

EL TRATAMIENTO DE LAS GANANCIAS DE CAPITAL EN EL CONVENIO PARA EVITAR LA DOBLE IMPOSICIÓN ENTRE ESPAÑA Y CHILE: SE OBEDECE, PERO NO SE CUMPLE

Felipe Yáñez Villanueva

Profesor de Derecho de la Empresa y Derecho

Tributario

Universidad de los Andes y Universidad Finis Terrae

(Chile)

Socio Fiscal en RSM Chile

<https://orcid.org/0000-0002-6905-7510>

Title

Treatment of capital gains in the Convention between Spain and Chile for the avoidance of double taxation: obeyed, but not complied

Resumen

En 2003, España y Chile firmaron un convenio para evitar la doble imposición. A pesar de que el convenio excluye la posibilidad de gravar las transferencias indirectas transfronterizas, la administración tributaria chilena (SII) ha interpretado el convenio en sentido contrario. En 2014, una empresa española impugnó la interpretación del SII, que fue finalmente revocada por la Corte de Apelaciones de Santiago. A pesar de esto, el SII ha persistido en su interpretación extensiva, generando dudas sobre la aplicación del Convenio en esta materia.

Palabras clave

Convenio Chile-España - Doble Imposición - Impuestos sobre la Renta - Transferencias Indirectas - Ganancia de Capital - Artículo 13 del Convenio - Elusión Fiscal - Convención de Viena - Normativa Chilena y Convenios Internacionales - Controversias Tributarias - Interpretación Administrativa - Jurisprudencia Tributaria

Abstract

In 2003, Spain and Chile signed a treaty to avoid double taxation. Despite the fact that the treaty excludes the possibility of taxing indirect cross-border transfers, the Chilean tax administration (SII) has interpreted the treaty to the contrary. In 2014, a Spanish company challenged the SII's interpretation, which was eventually overturned by the Santiago Court of Appeals. Despite this, the SII has persisted in its extensive interpretation, generating doubts about the application of the treaty in this matter

Keywords

Chile-Spain Convention - Double Taxation - Income Taxes - Indirect Transfers - Capital Gains - Article 13 of the Convention - Tax Avoidance - Vienna Convention - Chilean Legislation and International Treaties - Tax Controversies - Administrative Interpretation - Tax Case Law

Fecha de Recepción: 17-07-2024/ Fecha de aceptación: 1-08-2024

Cómo citar: Yáñez Villanueva, F. (2024). El tratamiento de las ganancias de capital en el Convenio para evitar la doble imposición entre España y Chile: se obedece, pero no se cumple. *Revista Técnica Tributaria*, (146), 87-109.

SUMARIO

1. Introducción
2. La norma interna chilena sobre transferencias indirectas de activos
3. El tratamiento de las ganancias de capital y de las transferencias indirectas en el Convenio Chile-España
4. Cómo ha interpretado la administración tributaria chilena el Convenio
5. Cómo han interpretado los tribunales de justicia chilenos el Convenio
 - 5.1. La controversia
 - 5.2. Reclamación tributaria
 - 5.3. La sentencia de primera instancia
 - 5.4. La sentencia de segunda instancia
6. ¿Quo vadis administración tributaria?
7. Conclusiones
8. Fuentes

1. Introducción

El 7 de julio de 2003 se suscribió en Madrid entre el Reino de España y la República de Chile el Convenio para Evitar la Doble Imposición y Prevenir la Evasión Fiscal en Materia de Impuestos sobre la Renta y sobre el Patrimonio («Convenio Chile-España») y su Protocolo, con el objetivo de fomentar y facilitar las relaciones económicas, financieras, comerciales e inversoras entre ambos países. Dicho Convenio entró en vigor el 23 de diciembre de 2003, y se ha aplicado a las situaciones comprendidas en él desde el año 2004 en adelante.¹ De más está decir que ha sido un gran aliciente del intercambio económico entre personas y empresas de ambas naciones, situando a España como la puerta de entrada de la inversión europea en Chile.

Ahora bien, más allá de su favorable impacto económico, el Convenio Chile-España no ha estado exento de recibir embates por parte de la administración tributaria chilena (el Servicio de Impuestos Internos - «SII») que, inspirada en una extensa norma de tributación en la fuente contenida en el derecho interno, ha pretendido ampliar la potestad tributaria chilena a situaciones internacionales o transfronterizas, recurriendo a entendimientos e interpretaciones muy controvertibles de las disposiciones del Convenio.

En este sentido, el objetivo del presente trabajo es hacer un recorrido por los distintos hitos que han marcado la relación entre el Convenio Chile-España y la normativa interna chilena, evidenciando el surgimiento de algunas prácticas cuestionables por parte de la administración tributaria chilena.

Para este fin, centraremos nuestro análisis en la interpretación y aplicación que el SII ha hecho de la normativa sobre tributación de transferencias indirectas de activos situados en Chile (en especial, de participaciones o acciones en sociedades constituidas en el país) por parte de no residentes, la cual se encuentra contenida en los artículos 10 y 58 N°3 de la Ley sobre Impuesto a la Renta.² Asimismo, analizaremos la pretendida consistencia de dicha norma con las disposiciones pertinentes de los Convenios para evitar la doble imposición suscritos por Chile, y en especial de aquel suscrito con España.

1 Convenio para evitar la doble imposición internacional Chile - España (2003). Disponible en https://www.sii.cl/pagina/jurisprudencia/convenios/chile_espana.pdf

2 La bibliografía sobre derecho comparado e internacional al respecto es abundante: Gentry, W.M. (2008). *Capital Gains Taxation*. Palgrave Macmillan; Krever, R. (2010), «Tax Treaties and the Taxation of Non-residents' Capital Gains,» en Arthur Cockfield (ed.) *Globalization and its Discontents: Tax Policy and International Investments* (University of Toronto Press: Toronto); Schreiber, U. (2013). *International Company Taxation*. Springer International Publishing; Cui, W (2015), «Taxation of Non-residents' Capital Gains,» pp. 107-154 in Alt, H., Arnold, B. (eds) *United Nations Handbook on Selected Issues in Protecting the Tax Base of developing Countries* (United Nations). Mitchell, K (2018), «Offshore Transfers: Policies and Divergent Views,» *Bulletin for International Taxation*, April/May 2018, Vol. 72; Shome, P. (2021). *Taxation History, Theory, Law and Administration*. Springer International Publishing.

2. La norma interna chilena sobre transferencias indirectas de activos

En diciembre de 2001, se hizo público que la mina de cobre chileno denominada «Disputada de Las Condes», entonces propiedad de la transnacional norteamericana Exxon Mobil Corporation, podría ser transferida a una sociedad chilena propiedad de la transnacional sudafricana Anglo American PLC. Esta noticia generó preocupación en el gobierno chileno, cuando trascendió en diversos círculos de negocios que el grupo Exxon estaba considerando la posibilidad de realizar dicha operación de manera indirecta, mediante la venta a Anglo American de su filial Exxon Minerals Chile Inc, constituida en Panamá, propietaria de la sociedad local que era dueña directa del yacimiento, con lo cual la posible ganancia de capital resultante de esta transacción no habría contribuido en modo alguno a los ingresos fiscales del Estado chileno.³ Esto habría permitido a Exxon transferir la propiedad de la Disputada de Las Condes, por un valor estimado en 1.300 millones de dólares,⁴ sin pagar impuesto alguno sobre la ganancia de capital derivada del activo situado en Chile, a diferencia de lo que habría sucedido si se llevara a cabo una venta directa de la participación en la sociedad local propietaria del yacimiento.⁵

La opinión pública chilena consideró esta potencial transacción como un claro intento de elusión fiscal internacional.⁶ Y, por su parte, el gobierno chileno señaló que no negociaría ningún tipo de acuerdo para que la empresa estadounidense pagara menos impuestos, advirtiéndole que en Chile las compañías que hacían transacciones debían pagar tributos.⁷ Estos hechos no constituyen un episodio aislado en el ámbito de los negocios transfronterizos. Antes bien, la disputa naciente entre esta empresa y el Estado de Chile se enmarca en una serie de negocios transnacionales que generaron rechazo y variadas reacciones por parte de los Estados de la fuente involucrados, y cuyo episodio más conocido a nivel mundial fue la disputa entre India y el grupo Vodafone, que data del año 2007.⁸ Pero, en términos cronológicos, el caso chileno parece ser el primero que dio lugar a una inmediata reacción legislativa, en el año 2002.

