

TITULARIDAD DEL BENEFICIARIO EFECTIVO PARA INVOCAR LOS BENEFICIOS DEL CONVENIO CUANDO NO ES EL RECEPTOR DIRECTO DEL DIVIDENDO. COMPARACIÓN DE CHILE Y CANADÁ

ENTITLEMENT OF THE BENEFICIAL OWNER TO APPLY TREATY BENEFITS WHEN IT IS NOT THE DIRECT RECIPIENT OF THE DIVIDEND. COMPARISON OF CHILE AND CANADA

Mauricio Ramírez Sepúlveda *

RESUMEN: Compara, a la luz de la postura de la OCDE, la interpretación del Servicio de Impuestos Internos de Chile, expresada en el Oficio N° 210, de 2023, sobre la titularidad del beneficiario efectivo de los dividendos para invocar los beneficios de los convenios para evitar la doble tributación cuando no es el receptor directo de ellos, con lo resuelto en el caso Husky Energy por un tribunal canadiense, cuya reciente sentencia se pronuncia sobre la misma materia en Canadá.

Palabras clave: titularidad, comentarios al modelo de convenio tributario de la OCDE, convenios de doble tributación, dividendos, beneficiario efectivo, intermediario, caso Husky Energy.

ABSTRACT: It compares, based on the OECD's position, the interpretation of the Chilean Internal Revenue Service, expressed in Ruling No. 210, of 2023, on the entitlement of the beneficial owner of the dividends to invoke the benefits of the agreements to avoid double taxation when it is not the direct recipient of them, with what was decided in the Husky Energy case by a Canadian court, whose recent ruling was pronounced on the same matter in Canada.

Keywords: *entitlement, Commentary of the OECD Model Tax Convention, double tax treaties, dividends, beneficial owner, intermediary, Husky Energy case.*

1. INTRODUCCIÓN

El objetivo del presente trabajo es analizar brevemente las posiciones que sobre una misma materia relacionada con convenios sobre doble tributación existen en Chile y Canadá, a saber, el acceso a la tributación reducida en el Estado de la fuente en materia de dividendos, cuando el beneficiario efectivo de la renta no es la misma persona que el receptor directo de ella y ambos son residentes fiscales en jurisdicciones diferentes.

* Abogado, Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile. LL.M en Derecho Tributario Internacional, Queen Mary University of London. Abogado en PwC. Correo electrónico: mauricio.ramirez@ug.uchile.cl. Recibido el 10 de junio de 2024, aceptado el 3 de julio de 2024.

Para ello, partiremos explicando la historia y el desarrollo del concepto en las discusiones y acuerdos de los países miembros de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), que ha ido plasmado su posición en el texto del modelo de convenio tributario y en sus comentarios, por lo que ello servirá de referente para evaluar las posturas de Chile y Canadá.

Tras eso, se revisará el Oficio N° 210, de 2023, del Servicio de Impuestos Internos (SII), que se pronuncia sobre esta materia interpretando que los beneficios del convenio proceden únicamente en el caso en que los dividendos se paguen a un residente del otro Estado contratante que también sea el beneficiario efectivo.

Asimismo, veremos cómo se ha abordado esta problemática en la jurisprudencia extranjera, para lo que se hará una breve revisión de lo resuelto recientemente en Canadá en el caso *Husky Energy v The King*.

Entonces, comenzaremos este artículo explicando la posición de la OCDE desde 1977, que sirve de referente para el presente análisis, luego se expondrá el contexto fáctico sobre el que se pronuncia el Oficio N° 210, de 2023, tras lo que se analizarán los argumentos relevantes expuestos en el SII para fundamentar su interpretación, y terminaremos el trabajo con un breve estudio del caso Husky Energy de Canadá, que se refiere a la misma materia.

2. EL BENEFICIARIO EFECTIVO

Para poder entender la institución del beneficiario efectivo, es indispensable primero comprender su origen dentro de las discusiones de los países miembros de la OCDE sobre la titularidad de los derechos concedidos por los convenios sobre doble tributación.

Por ello, abordaremos sucintamente la historia del concepto de beneficiario efectivo, debido a que ella explica la delimitación de este concepto surgido en la OCDE, lo que permitirá tener un punto de referencia para evaluar la interpretación que hace el SII.

2.1. Historia del concepto de beneficiario efectivo

El concepto de beneficiario efectivo apareció públicamente por primera vez en el protocolo de 1966 al convenio de doble tributación entre el Reino Unido y Estados Unidos de 1945¹. No obstante, la autoridad tributaria estadounidense era de la opinión de que dicho concepto estaba implícito en tratados previos².

