interpretation of Tax Conventions: Interpretatie van balastingverdragen*, 1978, p. 20; Roy Rohagti, *Basic International Taxation, Volume I: Principles*, Chapter 2, p. 44; Michael Lang et al, *The role of the OCDE Commentary in tax treaty interpretation*, *Australian Tax Forum*, 2008, pp. 95.

<sup>84</sup> Ver Reserva de Chile a los Comentarios OCDE.

<sup>85</sup> David A. Ward et al., *A Resident of a Contracting State for Tax Treaty Purposes: A Case Comment on Crown Forest Industries*, *Revue Fiscale Canadienne*, 1996, pp. 408: En doctrina emitida por David Ward la validez de los Comentarios OCDE tiene también una taxonomía de cuatro categorías definitivas con sus respectivas posiciones: "(1) those that fill a gap in the existing commentary by covering matters not previously mentioned; (2) those that amplify the existing commentary by adding new examples or arguments to what is already there; (3) those that record what states have been doing in practice; and (4) those that contradict the existing commentary. According to Ward, there is "little or no legal justification for the use" of the first type of commentaries. Amplification commentaries of the second category can be given weight as persuasive interpretations by the OCDE of the meaning of the particular article of the model. Concerning the third type of commentaries, Ward observes that state practice recorded in the OCDE commentaries "may have effect under international law" as long as the relevant contracting states have adopted that practice, which establishes the agreement of the parties regarding its interpretation and is a genuine interpretation and not effectively a change in the treaty. However, the authors warn that OCDE commentaries do not necessarily evidence a state practice adopted by one or more OCDE member states. Finally, regarding Waters's fourth category, Ward indicates firmly that "later commentary contradicting previous commentary should never be taken into account in interpreting existing treaties."

precedente<sup>86</sup>. Asimismo, otros documentos emanados de la OCDE tales como Recomendaciones o Estudios Técnicos<sup>87</sup>, solo son vinculantes una vez que han sido aprobados formalmente por el organismo y sujetos a las observaciones y reservas de los respectivos países<sup>88</sup>.

## 5. Casos jurisprudenciales

En los próximos párrafos el trabajo se enfoca al análisis de tres casos jurisprudenciales contenidos en oficios administrativos emanados del SII con respecto a ciertas áreas económicas claves, a saber, la prestación de servicios, el comercio marítimo y los servicios bancarios. En estos oficios de muy reciente data se identifican incoherencias de argumentación tributaria de la administración fiscal, que implican errores no forzados de interpretación para casos prácticos de derecho internacional tributario contenido en los CDI de Chile<sup>89</sup>.

<sup>86</sup> Kingston, ON: IFA, 2005, at chapter 6. David A. Ward et al., *The Interpretation of Income Tax Treaties with Particular Reference to the Commentaries on the OCDE Model*. In this book, the authors express their view on the relevance of later OCDE commentaries as follows: In our view, later commentaries that represent a fair interpretation of the Model and that clearly arise from the words of the Model (e.g. new amplification commentary) and that do not conflict with commentaries current at the time the tax treaty was negotiated can be given weight as persuasive interpretations by the CFA of the meaning of the particular Article of the Model, but they cannot be considered to have been adopted by the treaty negotiators for purposes of this particular tax treaty.

<sup>87</sup> SII, Circular N° 57, 16 de Octubre 2009: Beneficiario Efectivo y Normas Antiabuso en los Convenios para Evitar la Doble Tributación y para Prevenir la Evasión Fiscal con Relación a los Impuestos a la Renta y sobre el Patrimonio Suscritos por Chile. <http://www.sii.cl/documentos/circulares/2009/circu57.htm>: "9 Del mismo modo, OCDE ha excluido del concepto de beneficiario efectivo a las sociedades instrumentales ("conduit companies"). En tal sentido, el informe del Comité de Asuntos Fiscales de OCDE titulado "Double taxation conventions and the use of conduit companies", en adelante "Informe sobre sociedades instrumentales", llega a la conclusión de que una sociedad instrumental no puede ser considerada como beneficiario efectivo cuando, pese a ser el propietario formal de la renta, cuenta con poderes restringidos que la convierten, respecto a ella, en un mero fiduciario o administrador que actúa por cuenta de las partes interesadas."

<sup>88</sup> OCDE, C(2007)100/FINAL, Council, Roadmap for the Accession of Chile to the OCDE Convention, p. 4, N° 15. In accordance with Article 5 a) and b) of the OCDE Convention, the Acts of the Organisation include a significant number of Decisions and Recommendations which concern matters relating to substantive policy in Member countries. Decisions are legally binding, except for Member countries which have abstained at the time of their adoption. Recommendations, in accordance with Article 18 b) of the Rules of Procedure, are "submitted to the Members for consideration in order that they may, if they consider it opportune, provide for their implementation"; although Recommendations are not legally binding, they may have considerable impact on the policies and legislation of Member countries and the position of candidate countries regarding them is taken into account in the accession procedure. Other Acts, also taken under Article 5 a) of the OCDE Convention, relate to the functioning of the Organisation.

16. As regards the Acts and instruments focusing on matters that concern the substantive policy in Member countries, a candidate country may adopt, in principle, four different attitudes: a) acceptance; b) rejection; c) acceptance subject to reservations or various kinds of declarations; d) acceptance with a specified time frame for implementation.

<sup>89</sup> Código Tributario de Chile, Decreto Ley 830, Art. 6, letra A, N° 1; Ley Orgánica del SII, Decreto Fuerza de Ley N° 7 de 1980, Art. 7, letra b); Ver SII, Circular N°71 del 11 de Octubre del 2001, Materia: Instrucciones sobre consultas, <http://www.sii.cl/documentos/circulares/2001/circu71.htm>

El primero, contiene el análisis de un caso de fallida interpretación del Establecimiento Permanente de Servicios concerniente a los artículos 5 y 7 del Modelo OCDE, de la Dirección Regional Oriente, que a su vez se basa en un criterio emanado originalmente de la Dirección Nacional que se ha repetido en varias jurisprudencias administrativas. El segundo, contiene el análisis de un caso de fallida interpretación de Transporte Marítimo, contenido en el artículo 8 el Modelo OCDE, emanado de la Dirección Nacional que afecta la interpretación de una área clave de la economía de Chile. El tercero analiza la discutible interpretación de Intereses, concernientes al artículo 11 del Modelo OCDE, contenido en dos oficios emanados de la Dirección Nacional, que también corresponde a un área financiera importante para la economía.

### **5.1 Aplicación de los artículos 5 y 7 Convenio Modelo OCDE**

El Servicio, actuando a través del departamento jurídico de la subdirección Regional Oriente, emitió el oficio N° 28, de fecha 27.2.2011 respecto de servicios de publicidad proveídos a través de Web Sites de empresas residentes en México, España y Estados Unidos a empresas domiciliadas en Chile<sup>90</sup>. En la situación de hecho, la contratación de servicios prestados desde el exterior hacia Chile sería intermediada a su vez por una empresa chilena de publicidad, quien actuaría como diputada para el cobro y posterior remesa del precio de los servicios de anuncios prestados en el exterior en Web Sites de las empresas de los países precitados.

El quid del asunto está en la calificación de las actividades de prestación de servicios por parte de empresas residentes en el extranjero conforme a la cláusula de establecimiento permanente modificada del Modelo ONU contenida en el artículo 5 (3) de ambos CDI vigentes con España y México y, teóricamente, la calificación del CDI aún no aprobado con Estados Unidos. Más aún, lo interesante está en la calificación de las actividades de prestación de servicios de publicidad, por parte de empresas residentes en el extranjero, conforme a la calificación de la lista negativa contenida en la cláusula del artículo 5 (4) de los tres CDI precitados. A lo anterior, se agrega que dichos servicios son prestados a través de Web Sites, lo que implica tener presente los criterios OCDE existentes para la prestación de servicios en el comercio electrónico por parte de los países OCDE involucrados.

En consecuencia, salvo por la configuración de las condiciones materiales y temporales de la cláusula específica de servicios Modelo ONU del artículo 5 (3) (b), que se encuentra incorporada con variaciones en los CDI de Chile, y que

<sup>90</sup> [http://www.sii.cl/documentos/normativa\\_ddrr/2011/oriente/ordinario28\\_5138.pdf](http://www.sii.cl/documentos/normativa_ddrr/2011/oriente/ordinario28_5138.pdf)

está ahora considerada en el Comentario OCDE, artículo 5, par. 42.23, no existe forma de asegurar la potestad de Chile respecto de los beneficios empresariales obtenidos por actividades de servicios, que deben gravarse solo en el país de la residencia conforme al artículo 7 del mismo CDI Modelo OCDE. Pero, además, cuando se trata de una página Web el Comentario OCDE contiene una posición específica en el artículo 5, párrafo 42.1, que impide la configuración de un establecimiento permanente<sup>91</sup>. Lo anterior cabe incluso considerando que Chile estableció con una técnica legal deplorable una Reserva innominada a los servicios y una Observación genérica respecto de los párrafos que regulan el comercio electrónico<sup>92</sup>.

Para complejizar, dado que en este caso específico se trata de servicios de publicidad, menos es dable gravar las sumas remesadas desde el país de la fuente, dado que constituyen un caso taxativo de la lista negativa del artículo 5 (4) de los CDI Modelo OCDE. Es decir, no se puede configurar un establecimiento permanente, aun mediando la existencia de un lugar fijo de negocios, cuyo no es el caso de una página WEB, por lo que dichas actividades solo se pueden gravar en el país de la residencia conforme a la norma distributiva del artículo 7 de los CDI de España, México y Estados Unidos.

Absurdamente, lejos de la explicación anterior, el SII realiza una aplicación enfocada al concepto de beneficios empresariales, que es central para la configuración de un establecimiento permanente conforme al artículo 5 (1) y 7 del CDI. El Oficio N° 28 de 2011 comienza interpretando el sentido de las palabras "beneficios de una empresa" en forma discutible, dado que su recto entendimiento debe buscarse en un primer nivel del derecho tributario internacional, bajo una interpretación sistemática de los artículos 2, 3, 5, 7, 9, 23, 24 (2) y 29 del CDI, donde éstas palabras tienen un cierto sentido y alcance en el texto del mismo CDI. Seguidamente, en caso de duda, se deben utilizar los métodos de interpretación primarios o secundarios de la CVDT, contenidos en sus artículos 31 y 32, donde las palabras no definidas en el CDI deben entenderse en su sentido ordinario o corriente dentro de su contexto. Siguiendo estas reglas hermenéuticas el significado de beneficios de una empresa, usando el sentido normal en el texto del CDI; o bien usando las normas de interpretación de la CVDT en un sentido de lenguaje ordinario o corriente, dentro del contexto del CDI, implicaría forzosamente: rentas, ganancias, lucros, utilidades o incrementos patrimoniales generados por una actividad de negocios desarrollada por una empresa de un Estado contratante.