3 Espínola Arteaga, J. (2017). «Tratamiento tributario de las ganancias de capital obtenidas en la enajenación indirecta de acciones de sociedades anónimas y los convenios para evitar la doble imposición celebrados por Chile con México y Perú, y entre estos dos últimos Estados» (Tesis de maestría). Facultad de Economía y Negocios, Universidad de Chile, p.32. Disponible en <https://repositorio.uchile.cl/handle/2250/146382>

4 Anglo American to buy copper mines in Chile from Exxon for \$1.3 billion. (2002, 3 de mayo). «The Wall Street Journal». Disponible en <https://www.wsj.com/articles/SB1020356650608450800>

5 Espínola Arteaga, 2017, p. 32

6 Espínola Arteaga, 2017, p. 32

7 Artículo de prensa. (2002, 30 de septiembre). Cooperativa. Disponible en <https://cooperativa.cl/noticias/pais/gobierno-autorizo-a-anglo-americana-a-comprar-mina-disputada-de-las-condes/2002-09-30/174100.html>

8 Desai, N., Kumar, M. (2012), «The Vodafone Saga. An analysis of the Indian Supreme Court's decision», *Bulletin for International Taxation*, De Goede, J. (2012), «Allocation of taxing rights on income from cross-border (indirect) sale of shares», *Asia Pacific Tax Bulletin*, 18, 3, 2012, pp. 211-220; Nagappan, M., Vasudevan, S. (2017) 'Indirect Transfer Taxation in India: From Vodafone to Cairn', 45, *Intertax*, Issue 10, pp. 665-676; Para Iberoamérica, Báez, A. (2019) «Transferencias indirectas de sociedades

En efecto, el gobierno chileno estimó que el único medio idóneo que podría impedir este evidente perjuicio al erario nacional consistía en una iniciativa legal que impidiese a Exxon Mobil llevar a cabo dicha venta sin pagar impuestos al Estado de Chile. Por ende, el gobierno envió al Congreso Nacional una iniciativa en la cual se propuso modificar la Ley sobre Impuesto a la Renta para incluir las ganancias de capital derivadas de este tipo de operaciones como un caso específico de renta de fuente chilena.⁹

Sin embargo, aunque la norma fue diseñada formalmente para extender el concepto de «renta de fuente chilena» a incrementos patrimoniales que, por su naturaleza, no reunían los requisitos para ser calificados como tales (v.gr. provenientes de actividades realizadas en Chile o de bienes situados en el país), la motivación real de esta norma era claramente impedir o poner atajo a conductas que se consideraban como elusivas o abusivas del ordenamiento tributario. Así lo demuestran diversos antecedentes legislativos: por un lado, el mensaje por el cual se envió dicho proyecto al Congreso Nacional, que hablaba de evitar la postergación (prácticamente) indefinida de impuestos; por otro lado, un alto personero del SII señaló durante la discusión parlamentaria que *«la norma propuesta mantiene y reafirma el principio contenido en el artículo 11° de la Ley de la Renta, de modo que se impiden triangulaciones que tienen el solo objeto de evitar pagar impuestos en Chile.»*¹⁰ Y, más tarde, la subsecretaria de Hacienda confirmaría el carácter anti elusivo de la norma ante el Senado, cuando afirmó que *«[e]n materia de elusión tributaria, simplemente se propone que los nacionales que compran [debió decir «vendan»] activos en Chile paguen el impuesto de ganancia de capital, sea que los adquieran [debió decir «vendan»] directamente o a través de paraísos tributarios.»*¹¹

El Congreso Nacional aprobó la nueva norma mediante Ley N°19.840, publicada en el Diario Oficial de 23 de noviembre de 2002, bajo el siguiente tenor: *«Asimismo, son rentas de fuente chilena las que se originen en la enajenación de acciones o derechos sociales o representativos del capital de una persona jurídica constituida en el extranjero, efectuada a una persona domiciliada, residente o constituida en el país, cuya adquisición le permita, directa o indirectamente, tener participación en la propiedad o en las utilidades de otra sociedad constituida en Chile. En todo caso, no constituirá renta la suma que se obtenga de la enajenación de las acciones o derechos sociales referidos, cuando la participación, que se adquiere directa o indirectamente de la sociedad constituida en Chile, represente un 10% o menos*

residentes y Convenios de doble imposición en Iberoamérica», en Báez, A y Castro Arango, J.M. (ed.), Problemas de Tributación Internacional en Iberoamérica, Bogotá: Universidad Externado de Colombia. Para los países en desarrollo en general: Plataforma de Colaboración en Materia Tributaria (ed.), «Tributación de las transferencias indirectas transnacionales: Una guía práctica» (2020).

9 Mensaje Presidencial N° 137-347, de 18 de julio de 2002. Disponible en <https://www.camara.cl/verDoc.aspx?prmID=3101&prmTIPO=INICIATIVA>; Espínola Arteaga, 2017, p.32.

10 Informe de Comisión de Hacienda, Cámara de Diputados. (2002, 16 de agosto). Informe de Comisión de Hacienda en Sesión 31. Legislatura 347. Disponible en <https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/5884/>

11 Discusión en Sala. (2002, 4 de septiembre). «Diario de Sesión en Sesión 26. Legislatura 347». Disponible en <https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/5884/>

del capital o de las utilidades o se encuentre el adquirente bajo un socio o accionista común con ella que, directa o indirectamente, posea o participe en un 10% o menos del capital o de las utilidades.»

Como puede apreciarse, se trató de una norma de aplicación bastante restringida, pues sólo cubría la enajenación de una sociedad situada fuera de Chile por parte de su titular, residente en el extranjero (la enajenación por un residente chileno quedaba cubierta por las normas generales de tributación sobre renta de fuente mundial) y a favor de un adquirente residente en el país. Quedaban fuera del alcance de esta norma, pues, las enajenaciones que se hiciesen entre dos contribuyentes residentes fuera de Chile.

Un año más tarde entraría en vigor el Convenio Chile-España, cuya normativa sobre ganancias de capital –según explicaremos más adelante– no permitía la aplicación de dicha normativa sobre transferencias indirectas respecto de residentes en España.

Casi diez años después, en agosto de 2012, el primer gobierno de Sebastián Piñera (2010-2014) propuso un proyecto de ley para perfeccionar el sistema tributario, mediante el «mejoramiento de las reglas de fuente de renta». ¹² Dicha reforma se materializó mediante la Ley N° 20.630, publicada el 27 de septiembre de 2012, que sustituyó el antiguo inciso 3° del artículo 10 por una norma que gravaba en general las enajenaciones indirectas de activos situados en Chile, bajo tres supuestos: en la medida que el valor de mercado de dichos activos fuera significativo en la valoración de la entidad enajenada (si representa 20% o más de su valor); si el activo situado en Chile era valioso por sí mismo (si su valor de mercado –en la proporción que pertenece a la sociedad extranjera enajenada– es igual o superior a aprox. USD 189 millones); o si la sociedad extranjera enajenada se situaba en una jurisdicción de nula o baja tributación. Salvo en este último caso, para ser gravada en Chile, la transferencia debía versar sobre a lo menos un 10% de la propiedad de la sociedad extranjera enajenada.

Finalmente, durante el segundo gobierno de Michelle Bachelet (2014-2018), terminó de formularse en términos generales la norma hoy vigente sobre transferencias indirectas, mediante la incorporación de un nuevo supuesto de responsabilidad solidaria respecto de dicho impuesto, que afecta a «la entidad, empresa o sociedad emisora de los activos subyacentes a que se refiere el literal (i) del inciso tercero del artículo 10 (..)». Así pues, si bien el impuesto debe ser declarado y pagado en principio por el enajenante no residente en Chile y sobre base devengada, en caso de que tal obligación no sea cumplida por su deudor natural, la administración tributaria chilena podrá exigir dicho impuesto, además, a la entidad emisora de los citados activos subyacentes, en la medida que estemos frente a participaciones en la propiedad de una sociedad constituida en Chile. ¹³

¹² Mensaje Presidencial N° 182-360, de 2 de agosto de 2012. Disponible en <https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=recursoslegales/10221.3/37768/1/HL20630.pdf>

¹³ Espínola Arteaga, 2017, p.42.