A nivel de la OCDE, dicho concepto fue incorporado al modelo de convenio tributario del año 1977, en relación a dividendos, intereses y regalías.

En cuanto a los dividendos, el artículo 10, párrafo 1 del modelo de 1977 establecía que los dividendos pagados por una sociedad residente de un Estado contratante a un residente del otro Estado contratante pueden someterse a imposición en ese otro Estado.

En seguida, el párrafo 2 del artículo establecía un límite de tasa del 5% o 15% al Estado de la fuente —el Estado en el cual la compañía que pagaba los dividendos era residente— dependiendo del porcentaje de participación en la entidad pagadora del dividendo. Ahora

¹ BAKER (2012) p. 88.

² HERNÁNDEZ GONZÁLEZ-BARRERA (2020) p. 115.

bien, el artículo 10 estableció que dicha limitación al Estado fuente solo era aplicable si el receptor era el beneficiario efectivo de los dividendos³.

En el modelo de convenio tributario del año 2017, la OCDE señaló que sería contradictorio con el objeto y propósito de los convenios el hecho de que el Estado de la fuente otorgue una desgravación o una exención “en casos en que un residente de un Estado contratante que actúa en calidad de representante o de agente designado perciba el pago de un elemento de renta, basándose exclusivamente en el estatus de residente del otro Estado contratante del receptor directo de la renta”⁴.

Lo mismo se predica de “un residente de un Estado contratante que, sin tener calidad de representante o de agente designado, actúa simplemente como canalizador en favor de otra persona que se beneficia realmente de la renta en cuestión”⁵, es decir, las denominadas estructuras *conduit*.

Continúa la OCDE señalando que “en estos distintos ejemplos (representante, agente designado, sociedad canalizadora de rentas que interviene como fiduciario o administrador) el receptor directo de los dividendos no es el “beneficiario efectivo” porque el derecho del receptor a hacer disposición del dividendo y a disfrutarlos está limitado por una obligación contractual o legal de ceder a otra persona el pago recibido. Esta obligación normalmente vendrá impuesta por los documentos jurídicos pertinentes, pero también podrá deducirse de hechos y circunstancias que prueben que, en esencia, el receptor claramente carece del derecho de hacer disposición del dividendo y de disfrutarlo sin estar limitado por la obligación contractual o legal de ceder a otra persona el pago recibido”⁶.

2.2. Sobre la titularidad del beneficiario efectivo para impetrar los beneficios del convenio cuando no es el receptor directo del dividendo

2.2.1. Modelo de Convenio Tributario del año 1977 de la OCDE

Si bien el texto del modelo señalaba que la limitación al Estado fuente solo era aplicable si el receptor era el beneficiario efectivo de los dividendos, en el comentario 12 al artículo 10, la OCDE señaló que según “el párrafo 2, el límite a la imposición en el Estado de la fuente no está disponible cuando un intermediario, como un agente o mandatario, se interpone entre el beneficiario y el pagador, a menos que el beneficiario efectivo sea residente del otro Estado contratante. Los Estados que deseen una formulación más explícita podrán dársela en el curso de las negociaciones bilaterales”⁷.

³ El texto original en inglés y en francés del año 1977 utiliza los vocablos “*beneficial owner*” y “*bénéficiaire effectif*”, respectivamente. Este último vocablo se parece más a la traducción en español que ha utilizado la OCDE en el modelo. Como señala Baker, a diferencia del término en inglés, aquél en francés “no hace referencia a la propiedad (*ownership*) y enfatiza la cuestión del real beneficiario de la renta”. BAKER (2012) p. 101.

⁴ OCDE (2017) p. 236.

⁵ OCDE (2017) p. 236.

⁶ OCDE (2017) p. 236.

⁷ OCDE (1977) p. 92. Esta es una traducción, ya que los lenguajes en los que está disponible el modelo de dicho año son el inglés y el francés (lenguajes oficiales). La versión en inglés establece: “Under

Entendido a *contrario sensu*, según el comentario, el límite a la tributación del Estado fuente sí aplicaba aun cuando existiere un intermediario, como un agente o mandatario, interpuesto entre el beneficiario y el pagador, siempre que el beneficiario efectivo fuera residente del otro Estado contratante. Es importante que los agentes o mandatarios se conciben como meros ejemplos de intermediarios, siendo este último concepto más amplio, como queda claro de la versión original en inglés y francés del comentario⁸.