<sup>91</sup> Cristián Gárate, *The Fixed Place of Business in the Context of Electronic Commerce*, Schriftenreihe zum Internationalen Steuerrecht, Linde, Wien, 2003.

<sup>92</sup> Comentario OCDE, 2010: Observation 45.6 Chile and Greece do not adhere to all the interpretations in paragraphs 42.1 to 42.10; Comentario Modelo OCDE, 2010: Reserve 48. Chile reserves the right to deem an enterprise to have a permanent establishment in certain circumstances where services are provided.

El SII soslaya erróneamente el primer nivel de interpretación obligatorio del derecho tributario internacional y aplica, sin decirlo, el artículo 3 (2) del Modelo OCDE para buscar la justificación legal bajo una interpretación en el derecho doméstico. Es decir, el SII se aplica a una interpretación fuera del contexto del mismo CDI, sobre la base de la utilización de la frase “a menos que de su contexto se infiera una interpretación diferente”, lo que supone que el texto del CDI no sea definitorio, ni el contexto del CDI permita determinar el sentido de una expresión de derecho internacional tributario. Con todo, al realizar esta labor el SII tampoco respeta el principio de especialidad consagrado en la legislación tributaria doméstica conforme al Código Tributario y Ley de la Renta; que son los cuerpos normativos que debió consultar obligatoriamente al salirse del contexto normativo del CDI y entrar en el derecho tributario doméstico. Esto último es además obligatorio no sólo por el principio de *lex specialis*, sino por las reglas hermenéuticas del Código Civil ratificadas por la norma de especialidad del Código Tributario.

En efecto, el SII arriba a una conclusión equívoca utilizando uno de los elementos de interpretación consagrados en el Código Civil, que en sus artículos 20 y siguientes contiene diversas reglas de hermenéutica del derecho común. Con esta base legal, la administración tributaria de Chile aplica las definiciones existentes en el diccionario de la Real Academia Española (RAE) y luego cita la autoridad de otras opiniones administrativas del SII de la Dirección Nacional, que sirven de base a estos mismos razonamientos errados, que han sido reiterados en diversos oficios sin mayor reflexión.

En rigor, bajo el supuesto que fuere acertado salirse del texto y contexto del CDI, conforme a una interpretación del artículo 3 (2) del mismo, de acuerdo a los artículos 4 y 20 del Código Civil y los artículos 2 y 8 del Código Tributario de Chile, antes de consultar el Diccionario de la Real Academia Española (RAE), el SII debió haber recabado la definición legal de los artículos 2 (1) y siguientes de la Ley de Impuesto a la Renta, que son atinentes por *lex specialis*, como segundo nivel de interpretación legal obligatorio, para dilucidar el sentido y alcance de la palabra “beneficios” de una empresa. Lo anterior resulta justificado siempre bajo la condición del reenvío legal contenido en el Artículo 3 (2) del CDI, Modelo OCDE “unless otherwise required”. Con todo, se reitera que en este caso particular dicha remisión no era aplicable, *ergo*: “not otherwise required”.

En cuanto al fondo, la argumentación *pro fisco* del SII, plasmada en el Oficio N° 191 de 29.01.2010, que se cita como autoridad jurisprudencial de la Dirección Nacional, se basa en una interpretación de los artículos 5 (1) y 7 que no tiene cabida en el Modelo OCDE, ni en los Comentarios OCDE, ni en la jurisprudencia internacional, ni en la doctrina internacional. Simplemente, resulta errado interpretar que para ser calificada como beneficios de una empresa, la

ganancia debe provenir del ejercicio de una actividad realizada realmente por la empresa prestadora de servicios, con los recursos humanos y materiales con que debe contar para ser tal<sup>93</sup>.

Bajo una recta interpretación, tanto dentro del contexto del CDI, como fuera del contexto del CDI, los servicios genéricos prestados por una entidad de negocios calificada como empresa de un Estado contratante, domiciliada en el Estado de la residencia (México o España), por los cuales se recibe un pago desde el Estado de la fuente (Chile), remitido a su vez por un intermediario (diputado para el cobro y remesa) residente en Chile, califican *prima facie* en los artículos 5 (1) y 7 del CDI. Con lo cual, dichas utilidades, lucros o ganancias de las empresas residentes en países en los que existe CDI no deben quedar sometidas a tributación en el Estado de la fuente.

La única excepción a las reglas distributivas de los artículos 5 (1) y 5 (3) que cabría discutir, conforme a los supuestos fácticos, es la configuración de un agente contenido en la cláusula 5 (6) Modelo OCDE sopesando las actividades de intermediación de un mandatario independiente. Supuesto que se trate de actividades específicas determinadas por un mandato remunerado, realizadas dentro del giro ordinario del agente y siempre que exista independencia económica, no debería articularse un establecimiento permanente a la luz de los hechos planteados por el contribuyente. Tampoco podrían plantearse problemas de precios de transferencia en función de los valores de la remuneración por los servicios de intermediación mediando un valor *arm's length* conforme a los métodos de precios pertinentes y si éstos respetan los principios AOA de la OCDE.

Buscando una argumentación legal aun más sutil en el contexto de las discusiones actuales OECD-BEPS, la interpretación del SII bien pudo fundarse en que la Reserva Chilena N° 48 respecto de la aplicación del Modelo OCDE le permitiría reconocer la existencia de un establecimiento permanente en algunos casos en que los servicios son prestados en forma que contradicen el espíritu o fines de la convención y de los comentarios técnicos al artículo 1, 5 y 7 permitirían interpretar la sustancia de las operaciones para evitar el abuso. Por tanto, teóricamente podría haber argumentado que esta forma de organización de las operaciones, al contradecir los fines de la convención, permitirían aplicar una especie de regla de antifragmentación. Esta regla, inventada por el fiscalizador chileno fuera del texto y contexto de la convención, operaría en casos que las operaciones están concebidas en forma fragmentada para eludir la configuración de un establecimiento permanente, requiriendo que la actividad sea realizada realmente por la empresa prestadora de servicios, con los recursos humanos y materiales con que debe contar para ser tal.

<sup>93</sup> Oficio N° 191 de 29.01.2010, Dirección Nacional, <http://www.sii.cl/pagina/jurisprudencia/adminis/2010/otras/ja191.htm>

Esta explicación comprueba el desconcierto mental y desconexión entre el conocimiento de derecho internacional tributario y derecho doméstico subyacente en la argumentación del SII, tanto en el oficio de la Dirección Regional como aquel de la Dirección Nacional que le sirve de fundamento.

Concluyentemente, bajo ningún respecto es correcto argumentar que dichos incrementos de patrimonio deberían salir del ámbito de aplicación de la regla definicional del artículo 5 y la regla de distribución del artículo 7. Menos puede reconducirse legalmente la situación bajo la norma de arrastre de otras rentas contenida en el Artículo 21 del CDI Modelo OCDE, con el objeto de atribuir al Estado fuente una potestad tributaria que carece.

Así, conforme a los términos de los artículos 5° inciso 2° y 54 de la Constitución Política y los términos de la negociación del CDI y su aprobación por el Parlamento de Chile; más el tenor del *principio pacta sunt servanda* de la CVDT y el tenor de los artículos 3 (2), 5 y 7 del CDI Modelo OCDE; sumado a los principios tributarios internacionales recogidos en la jurisprudencia, doctrina y Comentarios OCDE, el Fisco chileno está impedido de generar como pretende una reconducción via la aplicación del Artículo 21 como razón *pro fisco*, dado que dicha recalificación normativa es contraria a los fines del mismo CDI y configura una abrogación del tratado por via administrativa<sup>94</sup>.

## 5.2 Aplicación del artículo 8 Convenio Modelo OCDE

El Servicio actuando a través del departamento jurídico de la Dirección Nacional, emitió el Oficio N° 2024 de 2010 respecto de servicios para el transporte marítimo internacional. En la situación de hecho, la contratación de servicios prestados y servicios recibidos en Chile es intermediada por un mandatario mercantil, generando diversos flujos internacionales, con plenos efectos en el CDI modelo OCDE, que impone una restricción a Chile como país de la fuente.

<sup>94</sup> Un caso jurisprudencial reciente más auspicioso en la órbita del establecimiento permanente de servicios está contenido en el Oficio N° 1259 de 29.07.2010 de la Dirección Nacional en aplicación del CDI con Francia. Con el objeto de lograr una interpretación más ajustada, ante el precedente del SII, el contribuyente describe su actividad de servicios como una actividad con recursos humanos y materiales que forman parte de su empresa. La diferencia fundamental es que en este caso el SII hace caso omiso de la descripción fáctica del contribuyente y no repite la frase que da lugar al error no forzado de interpretación del Oficio N° 191 de 29.01.2010. En este caso, el SII sólo se remite a los aspectos materiales y temporales de la prestación por parte de la empresa para configurar la cláusula ONU de Servicios 5, 3) que está contenida en términos que se deben cumplir: a) que se presten servicios y b) por un período o períodos que en total excedan de 183 días, dentro de un periodo cualquiera de doce meses.

Un caso en un sentido errado de interpretación en la órbita de la aplicación del artículo 5, 7 y 14 puede verse el Oficio N° 3.489, de 11.12.2009, Dirección Nacional que argumenta sobre la base fija de negocios para una prestación de servicios en el texto del CDI con Méjico. En definitiva, en vez de dejar la potestad de Chile limitada, se aplica el artículo 21 del CDI, atribuyéndose potestad jurisdiccional al país de fuente lo que en rigor no corresponde conforme a derecho.

Sorpresivamente, la opinión del SII contiene una clase magistral de derecho marítimo y de aplicación del impuesto adicional de retención al tráfico marítimo, pero simplemente ignora la existencia de las normas de derecho internacional contenidas en los artículos 5, 7 y 8 del CDI con Dinamarca. Adicionalmente, se observan otras falencias graves en este oficio que determinan la ejemplificación de errores no forzados por parte del órgano técnico a nivel de la Dirección Nacional.