3. El tratamiento de las ganancias de capital y de las transferencias indirectas en el Convenio Chile-España

Desde su apertura política y comercial a inicios de los años 1990, Chile siguió una política consistente de negociación y suscripción de Convenios para Evitar la Doble Imposición, fundada en una adhesión mayoritaria a los estándares propuestos por la OCDE en su Modelo de Convenio, con algunas desviaciones más o menos significativas, inspiradas en el Modelo de Convenio de la ONU o en la necesidad de adaptar los Convenios a la legislación interna de las partes intervinientes o a características de su política impositiva.¹⁴

En el marco de esta tendencia, se sitúa el Convenio Chile-España, firmado el 7 de julio de 2003 en Madrid, y que entró en vigor el 22 de diciembre del mismo año.

En lo relativo al tratamiento de las ganancias de capital, dicho Convenio sigue, en lo tocante a sus párrafos 1 al 3, al Modelo de Convenio de la OCDE conforme a su actualización al año 2003, con algunas omisiones o desviaciones menores.¹⁵ Luego, en el párrafo 4 se aparta de dicho modelo y combina el contenido de los párrafos 4 y 5 del Modelo de Convenio de la ONU actualizado al 2001, con otras originalidades propias de la política fiscal chilena, conforme a las cuales el Estado de la fuente se reserva el derecho a gravar las ganancias de capital que obtenga un residente del otro Estado contratante respecto de una sociedad residente en el Estado de la fuente, en el caso que: a) dichas ganancias provengan de acciones cuyo valor se derive directa o indirectamente en más de un 50 por ciento de bienes inmuebles situados en el Estado de la fuente; o b) el receptor de la ganancia (residente del otro Estado contratante) haya poseído, en cualquier momento dentro del período de doce meses precedentes a la enajenación, directa o indirectamente, acciones u otros derechos consistentes en un 20 por ciento o más del capital de la sociedad residente en el Estado de la fuente.

En este caso, el Convenio Chile-España fusiona lo dispuesto en los Artículos 13(4) de ambos modelos de Convenio, en lo relativo a la enajenación indirecta de inmuebles, pero circunscribiéndolos expresamente a la enajenación de una sociedad residente en el Estado de la fuente, cuestión que el Modelo ONU dejaba abierto a la decisión de los Estados contratantes, aunque sugería –para que se lograra el objetivo de dicho apartado– que éste debería aplicarse independientemente de si la empresa era residente del Estado contratante en el que se encontraba el bien inmueble o era residente de otro Estado.¹⁶

14 Madariaga, J., & Yáñez, F. (2012). Chile. En M. Lang et al. (Eds.), «The Impact of the OECD and UN Model Conventions on Bilateral Tax Treaties» (p. 235). Cambridge University Press. Circular N° 8 de 2005, del Servicio de Impuestos Internos (Chile). Disponible en <https://www.sii.cl/documentos/circulares/2005/circu08.pdf>

15 OECD. (2003). «Model Tax Convention on Income and on Capital: Condensed Version 2003». OECD Publishing. https://doi.org/10.1787/mtc_cond-2003-en

16 ONU. (2001). «United Nations Model Double Taxation Convention Between Developed and Developing Countries: Commentaries to Art.14(4), n.8». Disponible en <https://www.un.org/esa/ffd/wp-content/uploads/2014/09/DoubleTaxation.pdf>

A renglón seguido, el Convenio integra en el mismo párrafo 4 lo dispuesto en el Artículo 13(5) del Modelo ONU, donde se atribuye potestad tributaria al Estado de la fuente sobre la ganancia de capital derivada de la enajenación de una participación sustancial en una sociedad residente en dicho Estado, pero dejando la determinación de lo que es una participación sustancial —expresada en un porcentaje— en manos de las negociaciones bilaterales, que en este caso fue fijada en un 20 por ciento.¹⁷

Finalmente, bajo el mismo párrafo 4 del Artículo 13 del Convenio Chile-España, se incluye la mayor particularidad de este acuerdo, consistente en atribuir potestad al Estado de la fuente para gravar cualquier otra ganancia obtenida por un residente del otro Estado Contratante por la enajenación de una participación en una sociedad residente en el Estado de la fuente, pero limitando dicho impuesto al 16 por ciento del monto de la ganancia.

En otras palabras, lo que se acuerda bajo este Artículo 13(4) del Convenio Chile-España puede dividirse en dos supuestos de asignación de potestad tributaria al Estado de la fuente. Por una parte, la atribución de potestad ilimitada para gravar las ganancias percibidas por un residente del otro Estado contratante, cuando éstas provienen de la enajenación de una participación en una sociedad residente en el Estado de la fuente, y que se derivan en un 50 por ciento o más del valor de bienes inmuebles situados en el Estado de la fuente, o cuando la participación enajenada es igual o superior al 20 por ciento de la propiedad sobre la sociedad residente en el Estado de la fuente. Y, por otra parte, un caso de atribución de potestad tributaria limitada al 16 por ciento de la ganancia de capital percibida por un residente del otro Estado contratante, y que proviene de la enajenación de una participación en una sociedad residente en el Estado de la fuente que no cumple con los requisitos de alguna de las hipótesis de atribución de potestad ilimitada.

En definitiva, la norma termina reconociendo la potestad tributaria del Estado de la fuente para gravar las ganancias de capital que procedan de la enajenación de sociedades residentes en dicho Estado, en consonancia con la amplia norma de tributación en la fuente existente en la legislación interna chilena (artículos 10 y 11 de la Ley sobre Impuesto a la Renta). No tenemos noticia de un documento oficial donde se explique el origen de esta limitación al 16 por ciento en los casos no calificados de ganancias de capital, pero nuestro entendimiento es que dicho umbral se fijó a instancias del equipo negociador chileno, que ofreció a su par español un tratamiento más favorable para los residentes en dicho país respecto de las ganancias de capital provenientes de Chile, que a la fecha de negociación del Convenio podían gravarse con una alícuota que variaba entre un 35% (régimen general) a un 17% (régimen de impuesto único). Así pues, la tributación que se ofreció a España era un punto porcentual inferior a la mínima aplicable en Chile. En la actualidad, tras sucesivas reformas al tratamiento de las ganancias de capital, la norma del Convenio ha devenido cada vez más conveniente, pues el único régimen aplicable hoy para los no residentes es el general de 35%.

17 ONU. (2001). «United Nations Model Double Taxation Convention Between Developed and Developing Countries: Commentaries to Art.14(5), n.10». Disponible en <https://www.un.org/esa/ffd/wp-content/uploads/2014/09/DoubleTaxation.pdf>

En consonancia con el régimen tributario interno de las ganancias de capital vigente a la fecha de suscripción del Convenio Chile-España, la concesión del equipo negociador chileno fue un paso más adelante y procedió, mediante una estipulación en el Protocolo del Convenio, a otorgar a los residentes en España que obtuvieran ganancias de capital provenientes de la enajenación de una participación sustancial en una sociedad residente en Chile, y que en principio estaban sujetos a una potestad ilimitada de Chile en cuanto Estado de la fuente, el mismo tratamiento aplicable a la enajenación de participaciones no sustanciales (v.gr. limitación del impuesto al 16 por ciento) en la medida que hubieran poseído la participación societaria que se enajenara por un plazo superior a doce meses antes de la enajenación y no se hubieran dedicado habitualmente a la enajenación de acciones, circunstancia esta última que se presumía si el enajenante había poseído una participación directa igual o superior al 50 por ciento de la propiedad de la sociedad participada. Estos requisitos eran, a la fecha de suscripción del Convenio, los exigibles a un residente en Chile para acceder a un régimen de impuesto único del 17% sobre las ganancias de capital. De este modo, la concesión efectuada en el Convenio implicó otorgar a los residentes en España un tratamiento tributario que sería en cualquier caso un punto porcentual inferior al régimen aplicable en Chile a los inversionistas residentes en el país.¹⁸