Es decir, el comentario suponía una contradicción con el tenor literal del párrafo 2 del artículo 10 del modelo, pues éste establecía que la limitación al Estado fuente solo era aplicable si el receptor era el beneficiario efectivo de los dividendos.

2.2.2. Modelo de Convenio Tributario del año 1995 de la OCDE

El año 1995, en el texto del párrafo 2 del artículo 10 del modelo de convenio tributario de la OCDE, se reemplazó la referencia “si el receptor es el beneficiario efectivo de los dividendos” por “si el beneficiario efectivo de los dividendos es residente del otro Estado Contratante”.

El objeto de esta modificación fue precisar el punto ya levantado en el comentario al artículo 10 en el modelo de convenio de 1977, citado anteriormente, el cual, según la OCDE, “ha constituido la posición que han mantenido todos los Estados miembros”⁹.

Es decir, con la modificación del texto del modelo del convenio en 1995, se establece en el mismo lo que ya se había señalado en el comentario al artículo 10, estando los beneficios del convenio disponibles cuando el beneficiario efectivo no es el receptor de la renta. Como se ha indicado, entender la modificación de otra manera implicaría que ésta no habría tenido ningún motivo¹⁰.

No obstante, de acuerdo con una interpretación literal, la modificación no abarca situaciones en las que el beneficiario efectivo y el receptor de los dividendos residen en países distintos, debido al texto del párrafo 2 del artículo 10, que se refiere a “dichos dividendos”, ligándolo al párrafo 1¹¹.

paragraph 2, the limitation of tax in the State of source is not available when an intermediary, such as an agent or nominee, is interposed between the beneficiary and the payer, unless the beneficial owner is a resident of the other Contracting State. States which wish to make this more explicit are free to do so during bilateral negotiations”; mientras que la versión en francés señala: “En vertu du paragraphe 2, la limitation de l'impôt prélevé dans l'État de la source ne s'applique pas lorsqu'un intermédiaire, tel qu'un agent ou autre mandataire, s'interpose entre le créancier et le débiteur, à moins que le bénéficiaire effectif ne soit un résident de l'autre État contractant. Les États qui souhaiteraient que cela soit formulé de manière plus explicite pourront le faire lors des négociations bilatérales”.

⁸ Al utilizar “such as” y “tel que”, respectivamente. Ver nota al pie anterior para el texto en lenguaje original.

⁹ OCDE (1995) pp. 6, 31. Este informe con las propuestas de modificaciones fue aprobado por el Consejo de la OCDE el 21 de septiembre de 1995.

¹⁰ MALEK (2022-2023) p. 165.

¹¹ MEINDL-RINGLER (2016).

Finalmente, el modelo de convenio de la ONU incorporó en su versión de 2001 la modificación de 1995.

2.2.3. Modelos de Convenio Tributario de los años 1998 y 2000 de la OCDE

Los párrafos 1 y 2 del artículo 10 no fueron modificados por las versiones del modelo de estos años, ni tampoco el comentario respecto a la titularidad del beneficiario efectivo para invocar los beneficios del convenio cuando existe un intermediario.

2.2.4. Modelo de Convenio Tributario del año 2003 de la OCDE

En el modelo de convenio del año 2003, el comentario reformuló la redacción que antes estaba en negativo, sostenido que, a “reserva de otras condiciones que se establezcan en este artículo, la limitación del impuesto del Estado de la fuente se mantiene cuando un intermediario, por ejemplo un agente u otro mandatario, con sede en un Estado contratante o en un tercer Estado, se interpone entre el acreedor y el deudor, pero el beneficiario efectivo es residente del otro Estado contratante. (El texto del Modelo se modificó en 1995 para aclarar esta cuestión, conforme a la posición sistemática de los Estados miembros). Los Estados que deseen una formulación más explícita podrán dársela en el curso de las negociaciones bilaterales”¹².

Se observa, asimismo, que el comentario incluyó que el intermediario podía estar localizado en un Estado contratante o en un tercer Estado. Esto se ha interpretado como una aclaración a lo ya modificado en 1995¹³.

En el mismo sentido, del comentario del año 2003 se puede inferir que la OCDE no veía como un impedimento para sostener tal interpretación el hecho de que el párrafo 2 del artículo 10 mantuviera la redacción “dichos dividendos”, lo que permite argumentar que los cambios posteriores fueron solo clarificaciones para la OCDE.