El SII realiza una explicación del tratamiento tributario de diversos flujos generados a la luz de normas contenidas en el Código de Comercio, en contratos de transporte marítimo, por prestaciones de servicios generadas al recalar naves en puertos chilenos que incluyen la prestación de servicios así como recepción de servicios en el puerto. Estas operaciones conforme a la descripción del contribuyente contemplan básicamente tres tipos de flujos internacionales. Primero, ingresos de dineros cobrados en nombre y representación de un armador extranjero (dueño de la nave, operador de la nave o capitán de la nave) por diversas prestaciones relativas al arribo y desembarco en puertos chilenos. Segundo, desembolsos de dineros incurridos en nombre y representación del armador extranjero por diversos conceptos relativos al arribo y desembarco en puertos chilenos. Estos últimos desembolsos de dinero los realiza el agente mediante una provisión de fondos adelantada por el mandante o bien mediante un reembolso de gastos realizados por el mandatario anticipadamente. En todas estas prestaciones actúa como un agente de la nave a la luz de las normas contenidas los artículos 917 y 918 del Código de Comercio, siendo su intermediación ineludible, por lo que califica como mandatario legal y no como mandatario convencional<sup>95</sup>.

Es cierto que una primera calificación de estos hechos podría hacerse bajo la metodología de análisis que parte desde el derecho doméstico contenido en la LIR, resultando en un hecho no gravado en Chile a la luz del artículo 59 N° 4 de la LIR<sup>96</sup>. Pero, conforme a los tratadistas más importantes, antes de entrar

<sup>95</sup> Oficio N° 2024 de 2010, Dirección Nacional: "De acuerdo con todo lo expuesto, (el contribuyente) solicita la confirmación de los siguientes criterios: (i) que los dineros cobrados en nombre y representación del armador deben registrarse como una cuenta por pagar; (ii) que los gastos incurridos en nombre y representación del armador deben registrarse como una cuenta por cobrar; (iii) que el agente recaudará dineros de propiedad del armador provenientes del flete marítimo, como lo son demurrage, electricity, terminal handling, late arrival, gate y multas, los que deberá remesar al exterior cuando rinda cuentas de su gestión, encontrándose dicha remesa exenta del Impuesto Adicional en el caso del transporte marítimo con naves matriculadas en Dinamarca; y (iv) que los gastos que le reembolse el armador al agente no son ingresos tributables".

<sup>96</sup> Oficio N° 2024 de 2010: "Ahora bien, de conformidad a lo dispuesto por el inciso final, del artículo 59 N°4 de la LIR, el gravamen que contempla dicha norma no se aplica cuando se cumple alguna de las siguientes condiciones: i. Cuando en los países donde las naves extranjeras estén matriculadas, no exista un impuesto similar o se concedan iguales o análogas exenciones a las empresas navieras chilenas. Cuando la nave opere o pertenezca a una empresa naviera domiciliada en un país distinto de aquél en que se encuentra matriculada aquella, el requisito de la reciprocidad se exigirá respecto de cada país;

en las calificaciones domésticas, resulta más ajustado a derecho mirar las consecuencias de las restricciones a la potestad jurisdiccional del país de la fuente contenidas en las normas del CDI respectivo<sup>97</sup>. Ergo, el primer error no forzado consiste en darse el trabajo ocioso de explicar una situación a la luz del derecho doméstico, debiendo saber el SII que en la especie Chile no tiene capacidad de aplicar tributos, no por aplicación del derecho doméstico, sino que dadas las restricciones del CDI con Dinamarca conforme a sus artículos 5,7, 7(7) y 8<sup>98</sup>.

En consecuencia, los cobros que realiza el agente y que corresponden a beneficios empresariales propios del armador residente de Dinamarca, por servicios dentro del tráfico marítimo, se rigen por las cláusulas del CDI contenidas en el artículo 8 (1), (2), (3), (4). Este es el camino más corto de nuestra legislación, en consonancia con la legislación internacional<sup>99</sup>, para la calificación de estos hechos, que se encuentra refrendada en el Comentario OCDE<sup>100</sup>. Es decir, dichos ingresos no tributan en Chile, en razón de que el país fuente no tiene potestades de jurisdicción tributaria. Por tanto, el artículo 59 N° 4 de la LIR simplemente no es aplicable, ya que en la negociación bajo el Modelo OCDE, que también puede considerarse fallida, Chile resignó la posibilidad de recaudar los impuestos de la LIR, por estos flujos derivados del comercio marítimo, ejecutados en toda la costa donde Chile ejerce su jurisdicción tributaria.

Fuera de la situación anterior, si hubiere actividades que no corresponden a beneficios empresariales del tráfico marítimo, estos deberían reconducirse

---

o ii. Cuando los ingresos provenientes de la operación de naves se obtengan por una persona jurídica constituida o domiciliada en un país extranjero, o por una persona natural que sea nacional o residente de un país extranjero, cuando dicho país extranjero conceda igual o análoga exención en reciprocidad a la persona jurídica constituida o domiciliada en Chile y a las personas naturales chilenas o residentes en el país”.

<sup>97</sup> Dr. João Félix Nogueira, IBFD Senior Research Fellow, Report IFA 66th Congress in Boston, Seminar D: Article 3(2) and the Scope of Domestic Law, 3 October 2012.

<sup>98</sup> Chile ha firmado Convenios de Transporte Internacional con Alemania, Estados Unidos, Francia, Panamá, Singapur, Suiza, Uruguay y Venezuela. <http://www.sii.cl/pagina/jurisprudencia/convenios.htm>

<sup>99</sup> United Nations, E/c.18/2012/5, Committee of Experts on International Cooperation in Tax Matters, 8 Session, UN Model Article 8, Transportation Issues; See also, High Court India, DIT v. Balaji Shipping UK Ltd. [TS-635-HC-2012 (Bom)].

<sup>100</sup> Comentario OCDE, Artículo 8, par 2: “2. In certain circumstances the Contracting State in which the place of effective management is situated may not be the State of which an enterprise operating ships or aircraft is a resident, and some States therefore prefer to confer the exclusive taxing right on the State of residence. Such States are free to substitute a rule on the following lines: Profits of an enterprise of a Contracting State from the operation of ships or aircraft in international traffic shall be taxable only in that State”. 4. The profits covered consist in the first place of the profits directly obtained by the enterprise from the transportation of passengers or cargo by ships or aircraft (whether enterprise from the transportation of passengers or cargo by ships or aircraft (whether owned, leased or otherwise at the disposal of the enterprise) that it operates in international traffic. However, as international transport has evolved, shipping and air transport enterprises invariably carry on a large variety of activities to permit, facilitate or support their international traffic operations. The paragraph also covers profits from activities directly connected with such operations as well as profits from activities which are not directly connected with the operation of the enterprise’s ships or aircraft in international traffic as long as they are ancillary to such operation.

a través de los artículos 5 y 7 del mismo CDI. Así, una posibilidad de lograr potestad tributaria se determinaría si efectivamente la actividad de la empresa naviera configura un establecimiento permanente conforme a las cláusulas 5 (1), 5 (3) del CDI fuera del ámbito del artículo 8 del CDI y siempre que no fueran aplicables otras normas distributivas del CDI conforme al artículo 7 (7) del mismo<sup>101</sup>. Con todo, en el caso que la empresa naviera que realiza la explotación comercial configurase un establecimiento permanente en el país de la fuente, solo los ingresos atribuibles a ésta entidad económica deberían computarse de acuerdo a un análisis conforme al AOA, OCDE<sup>102</sup>. Lo anterior,

<sup>101</sup> Comentario OCDE, 2010: "18. It follows from the wording of paragraphs 1 and 2 that enterprises not exclusively engaged in shipping, inland waterways transport or air transport nevertheless come within the provisions of these paragraphs as regards profits arising to them from the operation of ships, boats or aircraft belonging to them. 19. If such an enterprise has in a foreign country permanent establishments exclusively concerned with the operation of its ships or aircraft, there is no reason to treat such establishments differently from the permanent establishments of enterprises engaged exclusively in shipping, inland waterways transport or air transport".

<sup>102</sup> OCDE, Report On the Attribution of Profits to Permanent Establishments, 17.7.2008, p. 20: "B-5. Summary of the two-step analysis 47. The attribution of profits to a PE of an enterprise on an arm's length basis will follow from the calculation of the profits (or losses) from all its activities, including transactions with other unrelated enterprises, transactions with related enterprises (with direct application of the Guidelines) and dealings with other parts of the enterprise (under step 2 of the authorised OCDE approach). This analysis involves the following two steps: Step One A functional and factual analysis, leading to: o The attribution to the PE as appropriate of the rights and obligations arising out of transactions between the enterprise of which the PE is a part and separate enterprises; o The identification of significant people functions relevant to the attribution of economic ownership of assets, and the attribution of economic ownership of assets to the PE; o The identification of significant people functions relevant to the assumption of risks, and the attribution of risks to the PE; o The identification of other functions of the PE; o The recognition and determination of the nature of those dealings between the PE and other parts of the same enterprise that can appropriately be recognised, having passed the threshold test; and o The attribution of capital based on the assets and risks attributed to the PE. Step Two The pricing on an arm's length basis of recognised dealings through: o The determination of comparability between the dealings and uncontrolled transactions, established by applying the Guidelines' comparability factors directly (characteristics of property or services, economic circumstances and business strategies) or by analogy (functional analysis, contractual terms) in light of the particular factual circumstances of the PE; and o Applying by analogy one of the Guidelines' traditional transaction methods or, where such methods cannot be applied reliably, one of the transactional profit methods to arrive at an arm's length compensation for the dealings between the PE and the rest of the enterprise, taking into account the functions performed by and the assets and risks attributed to the PE. The pricing on an arm's length basis of any transactions with associated enterprises attributed to the PE should follow the guidance in the Guidelines and is not discussed in this Report. The order of the listing of items within each of the steps above is not meant to be prescriptive, as the various items may be interrelated (e.g. risk is initially attributed to a PE as it performs the significant people functions relevant to the assumption of that risk but the recognition and characterisation of a subsequent dealing between the PE and another part of the enterprise that manages the risk may lead to a transfer of the risk and supporting capital to the other part of the enterprise).