Pese a que el Convenio Chile-España reconoce un amplio ámbito de aplicación a la potestad tributaria del Estado de la fuente en lo relativo a las ganancias de capital, un repaso de las hipótesis admitidas por dicho Convenio deja en evidencia que ninguna de ellas incluye caso alguno de transferencias indirectas de activos. En efecto, y a diferencia de lo dispuesto por los modelos de Convenio de la OCDE y de la ONU, que dejan abierta la posibilidad de gravar por el Estado de la fuente la enajenación de una participación en una sociedad residente en el otro Estado contratante, en el Convenio Chile-España dicha posibilidad está expresamente excluida, pues tanto las hipótesis de transferencia de participaciones en sociedades cuyo valor deriva de inmuebles situados en el Estado de la fuente –Artículo 13(4) letra a)– como las de transferencia de participaciones en otras sociedades, sean aquéllas sustanciales –v.gr. iguales o superiores al 20 por ciento, Artículo 13(4) letra b)– o no, se refieren siempre a sociedades residentes en el Estado de la fuente.

4. Cómo ha interpretado la administración tributaria chilena el Convenio

Ante un panorama normativo aparentemente tan claro, donde el Convenio Chile-España excluiría totalmente la aplicación de la norma de derecho interno sobre transferencias indirectas, hubiera sido dable esperar que no existiera interacción alguna entre ambas normas, salvo para negar la aplicación de la segunda. Sin embargo, la realidad jurídica ha transitado por carriles completamente distintos. Así pues, tras la reformulación legislativa en el año 2012 del impuesto sobre transferencias indirectas (inciso 3° del artículo 10 de la Ley

18 Protocolo, X, ad. Artículo 13 del Convenio Chile - España (2003), nota 1.

sobre Impuesto a la Renta), el director nacional del SII dictó la Circular N°14 de fecha 7 de marzo de 2014 («Circular 14»), en la cual se establecieron algunas directrices destinadas a guiar la aplicación de dicha norma por parte de los funcionarios de la administración tributaria.¹⁹ En lo pertinente al Convenio Chile-España, la Circular 14 contenía un apartado especial (Capítulo II N°1, letra H) donde se refería a la aplicación de los Convenios a las rentas e impuestos relativos a las transferencias indirectas de activos situados en Chile. En ese punto, la Circular 14 afirmaba categóricamente que los Convenios para evitar la doble tributación internacional suscritos por Chile regulaban expresamente la situación de estas rentas, cuando el enajenante o adquirente, en su caso, fueran personas residentes del otro Estado contratante. En ese caso, a juicio de la Circular 14, la situación de tales rentas se encontraba regulada en el artículo 21 correspondiente al Modelo de Convenio de la OCDE sobre «otras rentas».²⁰ En ese momento, fue tal el revuelo y sorpresa que esta interpretación causó en la comunidad jurídica local- principalmente por el inusual entendimiento de la estructura y contenido de las normas del modelo de Convenio- que el SII debió revisar su criterio mediante la dictación de la Circular N°59 de fecha 14 de noviembre de 2014 («Circular 59»). En esta nueva Circular, el SII se desdice de lo afirmado sobre la aplicación del artículo 21 del modelo de Convenio, al precisar que los Convenios suscritos por Chile «podrían ser aplicables a las rentas e impuesto referido, en particular cuando el enajenante sea una persona residente del otro Estado contratante.»²¹ El fundamento para este aparente vuelco copernicano se encontraría en una falta de uniformidad de los Convenios suscritos por Chile en lo relativo al tratamiento de las ganancias de capital, lo cual obligaría a considerar lo que dispone cada uno de ellos en particular.²² Como se ve, el SII pasa de afirmar categóricamente que los Convenios regulaban la situación de las transferencias indirectas a sostener más tímidamente que éstos podrían ser aplicables a dicho impuesto. Asimismo, el SII pasa de sostener que esta aplicación de los Convenios tendría lugar tanto si el enajenante como el adquirente fueran residentes del otro Estado contratante, a sostener que dicha aplicación sólo tendría lugar si el enajenante es un residente del otro Estado contratante, mientras Chile ocuparía el rol de Estado de la fuente.

Sin embargo, lo más relevante de la Circular 59 vino a continuación, cuando dedicó un párrafo especial al Convenio Chile-España, como ejemplo de aplicación de la norma sobre transferencias indirectas de activos. Para este fin, la Circular 59 cita el Artículo 13(4) del Convenio, formulando una singular interpretación del mismo.

En primer lugar, la Circular 59 afirma que la letra a) del Artículo 13(4) facultaría a Chile para gravar «sin ninguna limitación» las ganancias de capital que un residente español obtuviera por la enajenación de una participación social, sin distinguir el Estado donde dicha entidad reside, sólo a condición que la ganancia se derivase directa o indirectamente en más de un 50 por ciento de

19 Servicio de Impuestos Internos. (2014a). Circular N° 14/2014. <https://www.sii.cl/documentos/circulares/2014/circu14.pdf>

20 Servicio de Impuestos Internos, 2014a, II, letra H

21 Servicio de Impuestos Internos. (2014b). Circular N° 59/2014. <https://www.sii.cl/documentos/circulares/2014/circu59.pdf>

22 Servicio de Impuestos Internos, 2014b, II, letra H

bienes inmuebles situados en Chile.²³ Pero lo más singular de su entendimiento es el alcance que le atribuye a expresión «directa o indirectamente», pues la Circular 59 estima que dicha expresión faculta a Chile, en cuanto Estado de la fuente, para aplicar su potestad tributaria sobre un residente del otro Estado contratante respecto de la ganancia de capital que obtenga al enajenar una entidad residente fuera de Chile - y dondequiera que aquélla resida- en la medida que posea «indirectamente» más de un 50 por ciento de la propiedad de un bien inmueble situado en Chile. La amplitud que la Circular 59 le atribuye a esta atribución de potestad tributaria queda confirmada por el ejemplo que ella misma entrega para explicar sus dichos: *«Esa situación podría darse por ejemplo, en el caso que se venda una sociedad española, dueña de una sociedad chilena, cuyo capital consiste en 55% de propiedad inmobiliaria. Dado que la ganancia por la venta de las acciones de la sociedad española se deriva en más de un 50% de bienes inmuebles situados en el país, Chile tiene derecho a gravar la ganancia total de la venta de acuerdo al Convenio.»*²⁴ Como quedó en evidencia cuando analizamos el Artículo 13(4) del Convenio Chile-España, dicha norma limita la potestad del Estado de la fuente para gravar este tipo de ganancias de capital a las enajenaciones de sociedades residentes en el mismo Estado de la fuente, mientras que lo que puede ser directo o indirecto es el vínculo entre esa sociedad y los bienes inmuebles situados en el mismo Estado de la fuente.²⁵ Por lo mismo, la interpretación que la Circular 59 hace de esta disposición del Convenio Chile-España hace caso omiso del claro tenor literal del mismo, y pretende extender su aplicación a escenarios que no fueron considerados a la hora de negociar dicho Convenio.

Lamentablemente, las digresiones de la administración tributaria chilena no terminan aquí, pues al interpretar la letra b) del Artículo 13(4) del Convenio, la Circular 59 lo describe como una situación similar a la de la letra a), donde *«la ganancia obtenida en la enajenación de acciones u otros derechos en una sociedad constituida en España, que tenga como activos subyacentes acciones emitidas por sociedades constituidas en Chile, y siempre que se verifique el monto mínimo de participación en el capital en la sociedad constituida en Chile (...)*»²⁶ Así pues, la Circular 59 interpreta esta norma del Convenio como una atribución expresa de potestad a Chile, en cuanto Estado de la fuente, para gravar la ganancia de capital obtenida en la transferencia indirecta de la participación en una sociedad residente en Chile, la cual tendría lugar mediante la interposición de una o más entidades residentes en España. Cuando analizamos el alcance de esta norma, advertimos que se trataba simplemente de una atribución de potestad tributaria al Estado de la fuente sobre la ganancia de capital derivada de la enajenación de una participación sustancial en una sociedad residente en dicho Estado. En igual sentido se pronuncian los comentarios elaborados por el Comité de Expertos de la ONU, de cuyo modelo de Convenio proviene esta disposición del Convenio Chile-España. Por lo mismo, la interpretación de la Circular 59 carece en este punto de todo sustento lógico y técnico.