2.2.5. Modelos de Convenio Tributario de los años 2005, 2008 y 2010 de la OCDE

No se introdujeron modificaciones a los párrafos 1 y 2 del artículo 10 ni al comentario en la parte objeto del análisis.

2.2.6. Modelo de Convenio Tributario del año 2014 de la OCDE

Desde 1995 al año 2014, los párrafos 1 y 2 del texto del artículo 10 del modelo habían señalado lo siguiente, en lo pertinente, que:

1. Los dividendos pagados por una sociedad residente de un Estado Contratante a un residente del otro Estado Contratante pueden someterse a imposición en ese otro Estado.
2. Sin embargo, dichos dividendos pueden también someterse a imposición en el Estado Contratante en que resida la sociedad que pague los dividendos y según la legislación de este Estado, pero si el beneficiario efectivo de los dividendos es un residente del otro Estado Contratante, el impuesto así exigido no podrá exceder del (...).

El problema surgía porque el párrafo 2 del artículo 10 hacía referencia a “dichos dividendos”, es decir, reenviaba al párrafo 1, el cual trataba los dividendos “pagados a”, lo que derivó en

¹² OCDE (2003) p. 145.

¹³ DE BROE (2008) p. 659.

que “aún cabía la duda sobre si los dividendos tienen que ser pagados al beneficiario efectivo residente en el otro Estado Contratante¹⁴.

Como se reconoció al interior de la OCDE, mantener la redacción del párrafo 2 podía dar lugar a la interpretación de que los dividendos debían ser pagados a un residente de un Estado contratante, cual “sería problemático cuando el receptor directo y el beneficio efectivo de los dividendos son residentes de dos Estados distintos”¹⁵. Así, el Grupo de Trabajo N° 1 de la OCDE aclaró que, si bien el comentario al respecto “claramente” rechazaba la interpretación anterior, sugería que algunos Estados podían querer incorporar una redacción más clara en sus tratados¹⁶.

Por lo tanto, el Grupo de Trabajo N° 1 de la OCDE resolvió que, para evitar cualquier incertidumbre, esa redacción más precisa debería incorporarse directamente en el artículo 10. Al mismo tiempo, decidió especificar en el comentario que esta cuestión se abordó mediante dos modificaciones distintas en la redacción del artículo, ya que el cambio de 1995 mencionado en el párrafo 12.2 solo trataba el problema cuando el receptor directo y el beneficiario efectivo de los dividendos son residentes del mismo Estado¹⁷. No obstante, cabe recordar que en el comentario al modelo de 2003 ya se había incluido la referencia de que el intermediario podía residir en un tercer Estado, sin alternar la conclusión final.

Como resultado de lo anterior, el modelo de convenio del año 2014 modificó la redacción del párrafo 2 del artículo 10, eliminando el vocablo “dichos dividendos”, por lo que, en lo que nos interesa, quedó de la siguiente forma:

2. Sin embargo, los dividendos pagados por una sociedad residente de un Estado contratante pueden someterse también a imposición en ese Estado conforme a su legislación, pero si el beneficiario efectivo de los dividendos es un residente del otro Estado contratante, el impuesto así exigido no podrá exceder del (...)

Este cambio dejó de manifiesto de forma prístina que los límites a la imposición en el Estado fuente dependen de que la persona sea beneficiario efectivo y residente del Estado contratante¹⁸. Lo anterior, ya que la nueva redacción del párrafo 2 del artículo 10 “desconecta su ámbito de aplicación de aquél del párrafo 1 del mismo artículo¹⁹.

Como resultado del cambio, un autor ha indicado que la aplicación del artículo 10, párrafo 2, “es autónoma, en el sentido de que el Estado de la fuente debe reducir su tributación si el beneficio efectivo de la renta es residente de otro Estado contratante, sin que requiera una imputación personal de la renta al beneficio efectivo”²⁰. Una posición contraria adopta otro autor, que señala que, a pesar de la modificación, “el convenio solo protege al beneficiario

¹⁴ HERNÁNDEZ GONZÁLEZ-BARREDA (2020) p. 249.

¹⁵ OCDE (2012) pp. 17-18.

¹⁶ OCDE (2012) p. 18.

¹⁷ OCDE (2012) p. 18.

¹⁸ HERNÁNDEZ GONZÁLEZ-BARREDA (2020) p. 249.

¹⁹ HASLEHNER (2022) p. 947. En el mismo sentido, MALEK (2022-2023) p. 166.