48. It can be seen that the functional and factual analysis is primarily needed to hypothesise the PE as a functionally separate entity, to identify the significant people functions relevant to determining which part of the enterprise assumes and/or subsequently manages particular risks and economically owns particular assets, and to attribute to the PE as a hypothetically separate entity an appropriate amount of capital. This step of the analysis is likewise necessary to identify which part of the enterprise should be hypothesised to have undertaken the enterprise's rights and obligations arising from transactions with other enterprises and what dealings should be hypothesised to exist between the PE and other parts of the enterprise. Secondly, it is important to identify the respective functions performed by both the PE and other parts of the enterprise with which it is hypothesised to have dealings in order to price those dealings under the second step of the authorised OCDE approach.

fluye de la aplicación directa del artículo 7 del CDI. Cabe señalar que hasta antes de la Reforma Tributaria de 2012 el artículo 7 del CDI colisionaba con la norma doméstica del artículo 38 de la Ley de la Renta. En su versión modificada de 2012 este último artículo resulta más congruente con el AOA OCDE y, por lo mismo, en la actualidad no debieran presentarse desviaciones respecto de la forma de atribución de beneficios empresariales<sup>103</sup>.

Otra posibilidad es que, en virtud de la aplicación de la cláusula 5 (6), dicho agente intermediario residente en Chile configurase un establecimiento permanente, lo que no se da en la especie conforme a los hechos. Por tanto, dichas rentas no quedarían sujetas a tributación en Chile por la no configuración del agente, en razón que se trata de un mandatario forzoso impuesto por el derecho marítimo y no convencional. Este razonamiento se refrenda *mutatis mutandi* en los casos en que el SII ha establecido que no se conforma un establecimiento permanente cuando la ley impone la necesidad de contar con un mandatario legal, por ejemplo conforme al artículo 65 N° 1 de la LIR y las resoluciones que al efecto existen del SII en materia de Bancos, Inversionistas Extranjeros, Seguros y Reaseguros<sup>104</sup>.

De la lectura del Oficio se coligen adicionalmente otros errores no forzados. Primero, el SII ignora la posibilidad de refinar el análisis respecto de las actividades realizadas por el agente mediante la cláusula 5 (6) Modelo OCDE a la luz de la discusión internacional contenida en las discusiones de reforma al Comentario OCDE de 2010, gatillado por el caso Zimmer en Francia. Segundo, el SII olvida poner bajo resguardo su potestad para revisar la figura de intermediación a través de la fijación *arm's length* de la remuneración del agente. Tercero, el SII emite una opinión a ciegas sobre el reembolso de gastos, cuyos flujos deben respetar los principios establecidos en la legislación doméstica respecto de las normas de tasación de precios de bienes o servicios suministrados por esa vía; y, si fuera el caso, las normas de precios de transferencia, para evitar la erosión fiscal y la elusión de rentas remesadas por el agente y que debieran quedar gravadas con impuesto adicional de los artículos 59 o 60 de la LIR al calificar en otras normas distributivas del CDI. Cuarto, la aplicación de las normas contenidas en el artículo 59 N° 4 de la Ley de la Renta permite elucubrar en el caso de otros CDI de Chile sobre la existencia de un caso de doble no tributación internacional en la órbita del derecho marítimo, al configurarse un hecho no gravado de la LIR, que potencialmente puede ser no gravado en el país de la residencia o bien no gravado en jurisdicción alguna por aplicación de otras normas de derecho internacional público. Quinto, el razonamiento anterior, lleva a cuestionarse seriamente la negociación de esta cláusula por parte de los

<sup>103</sup> Proyecto de Ley, Mensaje N° 182-360, Congreso de Chile: "Artículo 38.

<sup>104</sup> DFL 251 Compañías de Seguros; Resolución N° 43, de 22 de octubre de 2001 sobre Banco Custodio en Inversiones.

representantes de Chile ante países extranjeros, ya que resulta muy cuestionable que, siendo Chile el país con más territorio marítimo en el Océano Pacífico Sur; y siendo el comercio marítimo una de las actividades más relevantes para el futuro del país, no exista una cláusula uniforme que resguarde la potestad tributaria en la soberanía marítima de Chile y, además, una cláusula antiabuso adosada a estas actividades económicas como un estándar mínimo de negociación internacional<sup>105</sup>.

### 5.3 Aplicación del artículo 11 Convenio Modelo OCDE

Resulta interesante comentar los criterios contenidos en dos oficios del Servicio de Impuestos Internos, emanados de la Dirección Nacional en materia de Impuesto a la Renta, que afectan a pagos de intereses efectuados hacia el exterior. Estos sendos Oficio N° 3.939, de 19.08.2004, y Oficio N° 2047, de 01.09.2011, tienen como base la aplicación de normas de la Ley de Renta, los Convenios de Doble Imposición y de Precios de Transferencia. Asimismo, es necesario considerar el Informe de Subcapitalización de la OCDE de 1986 y la Circular SII N° 24 de 2002.

En el Oficio N° 3.939, de 19.08.2004, el SII procedió a dar una interpretación en materia de exceso o sobreendeudamiento o infra o sub capitalización (Thin Capitalization), aportando razonamientos que son discutibles conforme al texto del CDI con Canadá. Lo anterior, en función de las reglas del CDI contenidas en sus artículos 9 sobre empresas asociadas, la regla distributiva del artículo 11, el principio de no discriminación del artículo 24 y el principio *pacta sunt servanda* previsto en el artículo 26 de la CDVT.

En efecto, resulta contrario a los artículos 5 inciso 2° y 54, inciso 5° N° 1 de la Constitución desconocer los efectos vinculantes de un tratado, sin que medie una reserva en forma, de acuerdo a las normas de la propia Constitución, del tratado internacional en cuestión o las normas de derecho internacional público. Asimismo, resulta contrario a los artículos 26 y 27 de la CVDT incumplir

<sup>105</sup> CDI, Australia - Chile [http://www.sii.cl/pagina/jurisprudencia/convenios/chile\\_australia.pdf](http://www.sii.cl/pagina/jurisprudencia/convenios/chile_australia.pdf): Artículo 8 Naves y Aeronaves: "1. Las utilidades de una empresa de un Estado Contratante procedentes de la explotación de naves o aeronaves en tráfico internacional sólo pueden someterse a imposición en ese Estado. 2. No obstante lo previsto en el párrafo 1, las utilidades de una empresa de un Estado Contratante derivados de la explotación de naves o aeronaves pueden someterse a imposición en el otro Estado Contratante en la medida en que sean utilidades derivadas directa o indirectamente de la explotación de naves o aeronaves limitada únicamente a lugares en ese otro Estado. 3. Las utilidades a las que se aplican las disposiciones de los párrafos 1 y 2, incluyen las utilidades procedentes de la explotación de naves o aeronaves obtenidas a través de la participación en un "pool de servicios" u otro acuerdo de participación en utilidades. 4. Para los efectos del presente Artículo, las utilidades derivadas del transporte por naves o aeronaves de pasajeros o carga (incluyendo el correo), que se embarquen en un Estado Contratante para descargarse en un lugar en ese Estado, se considerarán como utilidades de la explotación de naves o aeronaves limitada únicamente a lugares en dicho Estado".

los efectos de un CDI, cuyas normas se encuentran incorporadas en nuestra legislación y deben ser respetadas conforme a los principios de derecho internacional público<sup>106</sup>. Tampoco resulta plausible extender el ámbito de la legislación doméstica (Treaty Override) en casos en que el CDI restringe la potestad tributaria del país de la fuente, mediante una tasa máxima, so pretexto que se trata de una categoría especial de impuesto, al margen del ámbito de aplicación del CDI. Consecuentemente, la norma contenida en el artículo 59 inciso 4º, N° 1 de la Ley de la Renta no puede dejar sin efecto las disposiciones de los CDI, de modo que en los casos en que exista discrepancia entre ellas, se debe aplicar la norma pertinente del CDI<sup>107</sup>.

Cabe señalar que dicha cláusula de excepción, en favor de las reglas de subcapitalización de la LIR, no se negoció expresamente en el CDI con Canadá, pero sí está incorporada en el caso del CDI con Brasil. Esto, refuerza la tesis de que la LIR no resulta generalmente aplicable, salvo en los casos en que existe una excepción calificada en el CDI<sup>108</sup>. Asimismo, las cláusulas de los artículos 9 (1), 11 (1-4) y 24 contenidas en el CDI con Canadá impedirían la aplicación directa de las normas de la LIR. Finalmente, las cláusulas del artículo 9 (1), 11 (6) y 24 contenidas en el CDI con Canadá impedirían la aplicación directa de las normas de la Ley de la Renta y solo en casos excepcionales, relativos a problemas de Precios de Transferencia, cabría discutir una aplicación de la legislación doméstica. Lo anterior, teniendo en cuenta que en este caso excepcional de aplicación de las normas de la LIR éstas deben ajustarse en su versión modificada conforme al nuevo texto de los artículos 21, 38, 41 E y 59 inciso 4 N° 1 de la Reforma Tributaria 2012 ajustados a la legalidad del CDI.

<sup>106</sup> <http://www.sii.cl/pagina/jurisprudencia/adminis/2011/renta/ja2047.htm> ; <http://www.sii.cl/pagina/jurisprudencia/adminis/2004/otras/ja813.htm>

<sup>107</sup> SII, Oficio N° 3.939, de 19.08.2004. Subdirección Normativa Dpto. de Técnica Tributaria. <http://www.sii.cl/documentos/circulares/2006/circu50.htm>: "Las restricciones impuestas en la legislación interna para utilizar como crédito los impuestos pagados en el exterior y que este Servicio hizo presente en las circulares antes mencionadas, no se aplican en el caso de los convenios suscritos por Chile y que se encuentran vigentes. Para llegar a esa conclusión, se tuvo presente que en el sistema legal chileno, un convenio internacional suscrito por el Poder Ejecutivo, aprobado por el Congreso Nacional y cumplidos los requisitos de promulgación y publicación, se incorpora al orden jurídico interno con el valor de una ley, primando sobre las leyes vigentes que pudieran ser incompatibles con lo acordado en el convenio, mientras éste se encuentre vigente. Ello por lo demás, concuerda con lo dispuesto en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, suscrita por nuestro país, que dispone en su artículo 27 lo siguiente: "Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado...". Por otro lado, la reforma constitucional de 2005, en materia de tratados internacionales, introdujo una norma en la Constitución Política vigente, que recoge y da pleno vigor a lo previsto en la Convención de Viena. En efecto, la nueva norma que se incorporó a la Constitución y que se encuentra en el inciso quinto del N° 1 del artículo 54, establece lo siguiente: "Las disposiciones de un tratado sólo podrán ser derogadas, modificadas, o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo a las normas generales del derecho internacional". De lo anterior se desprende, que una norma interna no puede derogar, modificar o suspender la aplicación de una disposición de un tratado, de modo que en los casos en que exista discrepancia entre ellas, se deberá aplicar la norma pertinente del tratado".