23 Servicio de Impuestos Internos, 2014b, II, letra H

24 Servicio de Impuestos Internos, 2014b, II, letra H

25 Convenio Chile - España (2003), nota 1.

26 Servicio de Impuestos Internos, 2014b, II, letra H

La explicación de cómo se ha llegado a esta conclusión parece encontrarse –al igual que en el caso anterior– en el equivocado alcance que le atribuye a expresión «directa o indirectamente» que, al entender de la Circular 59, facultaría a Chile, en cuanto Estado de la fuente, para gravar la ganancia de capital obtenida por un residente del otro Estado contratante en la enajenación de una entidad residente fuera de Chile – dondequiera que aquélla residiera– en la medida que poseyera «indirectamente» más de un 20 por ciento de la propiedad de una sociedad residente en Chile. Sin embargo, dicha interpretación no tiene asidero en el tenor literal de la norma, que limita la aplicación de la misma a la enajenación de participaciones en una sociedad residente en el Estado de la fuente, mientras el carácter directo o indirecto está referido a la forma como se calcula si el enajenante alcanza una propiedad igual o superior al 20 por ciento del capital de la sociedad.²⁷ Dicho de otro modo, la norma sólo puede tener aplicación cuando se enajenan acciones o derechos en la sociedad residente en Chile y respecto de cuyas acciones se perfecciona (en términos contables, «se realiza») una ganancia de capital, esto es, cuando estamos frente a una transferencia directa. Así lo entienden, entre otros, los expertos del Fondo Monetario Internacional (FMI), del Grupo Banco Mundial (GBM), de la OCDE y de la ONU que integran la llamada «Plataforma de Colaboración en Materia Tributaria» («PCT»)²⁸ que, en su guía práctica sobre tributación de las transferencias indirectas transnacionales, afirma inequívocamente: *«[s]egún este artículo, se asignan al país L las potestades tributarias sobre las ganancias percibidas por un no residente del país L procedentes de la enajenación de acciones (o derechos asimilables) de una sociedad, una sociedad colectiva o un fideicomiso residente en el país L. Sin embargo, se aplica solamente a la propiedad directa transnacional en tales entidades. Por tal motivo, si bien el artículo 13(5) puede ayudar a abordar determinados mecanismos de elusión fiscal (por ejemplo, ciertas estrategias de distribución de dividendos o cambio de residencia), no es adecuado como una disposición para garantizar la tributación basada en el país de la fuente de ganancias derivadas de las transferencias indirectas.»*²⁹

A los conocedores del Convenio Chile-España esta interpretación de su artículo 13 les causó tanto o más revuelo que aquél provocado por la Circular 14 al querer aplicar el artículo 21 sobre las transferencias indirectas transnacionales. Sin embargo, no se generó una presión semejante para que el SII volviera a modificar en ese punto lo afirmado en la Circular 59. Y, de hecho, esta opinión fue reiterada en pronunciamientos posteriores.³⁰

27 En este sentido, van den Hurk, H. (2022). Offshore indirect transfers: How to convert a legitimate but complex executable taxing right for source states into a balanced situation between source state taxing rights and tax payer rights? En «Taxes Crossing Borders (and Tax Professors Too) - Liber Amicorum Prof Dr RG Prokisch» (1st ed.). Maastricht University Press.

28 La Plataforma de Colaboración en materia Tributaria (PCT) es una iniciativa conjunta del Fondo Monetario Internacional (FMI), la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), las Naciones Unidas y el Grupo del Banco Mundial para reforzar la colaboración en materia de movilización de recursos internos (DRM). El PCT, lanzado en abril de 2016, fomenta la acción colectiva para lograr sistemas fiscales más sólidos en los países en desarrollo y emergentes (fuente: <https://www.tax-platform.org>)

29 Plataforma de Colaboración en materia Tributaria (PCT). (2020). «Tributación de las transferencias indirectas transnacionales: Una guía práctica». Disponible en https://www.tax-platform.org/sites/pct/files/publications/PCT_Toolkit_The_Taxation_of_Offshore_Indirect_Transfers_Spanish.pdf

30 Oficio N° 2735 de 24.11.2020.

5. Cómo han interpretado los tribunales de justicia chilenos el Convenio

La errada interpretación del SII sobre la interacción entre la norma interna sobre transferencias indirectas transfronterizas de activos situados en Chile y la disposición contenida en el Convenio Chile-España ha tenido oportunidad de ser examinada en sede judicial, con motivo de una reclamación interpuesta por la sociedad residente en España «Inversiones Capital Global S.A.» o «ICG» (anteriormente denominada Capital Riesgo Global SCR) en contra de una actuación del SII, mediante la cual se le pretende aplicar la norma interna sobre transferencias indirectas antes referida.³¹

5.1. La controversia

El caso data del año 2014, cuando ICG celebró vendió y transfirió a Abertis Infraestructuras S.A. («Abertis») el 100 por ciento de la propiedad en la sociedad española Infraestructuras Americanas S.L («IA»), la que a su vez mantenía una participación del 42,3 por ciento en otra sociedad española denominada Inversora Infraestructuras, S.L («INVIN»), la cual era propietaria de sendas participaciones en dos sociedades chilenas concesionarias de autopistas: i) un 50 por ciento en Autopista Central y Rutas del Pacífico S.A. («ACRP») y (ii) un 47,7 por ciento en Operadora del Pacífico S.A. («OPSA»). Tanto ICG como Abertis eran parte de un contrato de *joint-venture* para la explotación del negocio de carreteras en Chile. Esto explica la estructura de inversión a nivel de las sociedades españolas que se utilizó. En efecto, ICG mantenía su inversión a través de la titularidad del 100 por ciento de las acciones de IA, constituida con la finalidad de obtener financiación de terceros, la que a su vez mantenía un 42,3 por ciento de INVIN, en la cual participaba en consorcio con Abertis. Luego, cuando ICG decide salir del consorcio, se acordó la venta de su participación en IA a Abertis, quedando esta última empresa como única titular de INVIN, a través de la cual participa de su inversión en Chile.³²

Si bien la operación de venta de IA arrojó una pérdida para ICG conforme a las normas fiscales españolas, la misma venta generó una utilidad por la especial forma de cálculo de la base imponible de la norma chilena sobre transferencias indirectas.³³ No obstante, tanto ICG como Abertis entendían que la transferencia de IA no quedaba gravada con el impuesto chileno por aplicación de lo dispuesto en el Artículo 13 párrafo 5 del Convenio Chile-España, que –siguiendo al Artículo 13(4) del Modelo OCDE 2003 y al Artículo 13(6) del Modelo ONU 2001– otorga potestad tributaria exclusiva al Estado de la residencia del enajenante (en este caso, España) sobre las ganancias derivadas de la enajena-

31 La descripción de los hechos de la causa que sigue a continuación se basa en el contenido de sentencia de primera instancia dictada por el Primer Tribunal Tributario y Aduanero de la Región Metropolitana de Santiago. «Inversiones Capital Global S.A. con Servicio de Impuestos Internos, Dirección Regional Metropolitana Santiago Centro», RIT N°: GR-15-00010-2017, RUC N°: 17-9-0000170-3. Disponible en <https://ojv.tta.cl/#/instituciones/fallos-ela>

32 Primer Tribunal Tributario y Aduanero de la Región Metropolitana de Santiago, 2017

33 Primer Tribunal Tributario y Aduanero de la Región Metropolitana de Santiago, 2017

ción de cualquier otro bien distinto de los mencionados en los párrafos precedentes del mismo Artículo 13.