²⁰ MALEK (2022-2023) p. 167.

efectivo de la tributación y no tiene efecto en la tributación del receptor directo a ser determinado según la legislación doméstica del Estado de la fuente”²¹.

De lo anterior, surge la duda de si la modificación del párrafo 2 del artículo 10 del modelo en 2014 aclaraba el punto o bien incorporaba un nuevo elemento. Para la OCDE, no es más que una aclaración incorporada al texto del artículo 10, sumada a aquella del año 1995²². Autores han esgrimido que la interpretación previa de la OCDE fue confirmada en 2014²³ y que la “posición consistente de los Comentarios de la OCDE desde temprano deja en claro que solo fue una clarificación”²⁴.

Finalmente, la ONU en el modelo de convenio en su versión de 2021 también eliminó la referencia a “dichos dividendos” del párrafo 2 del artículo 10, lo cual obedeció a “los cambios efectuados al modelo de convenio de la OCDE de los años 1995 y 2014”²⁵.

2.2.7. Modelo de Convenio Tributario del año 2017 de la OCDE

Esta versión mantiene la redacción previa del artículo 10 párrafo 2, salvo en lo requerido para aplicar la tasa reducida del 5%, lo cual no se analiza en este artículo. En los comentarios sobre el límite al Estado fuente cuando hay intermediarios repite la misma idea de los modelos previos.

3. EL OFICIO N° 210 DE 2023 DEL SII

Para entender el caso es necesario partir señalado que quien hizo la consulta pide al SII un pronunciamiento respecto a la obligación de restitución del artículo 63 de la Ley sobre Impuesto a la Renta (LIR), que no es aplicable en el caso de beneficiarios residentes en países con los que se encuentra vigente un convenio sobre doble tributación.

En los hechos, sociedades chilenas repartían dividendos a su accionista directa, una sociedad constituida en Islas Caimán, no estando dicha compañía obligada al pago de impuestos en aquel país por sus rentas de fuente chilena. La propiedad de la mencionada sociedad extranjera recae en su totalidad en una sociedad residente en Canadá.

Según el relato del consultante, la sociedad de Islas Caimán sería una mera “canalizadora de rentas” que, con excepción de la participación societaria señalada, no poseería otros activos ni medios materiales ni humanos de importancia. Además, sus estatutos establecen que las “utilidades distribuibles” —incluidos los dividendos de fuente chilena— se distribuyen simultáneamente a la sociedad canadiense.

En relación al convenio de doble tributación vigente entre Chile y Canadá, el contribuyente que consulta deseaba aclarar si pueden invocarse los beneficios del convenio por los dividendos pagados a la sociedad de Islas Caimán, cuyo beneficiario efectivo es la sociedad residente en Canadá.

²¹ HASLEHNER (2022) p. 948.

²² OCDE (2014) p. 191.

²³ MALEK (2022-2023) p. 166.

²⁴ HERNÁNDEZ GONZÁLEZ-BARRERA (2020) p. 250.

²⁵ NACIONES UNIDAS (2021) p. 316.

Para justificar la aplicación del convenio, el consultante cita el párrafo 12.7 de los Comentarios al artículo 10 del Modelo de Convenio de la OCDE de 2017 y lo establecido en el numeral 16 de la Circular N° 57, de 2009. De esta manera, en su opinión, que solicita confirmar, no aplicaría la obligación de restitución de la LIR o, de aplicar, la sociedad canadiense podrá acogerse a la tasa máxima de retención del 10% sobre dichos dividendos conforme al artículo 10, párrafo 2, letra a), del convenio con Canadá.

El SII, en relación a la aplicación del artículo 10 del convenio, concluyó que siendo “la sociedad de Islas Caimán (en su calidad de accionista de las sociedades chilenas) el sujeto pasivo del impuesto adicional sobre las cantidades distribuidas por tales sociedades no es aplicable el artículo 10 del Convenio, toda vez que los dividendos no son pagados a un residente en Canadá, sino a un residente de un país con el cual Chile no tiene un convenio tributario vigente”.

Tras eso, la autoridad fiscal agregó que, “respecto de la aplicación del Convenio, se hace presente que el párrafo 2 de su artículo 10, sobre tributación de los dividendos, dispone la obligación del Estado de la fuente de la renta (Chile), de otorgar los beneficios del Convenio únicamente en el caso en que los dividendos pagados por las sociedades chilenas a un residente de un Estado Contratante y que ese residente también es el beneficiario efectivo de los dividendos”.