<sup>108</sup> Rainer Zielke, *Gesellschafter Fremdfinanzierung und Doppelbesteuerung, Recht der Internationalen Wirtschaft*, Heft 8, 2006.

La norma doméstica en cuestión contenida en el artículo 59 inciso 4°, N° 1 de la Ley de Renta, cuyas instrucciones constan en la Circular SII N° 24 de 2002<sup>109</sup>, tiene por objeto aplicar una tributación del 35%, en reemplazo de la tasa preferencial de 4%, a los intereses que sean pagados o abonados en cuenta a entidades o personas relacionadas, por parte de las personas que se encuentren en situación de exceso de endeudamiento. Lo anterior sucede cuando el endeudamiento total, en la forma como dicho exceso se computa, de acuerdo a las reglas del 59 inciso 6° del mismo cuerpo legal y la Circular 50 de 2006 precitada, es superior a la razón objetiva de tres veces al patrimonio del contribuyente en el ejercicio señalado.

En un contexto tributario internacional la norma adopta un criterio bastante rígido que determina, cada vez que se supera la razón de endeudamiento, un castigo a las empresas que sobrepasen el límite señalado, sin consideración alguna al desembolso efectivo del interés ni al sector de la industria al que se le aplica, lo que puede resultar extremadamente gravoso en condiciones de restricción al financiamiento externo. En estricto rigor, la norma chilena presenta serias reservas de compatibilidad con el artículo 9 del Modelo OCDE, el que está incorporado en todos los CDI de Chile. En efecto, en caso que la empresa chilena pudiera comprobar que en condiciones *arm's length* hubiera obtenido un crédito en similares circunstancias a las que operaron con personas asociadas conforme a las normas de Precios de Transferencia, el coeficiente rígido del artículo 59, inciso 4° N° 1 de la LIR vulneraría las condiciones del artículo 9 CDI del CDI respectivo y no resultaría aplicable por derogación tácita<sup>110</sup>.

Conforme a la aplicación del artículo 59 inciso 4°, N° 1, la diferencia de impuesto que resulte entre la tasa de 35% y 4% que se pague por los intereses que resultan en exceso de endeudamiento pueden deducirse como gasto de la empresa, conforme a la excepción que hace el artículo 59 inciso 4°, N° 1, letra e). No resulta claro en la legislación si esta sería una excepción al tratamiento de los gastos rechazados conforme al artículo 31 N° 2 de la LIR, considerando que se trata de un gravamen impuesto en la misma ley. En cualquier caso, el tratamiento del exceso de endeudamiento calculado sobre el artículo 59

<sup>109</sup> Circular N°24 2002; <http://www.sii.cl/documentos/circulares/2002/circu24.htm>: "a) La letra d) del N° 1 de la letra j) del artículo 2° de la Ley N° 19.738, agregó al N° 1 del artículo 59 de la Ley de la Renta cuatro nuevos incisos, mediante los cuales se establece que la tasa del impuesto adicional especial de 4% que contiene dicha norma se aplicará con una alícuota general de 35%, cuando respecto del deudor se cumplan los siguientes requisitos copulativos: Cuando el deudor en el ejercicio comercial en que contrajo la deuda que devengan los intereses tenga un exceso de endeudamiento; Cuando dicho exceso de endeudamiento se tenga con entidades o personas relacionadas; Que el referido exceso de endeudamiento provenga o se origine de aquellas operaciones a que se refieren las letras b), c) y d) del N° 1 del artículo 59 de la Ley de la Renta y cuyo interés se afecte o no con la tasa especial de impuesto adicional de 4%, y Cuando el pago de intereses se efectúa a los acreedores o perceptores de créditos considerados relacionados.

<sup>110</sup> Félix Alberto Vega Borrego, *La Norma Tributaria en Materia de Subcapitalización: Incidencia de los Convenios de Doble Imposición y del Derecho Comunitario?*, Universidad Autónoma de Madrid, *Crónica Tributaria* n° 104 (2002), pp. 89-125.

inciso 4º, N° 1, letra e) no debiera gatillar efectos en la tributación final del socio o accionista conforme al artículo 21 de la Ley de Renta conforme a la interpretación de la LIR. Estas conclusiones pudieran sufrir variaciones en una interpretación conforme a las normas del CDI .

En la órbita del derecho internacional, el Oficio N° 3.939, de 19.08.2004 del SII de 2004 argumenta sintéticamente que la totalidad del hecho gravado imponible establecido en el artículo 59 inciso 4º, N° 1 de la LIR recae sobre sujetos y objetos distintos a los encuadrados en el ámbito de aplicación del CDI con Canadá que sigue el OCDE. En rigor, la argumentación del SII es sumamente discutible a la luz de la lógica jurídica, tanto desde el punto de vista del CDI negociado conforme al Modelo OCDE y sus Comentarios a los artículos 9, 10, 11 y 24, como desde el punto de vista de la recta interpretación de la legislación doméstica contenida en el artículo 59, inciso 4º, N° 1, letra e) de la LIR.

Primero, el verbo rector que gatilla dicho impuesto establecido en la LIR es el pago o abono en cuenta de intereses, por lo que las cláusulas del CDI resultan totalmente aplicables<sup>111</sup>. Es irrelevante entrar en un análisis respecto de las reglas de cómputo contenidas en la LIR. No es atingente discutir respecto de la obligación tributaria: quién es el sujeto obligado a la deuda y quién el sujeto que debe contribuir a la deuda. Menos provechoso resulta determinar si se trata de un caso de doble tributación jurídica o de un caso de doble tributación económica. Tampoco es relevante para la restricción del CDI vislumbrar la posibilidad que se otorga de aceptar como rebaja el gasto de dicho interés por el exceso de endeudamiento, para mitigar el efecto tributario en el pagador del interés, conforme al particular método adoptado en la LIR<sup>112</sup>.

De acuerdo con el CDI con Canadá existe una clara limitación a la tasa imponible para los pagos de intereses de fuente chilena, establecida conforme a la definición del artículo 2 (3) del CDI y la definición y regla distributiva del artículo 11 (1), (3) del mismo CDI, la que resulta aplicable atendiendo a la calificación de los pagos conforme a su naturaleza jurídica. En efecto, el Artículo 11 establece una primacía supra legal del CDI con Canadá por sobre la legislación

<sup>111</sup> SII, Circular N°24 de 2002, punto b.4.4). Fecha en que se determina la tributación que afectará a los intereses provenientes de las operaciones crediticias que dan origen al exceso de endeudamiento: La tributación con el impuesto adicional, con tasa de 35%, que afectará a los intereses provenientes de un exceso de endeudamiento, se determina en el mismo ejercicio en que se contraten nuevos créditos que forman parte del endeudamiento total de la empresa deudora nacional con entidades acreedoras extranjeras con las cuales se encuentra relacionadas en los términos previstos por la ley, y esa tasa afectará a todos los intereses que por estos nuevos créditos se remesen al exterior, en el ejercicio y en los posteriores— en cumplimiento de la deuda contraída en el ejercicio, sin la posibilidad de que dicha alicuota o tributación general sea cambiada hasta que se sirva en su totalidad el crédito contratado.

<sup>112</sup> OCDE, Thin Capitalization, 2000. Este informe técnico contiene varios métodos para combatir el fenómeno de Thin Capitalization, los que *prima facie* no son consistentes con la fórmula adoptada en Chile. Consecuentemente, se producen actualmente problemas de interpretación respecto a las restricciones a la potestad tributaria establecidas en los CDI.

doméstica que es infraconvencional y subordinada. Además, el artículo 11 es *lex specialis* respecto de los pagos hechos a Canadá, vis a vis la *lex generalis* de la LIR, que solo es aplicable supletoriamente a todas las operaciones de esa naturaleza efectuadas cuando no existe un CDI aplicable o bien el CDI contiene una reserva expresa y reenvío al derecho doméstico en materia de normas de exceso de endeudamiento (*Thin Cap Rules*). En consecuencia, el tratamiento genérico aplicable a los pagos por interés mediando un CDI, cualquiera sea su naturaleza, siempre es el límite de la tasa imponible contenida en el CDI respectivo, independiente de quién sea el que soporte económicamente el tributo.

Segundo, respecto de la parte que pudiera exceder a las condiciones *arm's length*, comprobada conforme los artículos 11 (6) y 9 (1) del CDI, se podría discutir su tratamiento tributario a través de una reconducción normativa dentro del contexto del mismo CDI. Esto supondría que, para determinar el monto del exceso de interés *arm's length*, primaría la norma contenida en el artículo 9 (1) del mismo CDI y, correlativamente, el uso de las metodologías aceptadas internacionalmente por la OCDE, lo que equivale a desarticular la razón de endeudamiento del artículo 59 inciso 4, N° 1 de la LIR cuando, conforme al principio *arm's length*, dicho endeudamiento y el interés pudieran estar justificados en consonancia con los principios contenidos en las normas de Precios de Transferencia. Al contrario, cuando dicho endeudamiento e interés no estuvieran justificados conforme a las metodologías OCDE habría que conciliar estas últimas con las metodologías propias recogidas en el artículo 41E de la LIR vis a vis el tope establecido en el artículo 59 inciso 4°, N° 1, que pudiera llegar a ser discordante por defecto o por exceso, demostrado mediante un estudio de precios de transferencia *ad hoc*.