Sin perjuicio de lo anterior, aun cuando no fuese necesario declarar impuestos por ICG como vendedora o efectuar retenciones provisionales por Abertis como compradora, ambas partes acordaron que ICG declararía y pagaría igualmente dicho impuesto (ascendente a esa fecha a aproximadamente 12,6 millones de dólares norteamericanos), reservándose el derecho de solicitar ante el Fisco chileno la devolución del impuesto pagado, invocando la aplicación del Convenio Chile-España. La razón para actuar de este modo era la necesidad de liberar de un eventual incumplimiento a Abertis de su responsabilidad como retenedora provisional de impuestos, considerando «la escasa y confusa reglamentación administrativa frente a una normativa de reciente aplicación».³⁴

Teniendo en cuenta lo anterior, el 10 de noviembre de 2015, ICG solicitó al Servicio de Impuestos Internos la devolución de la cantidad pagada indebidamente a título de impuesto. Contrariando la expectativa de ICG, el SII denegó totalmente su solicitud devolución, pues –siguiendo la interpretación sostenida en la Circular 59– estimó que dicho caso estaba regulado en la letra b) del párrafo 4 del artículo 13 del Convenio Chile-España (y no en la norma del artículo 13 párrafo 5), con lo cual concluyó que Chile sí tenía potestad tributaria para gravar la ganancia de capital en cuestión.

En efecto, en los considerandos de la resolución denegatoria, el SII señaló expresamente que «[d]e la normativa reproducida, así como de los antecedentes con que cuenta este Servicio, más los aportados por el contribuyente, se desprende que la letra b) del artículo 13, párrafo cuarto, sería la norma aplicable al caso en comento (...) [pues de] la documentación aportada por el contribuyente se aprecia claramente que este último poseyó, dentro del periodo de doce meses precedentes a la enajenación, ya sea, en forma directa o indirecta, un 20 por ciento o más del capital de la sociedad Infraestructuras Americanas S.L.» [el subrayado es nuestro]. Así pues, este razonamiento reproduce la argumentación contenida en la Circular 59, donde se afirma que el Artículo 13(4) letra b) del Convenio Chile-España atribuye potestad tributaria ilimitada a Chile sobre «*la ganancia obtenida en la enajenación de acciones u otros derechos en una sociedad constituida en España, que tenga como activos subyacentes acciones emitidas por sociedades constituidas en Chile, y siempre que se verifique el monto mínimo de participación en el capital en la sociedad constituida en Chile (...)*»³⁵

5.2. Reclamación tributaria

Como era esperable, la resolución denegatoria fue impugnada en sede judicial por ICG mediante reclamación presentada ante el Primer Tribunal Tributario y Aduanero de la Región Metropolitana de Santiago. Para ello, la sociedad

34 Primer Tribunal Tributario y Aduanero de la Región Metropolitana de Santiago, 2017, I, A, UNO, 1.1

35 Servicio de Impuestos Internos, 2014b, II, letra H

española centró principalmente su alegación en el claro tenor literal del Artículo 13(4) letra b del Convenio Chile-España, conforme al cual podía concluirse que la norma interna sobre transferencias indirectas no podía aplicarse a un residente español.

La administración tributaria, en cambio, comenzó por reiterar lo sostenido en la resolución denegatoria, reproduciendo los términos de la Circular 59 ya analizada. Pero luego procedió a «profundizar» en su defensa de dicha interpretación, aseverando que la misma daba aplicación a las principales reglas de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados («CVDT»), en especial al principio de buena fe (Art. 31 CVDT). Siguiendo esta línea argumentativa, la interpretación del Artículo 13(4) del Convenio Chile-España debía tener siempre como objetivo «evitar cualquier acción elusiva o evasiva en la enajenación de acciones, [y] para ello se debe recurrir a los lineamientos indicados en el art. 1° del Convenio de la OCDE, frente a lo cual se debe interpretar de manera que se logre evitar ya sea la elusión o evasión en la enajenación de acciones o derechos que contempla este Convenio.»³⁶ Recurriendo a esta argumentación, el SII concluye que «[e]n este sentido la expresión 'representativo del capital' abarcaría no sólo las enajenaciones directas sino también indirectas.» Así pues, blandiendo una supuesta aplicación del principio de buena fe, lo que la administración hace es dividir la expresión «derechos representativos del capital de una sociedad», sosteniendo que el predicado «representativos del capital...» no sólo haría referencia al sustantivo «derechos» sino también a «acciones».

Luego, el SII interpreta extensivamente la expresión «representativos del capital de una sociedad», como si no sólo implicase la participación directa en la propiedad de una sociedad, sino también la indirecta. Dicho razonamiento escapa completamente a la finalidad que se le ha atribuido a la expresión «derechos representativos del capital...», propio de las sociedades de personas en Chile, como complemento del principal de «acción», propio de las sociedades de capital, para incluir dentro de las disposiciones que hacen referencia a dividendos y a ganancias de capital a todas las formas societarias existentes en el país. A mayor abundamiento, interpretar la expresión «representativo» como sinónimo de propiedad indirecta sobre una sociedad situada en otra jurisdicción escapa completamente a los amplios usos que se pueden dar a la palabra «representar»: en el Diccionario de la RAE se incluyen diez alternativas y ninguna de ellas sirve para expresar un dominio indirecto sobre algo. Más bien parece que el significado que se le atribuye en este caso es su sentido natural y obvio, cual es el de «ser imagen o símbolo de algo», en este caso, de la propiedad sobre una sociedad.³⁷

A partir de esta artificiosa reinterpretación de los términos del Artículo 13(4) del Convenio Chile-España, el SII termina sosteniendo en el juicio que, en el caso de la letra b) de dicho párrafo, los requisitos para su aplicación serían los siguientes: «i. Que se produzca una ganancia de capital por la enajenación de acciones u otros derechos en una sociedad constituida en España; [pese a que el Convenio señala literalmente lo contrario]; ii. Que la sociedad española tenga

36 Primer Tribunal Tributario y Aduanero de la Región Metropolitana de Santiago, 2017, I, A, TRES, III.

37 Diccionario de la RAE, disponible en <https://dle.rae.es/representar?m=form2>

como activos subyacentes acciones emitidas por sociedades constituidas en Chile; [requisito que desprende de la expresión «representativos del capital de una sociedad residente del otro Estado Contratante», al interpretar ‘representativos’ como sinónimo de ‘indirectos’] y iii. Que se verifique al menos un 20% de participación en el capital de la sociedad chilena [único requisito que realmente figura en la norma convencional interpretada].³⁸

5.3. La sentencia de primera instancia

Después de decenas de páginas en las cuales reproduce una y otra vez los argumentos de ambas partes, el tribunal de primera instancia termina haciendo suya la insólita argumentación del SII, al declarar que «a juicio de este sentenciador se cumplen todos y cada uno de los requisitos establecidos en el artículo 13 del Convenio, Párrafo 4º letra b), pues esta norma se refiere específicamente a la enajenación de acciones y otros derechos representativos de capital, por lo que la operación puede ser gravada en Chile, sin límites, de acuerdo al convenio (...)»³⁹. Pero el razonamiento del juez no se detiene aquí, pues junto con desestimar el hecho que el Artículo 13(4) del Convenio Chile-España sólo sea aplicable a enajenaciones *directas* de participaciones en sociedades situadas en el Estado de la fuente (en este caso, Chile), se aventura a sostener que «(...) *la correcta interpretación de la norma del artículo 13 Párrafo 4 letra b) del Convenio, es precisamente regular este tipo de situaciones conocidas como ventas indirectas*». En otras palabras, lo que el tribunal de primera instancia hace es atribuir a esta norma la finalidad específica de gravar las ventas indirectas, ignorando el parecer de la doctrina y de los organismos internacionales que promueven una regulación positiva de este tipo de operaciones.

5.4. La sentencia de segunda instancia

Contra el fallo de primer grado, IGC dedujo recurso de apelación para ante la Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago, que se pronunció sobre el mismo mediante sentencia de 14 de abril de 2023.