Como aplicación práctica, siguiendo las referencias y discusiones doctrinarias internacionales contenidas en el Informe de Subcapitalización de la OCDE de 1986, respecto del exceso de interés *arm's length* adeudado o pagado al extranjero sería necesario determinar la norma distributiva del CDI y la calificación en el derecho doméstico bajo dos ópticas principales: a) el artículo 11 (2) del CDI en relación al artículo 59, inciso 4°, N° 1, letra e) de la LIR; o b) el artículo 10 (3) del CDI, en relación al artículo 58 1), 58 2) o 60 inc. 1° de la LIR.<sup>113</sup> La discusión anterior se refiere primero a las opciones en la calificación normativa dentro del CDI. En seguida, dado que la calificación normativa en el derecho chileno no realiza una recalificación del interés adeudado o pagado por el deudor al acreedor, parece clara la aplicación unívoca del artículo artículo 11 del CDI por sobre

<sup>113</sup> Una alternativa más compleja de reconducción se puede discutir a la luz de la SII, Circular N°24 del 14 de Marzo del 2002, párrafo b.4.3) en virtud de la cual se incorporan al concepto de intereses otros flujos que incrementen el costo del endeudamiento, cuya naturaleza jurídica no es asimilable a los intereses en el contexto del CDI. La circular da como ejemplos ciertos recargos legales y otros recargos convencionales como comisiones, seguros, ejecución de garantías, intereses por mora y recargos que provengan de cláusulas contractuales. Cabe mencionar que un tratamiento tributario riguroso de cada uno de estos conceptos podría importar la aplicación de distintas cláusulas del CDI.

la legislación doméstica. A lo anterior, se deben añadir los efectos potenciales de la aplicación de los artículos 9 del CDI y artículo 41 E LIR en relación al nuevo texto del artículo 21 inciso 1° de la LIR, que en el caso de la aplicación de las normas de Precios de Transferencia tendría repercusiones tributarias en el deudor del interés por la carga tributaria asociada de 35% más una multa de 5%. Con todo, dado que se desprende del mismo artículo 59 inciso 4° N° 1 que por sus efectos el artículo 21 no sería aplicable, en función de la aceptación del exceso de gasto tributario de interés, parecería una contradicción aplicar el mismo artículo 21 inciso 1°, literal ii, por efecto de la norma de Precios de Transferencia.

Tercero, la única excepción rotunda a la aplicación de la limitación convencional contenida en el CDI respecto del pago de intereses es la norma antitriangulación del artículo 11 (7), que deja sin aplicación la norma restrictiva del CDI y reenvía sin limitaciones a las reglas generales de la LIR. En este caso hipotético, por aplicación de la norma antielusiva particular del tratado en Canadá, podría discutirse la aplicación sustantiva del tratamiento de castigo en lo que pudiere caracterizarse como un uso elusivo del CDI conforme a los artículos 21, 38, 41 E y 59 inciso 4°, N° 1 de la LIR<sup>114</sup>.

Por su parte, el Oficio N° 2047, de 01.09.2011 establece otro ángulo de análisis con respecto a la situación de pago de intereses desde la casa matriz de Chile a su establecimiento permanente en Estados Unidos. El caso podría también plantearse en sentido inverso, es decir, desde un establecimiento permanente en Chile a su casa matriz en Estados Unidos. La situación es muy interesante confrontada con las actuales normas de los artículos 21, 38 y 41 E y 59 de la LIR después de la reforma 2012. Asimismo, el caso resulta interesante mirado desde la óptica de la aprobación del Convenio de Doble Imposición con Estados Unidos.

Cabe señalar que el principio mencionado en el artículo 81 de la Ley de Bancos tiene plena aplicación conforme al actual texto del artículo 38 de la LIR que establece la separación funcional, como empresa independiente, del establecimiento permanente respecto de su matriz, para efectos de determinar los beneficios que pueden ser atribuidos para efectos tributarios. En consecuencia, cabría determinar la efectividad de aplicación de la norma del artículo 59 inciso 4°, N° 2 como *lex specialis* respecto de las normas de los artículos 38 y 41 E LIR en la relación entre la matriz y la sucursal, tal como lo plantea el SII en una situación sin CDI. Por otra parte, respecto de la aplicación del CDI con Estados Unidos, existe en su texto una clara limitación a la tasa imponible para los pagos de intereses de fuente chilena, establecida conforme a la regla distributiva del artículo 11 (2) (a) (b) del mismo CDI, la que resulta aplicable atendiendo a la calificación de los pagos conforme a su naturaleza jurídica.

<sup>114</sup> Comentario OCDE, Artículo 1, párrafo 9.4.

Nuevamente, respecto de la parte que pudiera exceder a las condiciones *arm's length*, comprobada conforme los artículos 11 (8) y 9 del CDI, se podría discutir su tratamiento tributario a través de una reconducción normativa dentro del contexto del mismo CDI. En este caso, serían aplicables *mutatis mutandi* consideraciones similares a las vertidas para el caso del CDI con Canadá respecto de la compatibilidad de las normas del CDI con Estados Unidos en sus artículos 11 (8) y 9 con respecto los artículos 21, 38 y 41 E y 59 inciso 4º, N° 1 de la LIR.

No obstante lo anterior, como regla de base, para la aplicación de todas estas normas de derecho doméstico chileno, no se puede soslayar el efecto del artículo 24 del Modelo OCDE, cuyo inciso 4º es particularmente relevante en caso de reglas domésticas de exceso de endeudamiento que no están basadas en el principio *arm's length*<sup>115</sup>, sino que en un test objetivo como el artículo 59 inciso 4º, N° 1 LIR<sup>116</sup>. En efecto, en los casos en que fuese posible gatillar la aplicación de las normas domésticas, por su carácter antielusivo, ello estaría condicionado a que se cumpliera con el principio de no discriminación previsto en el artículo 24 Modelo OCDE, condición necesaria que no se encuentra en nuestro derecho y que genera una antinomia normativa en favor del CDI por ser de rango suprallegal y más específico<sup>117</sup>.

La contradicción jurídica es que bajo una argumentación de no discriminación en el ámbito del CDI con Canadá y/o Estados Unidos no procede la aplicación de las normas de la LIR de sobreendeudamiento, porque resulta evidente que una operación de préstamo con una empresa residente en otro Estado contratante tiene derecho al mismo tratamiento fiscal que cuando se realiza entre entidades con residencia en Chile. Dado que para estas últimas no se contempla el régimen de subcapitalización<sup>118</sup>, con respecto a operaciones de préstamo en Chile, no procedería aplicar el artículo 59 inciso 4º N° 2 de la Ley de la Renta a operaciones de préstamos internacionales<sup>119</sup>. Lo anterior, se prueba irrefutablemente *mutatis mutandi*, comparando la misma situación mediante una argumentación de no discriminación en el ámbito del CDI con

<sup>115</sup> Comentario OCDE, Artículo 24, párrafo 56

<sup>116</sup> 64 IFA Congress, Roma, 2010, Subject 1, Tax Treaties and Tax Avoidance; United Nations Tax Committee Report on Improper Use of Tax Treaties, 2009, párrafo 68.

<sup>117</sup> Comentario OCDE, Artículo 24, párrafo 79.

<sup>118</sup> SII, Circular N°24 de 2002, punto b.3: "Por consiguiente, y de acuerdo a lo anteriormente expuesto, para determinar el exceso de endeudamiento **únicamente** deben considerarse las deudas provenientes de las operaciones detalladas precedentemente, cuyos intereses se encuentren exentos o afectos con tasa de 4% al impuesto adicional del artículo 59 número 1) de la Ley de la Renta, respecto de las cuales debe existir relación entre el acreedor extranjero y el deudor nacional, en los términos previstos en el punto b.2) anterior, excluyéndose, por lo tanto, toda deuda o crédito nacional o extranjero que no corresponda a los anteriormente indicados, como por ejemplo, las deudas contraídas con acreedores nacionales relacionados o no; con acreedores extranjeros no relacionados cualquiera que sea la tasa de impuesto adicional que afecte a los intereses o éstos se encuentren exentos; y deudas contraídas con acreedores extranjeros relacionados, en cualquier término, cuyos intereses se gravan con el impuesto adicional con tasa del 35%.

<sup>119</sup> Sentencia, Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso, Madrid, Recurso de Casación, TS 1825/2011.

Brasil, en que el resultado es justamente el opuesto, porque opera la reserva normativa expresa contenida en el Protocolo en su párrafo 7, letra d), que es obligatoria conforme a la CVDT, otorga plena vigencia a la norma antielusiva *Thin Capitalization* de derecho doméstico<sup>120</sup>.

## 6. Conclusiones

Este artículo se desarrolla en partes claramente diferenciadas con el objeto de realizar un ejercicio intelectual en un área compleja del derecho tributario internacional. Primero, el artículo pretende dimensionar críticamente algunos aspectos teóricos de la política fiscal internacional de Chile. Segundo, el artículo discurre críticamente sobre aspectos prácticos de aplicación de los CDI contenidos en recientes interpretaciones jurisprudenciales del SII chileno en áreas claves para la economía.

El análisis de estos aspectos ejemplifica un fenómeno que este articulista ha denominado “errores no forzados” de la administración tributaria, en símil a aquellos que se cometen cuando se practican ejercicios físicos. En ambos casos, la causa de la falla es solo atribuible al demérito propio del ejecutante y, en ambos casos, los resultados son adversos para el que los comete. La diferencia, es que los errores no forzados de la administración pública, en todo el arco que va desde la negociación hasta la interpretación de un CDI, llaman más la atención, porque generan consecuencias patrimoniales contra o a favor del contribuyente y contra o a favor del Fisco.

Los ejemplos prácticos y explicaciones sobre las líneas de argumentación que se abordan en este artículo son evidencia de la compleja interacción entre el derecho tributario internacional, el derecho público internacional y el derecho tributario doméstico, pero de gran relevancia académica y práctica para Chile y Latinoamérica.

En un contexto latinoamericano de evaluación de política fiscal internacional, los últimos tres lustros han visto a Chile avanzar en negociaciones de alrededor de 40 CDI, respecto de los cuales al menos 27 se encuentran vigentes. Las sucesivas administraciones han adoptado una posición de negociación agresiva de CDI, la que se ha considerado estratégicamente positiva en el contexto de liderar este proceso en América Latina. Sin embargo, hasta ahora, no existen estudios serios de orden cualitativo ni cuantitativo que reflejen los resultados reales de dicha estrategia, en función del impacto en la tesorería fiscal derivado del uso de dichos instrumentos internacionales considerando el tamaño de la economía de Chile.