Al analizar la controversia, el Tribunal de Alzada pone énfasis en el hecho que la norma interna sobre transferencias indirectas, bajo su formulación vigente, fue recién incorporada al ordenamiento jurídico mediante Ley N° 20.630, publicada el 27 de septiembre de 2012. Al contrario, a la fecha de negociación y suscripción del Convenio Chile-España (2003), recién había sido promulgada la primera versión de la norma sobre transferencias indirectas mediante Ley N°19.840, (Diario Oficial de 23 de noviembre de 2002), que tenía una aplicación muy restrictiva, y que en ningún caso se aplicaba a transferencias celebradas entre dos partes no residentes en Chile. Por ello, el Tribunal

38 Primer Tribunal Tributario y Aduanero de la Región Metropolitana de Santiago, 2017, I, A, TRES, III.

39 Primer Tribunal Tributario y Aduanero de la Región Metropolitana de Santiago, 2017, I, A, VIGESIMO

concluye que, a la fecha de entrada en vigor del Convenio Chile-España, una transferencia indirecta como la celebrada entre IGC y Abertis no se encontraba afecta a impuestos en Chile. Por igual razón, se concluye que las partes no pudieron tener la intención de atribuir potestad tributaria a Chile respecto de dicho tipo de operaciones.

Considerando lo anterior, el Tribunal de Alzada concluye que la afirmación del fallo de primer grado, en el sentido que «la correcta interpretación de la norma del artículo 13 Párrafo 4 letra b) del Convenio, es precisamente regular este tipo de situaciones conocidas como ventas indirectas» «(...) *resulta más que discutible, sino derechamente errada, puesto que si, como es claro, de haberse llevado a cabo la operación sobre que versa el reclamo a la época de celebración del Convenio, no habría pagado impuesto adicional (pues la Ley N° 19.840 no cubría su hipótesis de hecho), mal podría sostenerse que el Convenio haya pretendido que ese tipo de operación –la venta o transferencia indirecta– constituyera un hecho gravado.*»⁴⁰

A continuación, la Corte hace suya una observación aplicable a todos los Convenios suscritos por Chile, a saber: «(...) *que en todos los casos Chile ha negociado cambios al modelo de la OCDE que dejan claramente establecida la jurisdicción tributaria de Chile para gravar la venta directa de acciones de sociedades constituidas en el país y ello es precisamente lo que acontece en el tratado con el Reino de España, en el párrafo 4.*»⁴¹ Y luego ejemplifica su razonamiento sobre el Convenio Chile-España: «*Como es fácil advertir del tenor literal, el supuesto de hecho de la norma es que un residente en Chile obtenga ganancias por la enajenación de acciones de una sociedad residente en España o que un residente en España obtenga ganancias por la enajenación de acciones de una sociedad residente en Chile, pero no que las ganancias que obtenga el residente en España lo sean por la enajenación de acciones de una sociedad española y lo mismo con el residente en Chile y la sociedad chilena.*»⁴²

En el considerando siguiente, la Corte concluye que la norma interna sobre transferencias indirectas es una «norma de control» (una cláusula especial anti-elusiva, diríamos nosotros), que –como tal– debe ser interpretada de manera restrictiva, no pudiendo afectar la aplicación de los Convenios para Evitar la Doble Imposición, a menos que éstos expliciten su aplicación.⁴³ Para reforzar dicha conclusión, el Tribunal de Alzada cita los Convenios suscritos por Chile con Argentina (2016) y Uruguay (2019), suscritos una década después del Convenio con España y después de promulgada la actual versión de la norma interna sobre transferencias indirectas, en los cuales – a su entender– sí se habría atribuido al Estado de la fuente la potestad de gravar las transferencias indirectas.⁴⁴

40 Corte de Apelaciones de Santiago. (2021). «Causa Rol 197-2021 "Inversiones Capital Global S.A. y otros con Servicios de Impuestos Internos Dirección Regional"». Disponible en https://juris.pjud.cl/busqueda/pagina_detalle_sentencia?k=b3pnVlptYmptNkxRVUM5eEpuK1k1UTO9

41 Corte de Apelaciones de Santiago, 2021, Considerando 6°

42 Corte de Apelaciones de Santiago, 2021, Considerando 6°

43 Corte de Apelaciones de Santiago, 2021, Considerando 7°

44 Corte de Apelaciones de Santiago, 2021, Considerando 7°

Como resultado de lo anterior, la Corte acogió en su totalidad la apelación deducida por ICG, revocando la sentencia de primer grado dictada por el Tribunal Tributario y Aduanero, y ordenando al SII acoger la solicitud de devolución del contribuyente no residente.

6. ¿Quo vadis administración tributaria?

Ante un fallo tan concluyente como el anterior, podría esperarse una adecuación inmediata de la interpretación administrativa a lo resuelto por la Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago. Sin embargo, al igual que en otros casos de reveses judiciales del SII⁴⁵, dicho organismo ha hecho oídos sordos a lo resuelto por los Tribunales Superiores de Justicia, amparado en el efecto relativo que las sentencias judiciales tienen en Chile⁴⁶, y ha continuado respondiendo a consultas de contribuyentes reiterando la cuestionable interpretación que el SII sostiene en la Circular 59 sobre el sentido y alcance del Artículo 13(4) del Convenio Chile-España. Es lo sucedido con motivo de la dictación del Oficio N° 373 de 15 de febrero de 2024. En dicha actuación administrativa, el SII ha respondido a la consulta que le formulara un contribuyente solicitando que le confirmase que el Artículo 13(4) del Convenio para evitar la doble imposición internacional entre Chile y Perú facultaba a este último país, en cuanto Estado de la fuente, para aplicar su norma interna sobre transferencias indirectas respecto de la enajenación efectuada por un residente chileno de una participación en una sociedad chilena que poseía activos subyacentes situados en Perú. A lo anterior, el SII ha respondido afirmativamente, invocando la misma Circular 59 y citando expresamente la interpretación dada sobre el Convenio Chile-España, pues «*[s]iendo el párrafo 4 del artículo 13 del convenio con Perú similar al subpárrafo b) del párrafo 4 del artículo 13 del convenio con España, las instrucciones de la Circular N°59 del 2014 son plenamente aplicables al caso (...)*». En el caso del Convenio con Perú, no obstante, esta opinión ha coincidido con un reciente cambio de posición de la administración tributaria peruana, que tras sostener inicialmente que la norma del Convenio no permitía gravar las transferencias indirectas respecto de residentes chilenos, ahora ha «reevaluado» su opinión en el sentido contrario, recurriendo a argumentos tanto o más cuestionables que los esgrimidos por su par chilena.⁴⁷

45 Existen naturalmente casos en contrario. El más reciente es la suspensión temporal decretada por el Director Nacional del SII de las instrucciones emitidas sobre un impuesto aplicable a ciertas bebidas analcohólicas, que fueron declaradas ilegales o arbitrarias en un caso específico por la Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago. Cfr. Nota de prensa del SII. (2024, 12 de julio). «Suspensión temporal de instrucciones emitidas sobre un impuesto aplicable a ciertas bebidas analcohólicas». Disponible en <https://www.sii.cl/noticias/2024/120724noti01rp.htm>

46 El Artículo 3 inciso 2° del Código Civil establece que «*[l]as sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria sino respecto de las causas en que actualmente se pronunciaren*». Lo anterior, dado que, competencialmente, «*[s]ólo toca al legislador explicar o interpretar la ley de un modo generalmente obligatorio*» (Artículo 3, inc. 1° y Artículo 9, inc. 2° del Código Civil). Código Civil (Chile). Disponible en <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=172986>

47 La SUNAT sostiene ahora que Perú podría gravar las transferencias indirectas en virtud del artículo 21 del Convenio con Chile. Cfr. SUNAT. (2023). Informe N.º 000117-2023-SUNAT/7T0000. Disponible en <https://www.sunat.gob.pe/legislacion/oficios/2023/informe-oficios/i000117-2023-7T0000.pdf>

Ante esta persistencia en sostener interpretaciones cuestionables en contra del parecer de la judicatura, sólo cabe preguntarse si un pronunciamiento del máximo tribunal de justicia (la Excma. Corte Suprema) podría marcar un cambio de rumbo en la actitud del SII. En el caso analizado en este artículo, la sentencia de segunda instancia fue impugnada por la administración tributaria, pero no se conocen detalles del procedimiento ante la Corte Suprema, pues el expediente está sometido a reserva.⁴⁸

7. Conclusiones

El análisis precedente de las controversias surgidas en torno a la interpretación de una disposición específica del Convenio Chile-España es un botón de muestra del papel que juegan estas normas en el ambiente jurídico de la fiscalidad en Hispanoamérica. Aun en el caso de una administración tributaria que goza de buen prestigio técnico en la región, el entendimiento de este tipo de normas es pobre y parcial, quedando su interpretación supeditada más a consideraciones políticas y de recaudación, que a razonamientos de carácter técnico y jurídico. Como consecuencia de lo anterior, la vigencia efectiva de estas normas es frágil y puede ser amenazada por actuaciones desprovistas de una argumentación más o menos robusta.