<sup>120</sup> <http://www.sii.cl/pagina/jurisprudencia/convenios/chibra.pdf>

En efecto, si bien en el presente los CDI representan en promedio un 90% de la inversión extranjera directa de nuestro país y cubren casi el 80% de los países con los cuales Chile comercia, no se divisa claramente de qué forma la negociación de estos instrumentos balancea el costo y recursos que desembolsa el país comenzando por los altos gastos en su negociación, aprobación parlamentaria, hasta los efectos tributarios del gasto fiscal indirecto que se irrogan al erario una vez entrados en vigencia, por sus conocidos efectos de erosión fiscal internacional en el contexto OECD-BEPS. Sobre todo, se debe considerar el incremento de la pérdida de tributos aplicados en la fuente, por la pérdida total o la restricción a las potestades impositivas a que el país se obliga, por conceptos tales como Establecimiento Permanente, Transporte Marítimo, Dividendos<sup>121-122</sup>, Intereses<sup>123</sup>, Royalties<sup>124</sup>, Asesorías Técnicas, Pensiones y Otras Rentas, lo que representa puro gasto fiscal encubierto, que no se encuentra debidamente transparentado en las cuentas nacionales para su discusión por el Parlamento. Lo anterior resulta confirmado por las respuestas escritas obtenidas de las dos reparticiones públicas que tienen obligación de determinar los montos en el Presupuesto Nacional, a saber la Dipress y el SII, parte de las cuales fueron transcritas en este trabajo.

En rigor, resultaría interesante determinar en forma segmentada qué contribuyentes son los que están haciendo uso de los beneficios de los CDI y cuál es el real importe de los impuestos que se han dejado de recaudar en el periodo en que los CDI han estado vigentes. De dicho estudio, se podrían colegir los reales efectos redistributivos que provocan los CDI en nuestro país respecto de los cuales existen indicios suficientes para calificarlos de efectos distributivos altamente regresivos. Ello fluye además por mandato constitucional, el que exige la contabilización del gasto fiscal indirecto en el Presupuesto Nacional Anual.

<sup>121</sup> Mediante la denominada Cláusula Chile los CDI negociados por el país garantizan que el sistema de tributación del Impuesto Adicional no resulte alterado por la rebaja de las tasas de retención al momento de pago de dividendos y utilidades al exterior. Tras la reforma de la Ley 20.780 existe discusión doctrinaria sobre la forma como está redactada la cláusula en relación a la aplicación del impuesto corporativo, que funciona como Crédito de Primera Categoría, en los casos que el Impuesto de Primera Categoría no existe o no es acreditable contra el Impuesto Adicional (sistema integrado vs sistema semi integrado). Esto debiera forzar la aplicación de las rebajas impositivas contempladas en el artículo 10 Modelo OCDE.

<sup>122</sup> La interpretación de la cláusula Chile es compleja con respecto al artículo 21 inciso 3 de la Ley 20.630 que la hace visiblemente inaplicable. Es posible que sea disputada en el futuro por inversionistas extranjeros en un procedimiento amistoso o de arbitraje conforme al CDI respectivo.

<sup>123</sup> La tasa de retención por concepto de intereses tienen en general un 4% o 35% de las cantidades pagadas. La mayoría de los CDI garantizan tasas de retención 5%, 10% o 15% dependiendo de la calificación de la renta. Como regla general, la negociación de los CDI no comprende específicamente el efecto de la cláusula de intereses del CDI, por sobre la norma doméstica de antiabuso Thin Cap del artículo 59 N° 1 de la LIR.

<sup>124</sup> Las tasas de retención por concepto regalías tiene en general un 30%, existiendo incluso una sobretasa de castigo de 80% en el artículo 59 LIR. La mayoría de los CDI garantizan tasas de retención de 2%, 5%, 10% o 15%. Como regla general, la negociación de los CDI no comprende específicamente el efecto de la cláusula de regalías del CDI por sobre la norma doméstica de antiabuso de los artículo 31 N° 12 LIR, respecto del gasto, y 59 inciso 1 LIR, respecto de la renta. Ver [http://www.sii.cl/portales/inversionistas/info\\_inversionistas/tasas\\_retencion.htm](http://www.sii.cl/portales/inversionistas/info_inversionistas/tasas_retencion.htm)

Como primer argumento de evaluación de la política fiscal internacional, no existe evidencia empírica concluyente para afirmar que la firma de los CDI haya colaborado a diversificar la estructura de la economía, producto de las ventajas impositivas obtenidas por diferentes nichos estratégicos cubiertos por los CDI. Como segundo argumento de evaluación de la política fiscal internacional resulta perfectamente exigible que el SII adopte una práctica doble de determinación de la posición fiscal al resolver una cuestión vinculada a la aplicación de un CDI, de tal manera que determine la cuantificación en términos de resultados monetarios en términos de superávit o déficit fiscal: a) Mayor Gasto; b) Menor Gasto; c) Menor Ingreso; d) Mayor Ingreso; e) Ingreso - Gasto; f) No afecta recursos públicos. Como tercer argumento de evaluación fiscal, el cuerpo de este trabajo contiene la enumeración de una serie de causas de dichos errores no forzados y la explicación pormenorizada de tres que afectan al órgano técnico y se consideran fundamentales, a saber: a) inmadurez del órgano técnico frente al fenómeno de la tributación internacional; b) desconexión entre el conocimiento de derecho tributario internacional y derecho tributario doméstico; c) falta de conocimiento de los fiscalizadores frente a los contribuyentes. Como cuarto argumento de evaluación de la política fiscal se suman otras inoperancias que pueden calificarse como fallas de coordinación, información y organización entre las divisiones del Ministerio de Hacienda de Chile en la cabeza del órgano técnico fiscalizador (SII) con el otro órgano encargado del control de presupuesto nacional (Dipres).

En un contexto chileno de evaluación de la política fiscal internacional, la economía chilena sigue siendo cuasimonodependiente de la exportación de minerales (i.e. cobre) y otros productos hortofrutícolas y agroindustriales de bajo valor agregado. Hasta ahora, el paso lógico para un país como Chile, desde una economía dependiente de sus recursos primarios a una economía más diversificada en servicios y otros productos semiindustriales de mayor valor agregado, con uso de tecnología, por parte de recursos humanos calificados, no se ha visto impulsada por una política fiscal internacional inteligente, de largo plazo, que esté integrada y reflejada en la negociación de cláusulas en los CDI. Más allá de la aplicación de las rebajas impositivas que logran ciertos contribuyentes, por sus operaciones internacionales en materia de intercambios de bienes y servicios, dicha reflexión profunda no existe transparentemente en las negociaciones de CDI de Chile. Por tanto, resulta incluso absurdo ver como argumento conclusivo ante el Parlamento de Chile al momento de solicitar aprobación a los CDI que estos instrumentos aumentarían el flujo de inversión extranjera y ayudarían a diversificar la economía del país.

En efecto, al contrario de lo que se manifiesta al solicitar aprobación de los CDI, no se han generado en Chile intangibles importantes, ni propiedad intelectual importante, no hay transferencia de tecnología relevante, salvo casos aislados de proveedores de la gran minería. Tampoco existe correlato alguno entre los CDI y un tirón en la generación de proyectos en Ciencia y Tecnología; salvo,

en cuanto los CDI se utilicen en planificación fiscal combinada con legislación tributaria especial, como la contenida en la Ley 20.241 sobre crédito fiscal a las actividades de investigación y desarrollo. Asimismo, el país está muy lejos de generar recursos humanos calificados comparables con otros países sub-desarrollados BRIC (Brasil, Rusia, India y Corea). Nada de lo anterior existe, ni se avisa en el horizonte cercano como efecto plausiblemente atribuible a la existencia de los CDI negociados por Chile, lo que llama poderosamente la atención en vista de la política de “más es mejor” implementada hasta ahora.

Como reflexión final cabe subrayar que no cabe ninguna duda que la negociación de CDI significa un trabajo y despliegue de recursos materiales y de funcionarios extremadamente valiosos. Con todo, hasta ahora todas las decisiones se han efectuado a puerta cerrada y no han tenido como correlato una discusión reflexiva, transparente y abierta entre los expertos nacionales en materia legal, económica, contable y financiera, considerando las consecuencias positivas y negativas que ello conlleva para el país en el largo plazo. Dicha reflexión no se ha realizado tampoco en conjunto con los órganos ejecutivo y parlamentario, quienes debieran asegurar el buen control formal y material del contenido económico y jurídico que implican los CDI para Chile.

Chile transita por una discusión profunda sobre la adecuación de su sistema fiscal el que debe modificarse tanto a nivel de normativa tributaria nacional como con un debate inclusivo de los efectos de la normativa tributaria internacional<sup>125</sup>. Este intercambio de argumentos debiera producir ideas para lograr una estructura normativa acorde con los equilibrios que requiere el presente modelo económico, el que se encuentra en una encrucijada de cara al siglo XXI, en vista de su comprobada regresividad e inequidad estructural, que son la causa de una creciente desigualdad y descohesión social. En ese contexto, la dirección estratégica de la política fiscal internacional debiera estar alineada con los objetivos de la política fiscal interna, para procurar el aumento de recursos de tesorería fiscal disponibles en el largo plazo<sup>126</sup>.

<sup>125</sup> OCDE, Isabelle Joumard, Mauro Pisu, Debbie Bloch, Working Paper N° 926, *Less Income Inequality and More Growth – Are They Compatible? Part 3. Income Redistribution via Taxes and Transfers Across OECD Countries*, p. 38. Citado en Boletín Legislativo, Congreso Nacional, N° 8.488-05, p. :

<sup>126</sup> Boletín Legislativo, Congreso Nacional, N° 8.488-05, p. 63: “... de acuerdo con lo manifestado por una serie de especialistas, los recursos que el país requiere para afrontar adecuadamente el problema de la educación están entre US\$4.500 millones y US\$5.000 millones. A éstos se deben sumar los cerca de US\$2.300 millones que se precisan para el área de salud (plan AUGE, atención primaria), US\$2.300 millones para elevar las pensiones mínimas y garantizadas, US\$2.300 millones para infraestructura de caminos secundarios, puertos y aeropuertos, obras de riego y transporte público, US\$1.600 millones para inversión en ciencia y tecnología, y US\$1.200 millones para fortalecimiento y descentralización del Estado. Tal, destacó, es la estimación de las demandas que el país tiene, fundamentalmente desde sus regiones, y a ellas se debe atender. Si a todo esto se agrega que en el año 1990 el 5% del gasto público provenía de los ingresos del cobre, y en 2010 dicho porcentaje se empinó al 20%, queda clara la necesidad de una reforma tributaria sustantiva que se haga cargo de los objetivos de equidad y crecimiento trazados por el propio Presidente de la República, los que, sin embargo, no se cumplen en el proyecto de ley que se está analizando. No se logran financiar, en definitiva, con la mayor recaudación de entre

Este aumento en la recolección de recursos fiscales debe darse dentro de una estructura armónica de sistemas de tributos directos (beneficios empresariales y rentas personales) balanceada con tributos indirectos (consumo, propiedad y herencias). En países de similares características económicas a Chile los estudios muestran que el punto de balance estructural ocurre, a mayores niveles de ingreso per cápita, con un aumento de la carga de impuestos a la renta empresarial o beneficios empresariales, incluyendo la posibilidad de un sistema de progresión de impuestos corporativos; y, con un aumento de la carga fiscal a las rentas personales en un sistema de progresión de impuestos personales, sobre la riqueza acumulada generacional y transgeneracional, que permita una mayor contribución del 1% más rico y sobre todo de los quintiles superiores. A su vez, la mayor carga se contrapesa con una disminución del peso de los impuestos al consumo de bienes y servicios y todas las cargas indirectas que afectan al 99% más pobre de la población y sobre todo a los quintiles inferiores<sup>127</sup>.