El mismo diagnóstico es replicable a nivel de la administración de justicia en primera instancia, donde –salvo actuaciones manifiestamente arbitrarias o ilegales– los jueces disponen aún de pocas herramientas técnicas para evaluar adecuadamente las actuaciones de la administración tributaria, y no pocas veces terminan ratificando lo obrado por dicho organismo, fundados en una especie de presunción de corrección del Fisco. Recién a nivel de tribunales superiores de justicia es posible encontrar un análisis más certero de la situación y un restablecimiento del imperio de este tipo de normas.

Lamentablemente, la actitud asumida por la administración ante este tipo de fallos adversos no suele ser el de un acatamiento humilde del administrador a la *juris dictio* del juez, sino más bien un resabio del «se obedece, pero no se cumple» de lata vigencia en el derecho indiano. Cabe preguntarse cuánto tiempo habrá que esperar para que estas normas lleguen a cumplirse efectivamente en nuestros países. Por ahora, no se divisa luz al final del túnel.

8. Fuentes

A. Medios de información

1. Anglo American to buy copper mines in Chile from Exxon for \$1.3 billion. (2002, 3 de mayo). «The Wall Street Journal». Disponible en <https://www.wsj.com/articles/SB1020356650608450800>

48 Oficina virtual del Poder Judicial chileno. Disponible en <https://oficinajudicialvirtual.pjud.cl>

2. Artículo de prensa. (2002, 30 de septiembre). «Cooperativa». Disponible en <https://cooperativa.cl/noticias/pais/gobierno-autorizo-a-anglo-american-a-comprar-mina-disputada-de-las-condes/2002-09-30/174100.html>

3. Nota de prensa del SII. (2024, 12 de julio). «Suspensión temporal de instrucciones emitidas sobre un impuesto aplicable a ciertas bebidas analcohólicas». Disponible en <https://www.sii.cl/noticias/2024/120724noti01rp.htm>

4. Oficina virtual del Poder Judicial chileno. Disponible en <https://oficinajudicialvirtual.pjud.cl>

B. Normas administrativas

1. Circular N° 14/2014, del Servicio de Impuestos Internos (Chile). Disponible en <https://www.sii.cl/documentos/circulares/2014/circu14.pdf>

2. Circular N° 59/2014, del Servicio de Impuestos Internos (Chile). Disponible en <https://www.sii.cl/documentos/circulares/2014/circu59.pdf>

3. Circular N° 8 de 2005, del Servicio de Impuestos Internos (Chile). Disponible en <https://www.sii.cl/documentos/circulares/2005/circu08.pdf>

4. SUNAT. (2023). «Informe N.º 000117-2023-SUNAT/7T0000» (Perú). Disponible en <https://www.sunat.gob.pe/legislacion/oficios/2023/informe-oficios/i000117-2023-7T0000.pdf>

C. Normas de rango legal o suprallegal

1. Código Civil (Chile). Disponible en <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=172986>

2. Convenio para evitar la doble imposición internacional Chile - España (2003). Disponible en https://www.sii.cl/pagina/jurisprudencia/convenios/chile_espana.pdf

D. Sentencias judiciales

1. Sentencia de primera instancia dictada por el Primer Tribunal Tributario y Aduanero de la Región Metropolitana de Santiago. «Inversiones Capital Global S.A. con Servicio de Impuestos Internos, Dirección Regional Metropolitana Santiago Centro», RIT N°: GR-15-00010-2017, RUC N°: 17-9-0000170-3. Disponible en <https://ojv.tta.cl/#/instituciones/fallos-ela>

2. Sentencia de segunda instancia dictada por la Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago. (2021). Causa Rol 197-2021 «Inversiones Capital Global S.A. y otros con Servicios de Impuestos Internos Dirección Regional». Disponible en https://juris.pjud.cl/busqueda/pagina_detalle_sentencia?k=b3pnVlptYmptNkxRVUM5eEpuK1k1UT09

E. Discusión parlamentaria

1. Discusión en Sala. (2002, 4 de septiembre). «Diario de Sesión en Sesión 26. Legislatura 347». Disponible en <https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/5884/>

2. Informe de Comisión de Hacienda, Cámara de Diputados. (2002, 16 de agosto). «Informe de Comisión de Hacienda en Sesión 31. Legislatura 347». Disponible en <https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/5884/>

3. Mensaje Presidencial N° 137-347, de 18 de julio de 2002. Disponible en <https://www.camara.cl/verDoc.aspx?prmID=3101&prmTIPO=INICIATIVA>

4. Mensaje Presidencial N° 182-360, de 2 de agosto de 2012. Disponible en <https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=recursolegales/10221.3/37768/1/HL20630.pdf>

D. Bibliografía

1. Báez, A. (2019) «Transferencias indirectas de sociedades residentes y Convenios de doble imposición en Iberoamérica», en Báez, A y Castro Arango, J.M. (ed.), Problemas de Tributación Internacional en Iberoamérica, Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

2. Desai, N., Kumar, M. (2012), «The Vodafone Saga. An analysis of the Indian Supreme Court's decision», Bulletin for International

3. De Goede, J. (2012), «Allocation of taxing rights on income from cross-border (indirect) sale of shares», Asia Pacific Tax Bulletin, 18, 3, 2012, pp. 211-220;

4. Espínola Arteaga, J. (2017). «Tratamiento tributario de las ganancias de capital obtenidas en la enajenación indirecta de acciones de sociedades anónimas y los convenios para evitar la doble imposición celebrados por Chile con México y Perú, y entre estos dos últimos Estados» (Tesis de maestría). Facultad de Economía y Negocios, Universidad de Chile. Disponible en <https://repositorio.uchile.cl/handle/2250/146382>

5. Madariaga, J., & Yáñez, F. (2012). Chile. En M. Lang et al. (Eds.), «The Impact of the OECD and UN Model Conventions on Bilateral Tax Treaties» (p. 235). Cambridge University Press.

6. Nagappan, M., Vasudevan, S. (2017) 'Indirect Transfer Taxation in India: From Vodafone to Cairn', 45, Intertax, Issue 10, pp. 665-676;

7. Plataforma de Colaboración en Materia Tributaria (ed.), «Tributación de las transferencias indirectas transnacionales: Una guía práctica» (2020).

8. van den Hurk, H. (2022). Offshore indirect transfers: How to convert a legitimate but complex executable taxing right for source states into a balanced situation between source state taxing rights and taxpayer rights? En «Taxes Crossing Borders (and Tax Professors Too) - Liber Amicorum Prof Dr RG Proisch» (1st ed.). Maastricht University Press.

E. Soft law

1. OECD. (2003). «Model Tax Convention on Income and on Capital: Condensed Version 2003». OECD Publishing. https://doi.org/10.1787/mtc_cond-2003-en

2. ONU. (2001). «United Nations Model Double Taxation Convention Between Developed and Developing Countries». Disponible en <https://www.un.org/esa/ffd/wp-content/uploads/2014/09/DoubleTaxation.pdf>

3. Plataforma de Colaboración en materia Tributaria (PCT). (2020). «Tributación de las transferencias indirectas transnacionales: Una guía práctica». Disponible en https://www.tax-platform.org/sites/pct/files/publications/PCT_Toolkit_The_Taxation_of_Offshore_Indirect_Transfers_Spanish.pdf