Table 5.3. **The impact of tax reforms on growth and equality**

Tax policies	Income equality	GDP per capita	Comments
<b>Increasing total tax revenues</b>	+	-	<ul style="list-style-type: none"> <li>• The impact of taxes on income distribution depends on the level of taxation, the tax mix and the use of tax revenues, but if tax systems are progressive overall, equality is enhanced.</li> <li>• Taxes dampen incentives to work, save and invest and are thus detrimental to growth. But some taxes have a less adverse effect than others.</li> </ul>
	(in general)		
<b>Changing the tax mix while keeping total tax revenues constant</b>			
Moving from personal income tax to consumption taxes	-	+	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Personal income tax tends to be progressive while consumption tax is regressive.</li> <li>• Personal income tax reduces work and saving incentives. A shift from direct to indirect taxes would raise GDP per capita.</li> </ul>
Moving from labour income to property and capital taxes:			<ul style="list-style-type: none"> <li>• Wealth and inheritance taxes tend to be progressive.</li> <li>• The distributive impact depends on the relative progressivity of income versus wealth and inheritance taxes.</li> </ul>
<ul style="list-style-type: none"> <li>• to wealth, inheritance and capital income taxes, such as capital gains taxes;</li> <li>• to real estate taxes.</li> </ul>	~	+	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Real estate taxes are often less progressive than the personal income tax and can even be regressive.</li> </ul>
	-	+	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Property taxes are among the least harmful for growth. Moving from income to property taxes tends to improve incentives to work and invest, and thus raise output, at least in the short and medium-term.</li> </ul>
Cutting tax expenditures and marginal rates	+	+	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Most tax expenditures benefit high-income groups (in-work tax credits and other tax expenditures targeted at low-income groups are the exception). Cutting tax expenditure would narrow the distribution of disposable income.</li> <li>• Cutting marginal rates improves incentives to work, save and invest, and thus lifts GDP per capita.</li> </ul>
	(in most cases) - (for in-work tax credits)		
<b>Increasing the progressivity of taxes (revenue-neutral)</b>			
Personal income tax:	+	~	<ul style="list-style-type: none"> <li>• In-work tax credits narrow the income distribution and raise incentives to work</li> <li>• On the other hand, higher top rates may reduce working hours and productivity by undermining incentives to work, invest and innovate.</li> <li>• The GDP per capita impact is thus ambiguous.</li> </ul>
<ul style="list-style-type: none"> <li>• increase in top rates;</li> <li>• above measure combined with expanded EITC schemes or tax free allowances.</li> </ul>	{	+	
	+	+	

Note: + means more equality or higher GDP per capita; - means less equality or lower GDP per capita; ~ means ambiguous effect.  
 Source: Joumard, I., M. Pisu and D. Bloch (2012), "Less Income Inequality and More Growth - Are They Compatible? Part 3. Income Redistribution via Taxes and Transfers across OECD Countries", *OECD Economics Department Working Papers*, No. 926, OECD Publishing.

US\$700 millones y US\$1.000 millones propuesta, lo que, por otra parte, lleva a cuestionarse sobre la manera en que se pretende proveer, solamente, a la reforma educacional que se ha anunciado".

<sup>127</sup> Santiago Acosta-Ormaechea and Jiae Yoo, Tax Composition and Growth: A Broad Cross-Country Perspective, IMF, WP/12/257.

La idea de base debe ser mejorar el bienestar de la población y de los individuos de manera de generar mayor equilibrio y no propugnar la exacerbada concentración de la riqueza, que solo produce un efecto boomerang en términos de estabilidad económica y política al mediano plazo. Al final, no parece ser una buena idea de base potenciar, con tratados tributarios negociados en forma cuestionable e interpretados en forma errática, un aumento en el sacrificio de recursos fiscales en forma de gasto fiscal encubierto. Menos, si dicho sacrificio es por la vía de facilitar con los CDI concesiones tributarias que disminuyen el aporte fiscal al erario nacional, dado que su objetivo es disminuir la tributación en la fuente, a la vez que carecen de adecuados mecanismos de control anti-evasivo y antielusivo. En definitiva, la negociación y aprobación de CDI obra en favor de un segmento exclusivo de contribuyentes de quintiles superiores, con recursos suficientes para realizar transacciones internacionales<sup>128</sup>. Todo lo anterior, es indicio de una política fiscal internacional que procura un aumento de la regresividad estructural del sistema tributario, maximiza la inequidad y preconiza la desigualdad en Chile<sup>129</sup>.

## Bibliografía

Agostinho Toffoli Tavoraro, *o Brasil ainda precisa de Tratados de Dupla Tributacao?*, CS234.pdf.

Alberto Xavier, *Direito Internacional do Brasil*, Forense, Rio de Janeiro, 2004.

Alex Easson "Do we still need Tax Treaties?", *Bulletin for International Fiscal Documentation*, Vol. 54, N° 12/200.

CEPAL, *La Hora de la Igualdad, Brechas por Cerrar, Caminos por Abrir*, 2010

Cristián Gárate, "Congreso Nacional, Indicaciones Mensaje 182-360", [www.protax.cl](http://www.protax.cl).

Cristián Gárate, *The Fixed Place of Business in the Context of Electronic Commerce*, Schriftenreihe zum Internationalen Steuerrecht, Linde, Wien, 2003.

<sup>128</sup> Filip Spagnoli, There's no There There: Low Tax Rates and Economic Growth, Draft (26/3/2012), SSRN, p. 6:" This means that low tax rates will tend to exacerbate income inequality. There is some evidence that income inequality reduces growth and that it leads to credit bubbles, financial crises and recession. Some even argue that reducing inequality through higher tax rates on the wealthy may promote wealth creation. What's the mechanism? Sam Bowles<sup>8</sup> claims to have identified one element of it: inequality leads to conflict and tensions, and society has to waste resources dealing with those conflicts and tensions. The people at the top have to spend a lot of time and energy keeping the lower classes obedient and productive. So-called "guard labor" is one such waste. Some estimates say that 1 in 4 Americans is employed to keep fellow citizens in line and protect private wealth. This waste includes corporate IT monitoring, CCTV at work, mobilizing police forces to protect private property etc." See also. Reuven S. Avi-Yonah, Why Tax the Rich? Efficiency, Equity, and Progressive Taxation, *Yale Law Journal*, Vol. 111: 1391, February 26, 2002

<sup>129</sup> Ramón López, Eugenio Figueroa B., Pablo Gutiérrez La 'Parte Del León': Nuevas Estimaciones de la Participación de los Súper Ricos En El Ingreso De Chile, SDT 379, Marzo 2013. <http://www.econ.uchile.cl/uploads/publicacion/306018fad3ac79952bf1395a555a90a86633790.pdf>

Cristián Gárate, "Tópicos de Interpretación Legal en los Convenios de Doble Imposición en Chile", *Revista de Estudios Tributarios*, Facultad Economía y Negocios, Universidad de Chile, CET, N° 1, 2010.

David A. Ward et al., "A Resident of a Contracting State for Tax Treaty Purposes: A Case Comment on Crown Forest Industries", *Revue Fiscale Canadienne*, 1996, pp. 408

Hugh Ault, "The Role of the OCDE Commentaries in the Interpretation of Tax Treaties", in *Essays on International Taxation in Honor of Sidney I. Roberts*, Kluwer, 1993.

J.F. Avery Jones et al., "The Interpretation of Tax Treaties with Particular Reference to Article 3(2) of the OCDE Model, I & II", *British Tax Review*, 1984.

Jane G. Gravelle, *Tax Havens: International Tax Avoidance and Evasion*, US Congress, 09.03, 2010, R40623.

Kees van Raad, *Interpretation of Tax Conventions: Interpretatie van balastingverdragen*, 1978.

Klaus Vogel, on "Double Taxation Conventions: A Commentary to the OCDE-, UN- and US Model Conventions for the Avoidance of Double Taxation of Income and Capital", Kluwer, 1991.

Michael Lang ed., *Die Verteilung der Besteuerungsrechte zwischen Ansaessigkeits-und Quellenstaat im Recht der Doppelbesteuerungsabkommen*, Linde, Wien, 2005.

Michael Lang ed., *Fundamental Issues and Practical Problems in Tax Treaty Interpretation*, Linde, Viena, 2008.

Michael Lang ed., *History of Tax Treaties*, Linde, Viena, 2011.

Michael Lang Ed., *Tax Treaty Interpretation*, Band 13, Linde, Viena, 2001.

Michael Lang et al, *The role of the OCDE Commentary in tax treaty interpretation*, Australian Tax Forum, 2008.

OCDE, *Maintaining Momentum: OCDE Perspectives on Policy Challenges in Chile*, 2011.

Philip Baker, *Double Taxation Conventions and International Tax Law*, Sweet & Maxwell, 1994.

Roy Rohagtgj, *Basic International Taxation*, Volume I: Principles, Chapter 2.

Stanley S. Surrey y Paul R. McDaniel, *Tax Expenditures*, Cambridge, MA, Harvard University Press, 1985.

Thomas L. Hungerford, *Tax Expenditures and the Federal Budget 06.01.2011*, US Congress, RL34622.