Como veremos a continuación, la conclusión expresada por el SII no está alineada con la postura de la OCDE sobre la materia y omite dar respuesta a cuestiones relevantes que se plantean.

4. ANÁLISIS DEL OFICIO N° 210 DE 2023 DEL SII

Uno de los temas complejos tratados en el ámbito del derecho tributario internacional es aquél referente a los conflictos en la atribución de renta a una persona. Se ha sostenido que no es tan clara la relación entre la conexión entre una persona y una renta para efectos de un convenio, el requisito de ser beneficiario efectivo, y la atribución de la renta según la legislación doméstica²⁶.

De la lectura del oficio, queda de manifiesto que, a nivel de legislación interna, el SII imputa o atribuye el dividendo al accionista directo de la sociedad chilena, dada su calidad de tal y, por lo mismo, no lo exime de la obligación de restitución por residir en un país que no tiene un convenio de doble tributación vigente con Chile. La cuestión es qué se debe concluir para efectos del tratado, ya que al no ser deducible el impuesto de primera categoría del impuesto adicional, podrían aplicar las tasas reducidas del párrafo 2 del artículo 10 del convenio con Canadá.

Para ello, en primer lugar, corresponde citar la norma legal relevante del convenio para evitar la doble tributación internacional entre Chile y Canadá, suscrito en 1998 y publicado en el Diario Oficial en el año 2000, que es aquél que el consultante invoca como potencialmente aplicable, es decir, el artículo 10, el cual, en lo pertinente, indica:

²⁶ WHEELER (2007) p. 22.

1. Los dividendos pagados por una sociedad residente de un Estado Contratante a un residente del otro Estado Contratante pueden someterse a imposición en ese otro Estado.
2. Sin embargo, dichos dividendos pueden también someterse a imposición en el Estado Contratante en que resida la sociedad que pague los dividendos y según la legislación de este Estado, pero si el beneficiario efectivo de los dividendos es un residente del otro Estado Contratante, el impuesto así exigido no podrá exceder del (...).

Es posible advertir que la redacción de la norma sigue aquella contemplada en el modelo de convenio tributario de la OCDE en 1995, lo cual está en línea con el hecho de que el convenio fue suscrito en 1998.

En el oficio, el SII no se pronuncia expresamente respecto de si la sociedad canadiense es o no la beneficiaria efectiva del dividendo recibido de forma directa por la sociedad de Islas Caimán. Tampoco analiza el concepto de beneficiario efectivo, el cual había sido tratado por el SII en la Circular N° 57 de 2009, la cual ni siquiera es citada.

En la circular de 2009, siguiendo a la OCDE, se establece que el concepto de intermediario es más amplio que el de agente o mandatario, rechazando que una “sociedad instrumental” sea calificada como beneficiaria efectiva, ya que solo canaliza rentas a una persona de un tercer Estado. Es justamente este punto el que trató de levantar el consultante en su relato para fundamentar que, en su opinión, la sociedad de Islas Caimán era una sociedad instrumental o canalizadora, al no poseer otros activos relevantes y tener el deber, según sus estatutos, de transferir la renta a la sociedad canadiense.

Este no es un punto que haya sido obviado por la doctrina tributaria internacional en relación al concepto de beneficiario efectivo, al haberse señalado que “una subsidiaria controlada en un 100%, que podría ser obligada por sus accionistas a distribuir todas sus utilidades, podría ser considerada una mandataria de sus accionistas, dependiendo de las circunstancias fácticas”²⁷.

A pesar de la falta de pronunciamiento expreso al respecto, asumiendo que la sociedad canadiense fuera la beneficiaria efectiva de los dividendos, la conclusión del SII habría sido la misma, ya que recurre al texto del artículo 10 del convenio para descartar que aplican las tasas reducidas como un límite a la imposición en Chile.

En línea con lo anterior, en su conclusión, el SII afirma que los beneficios del convenio proceden únicamente en el caso en que los dividendos sean “pagados por las sociedades chilenas a un residente de un Estado Contratante y que ese residente también es el beneficiario efectivo de los dividendos”.

La autoridad tributaria no esgrime ningún argumento para su afirmación sobre que el párrafo 2 del artículo 10 del convenio exige que el receptor del dividendo sea el beneficiario efectivo de éste, lo que impide saber a ciencia cierta si se justifica en la frase “dichos dividendos” que aparece en el convenio con Canadá, vinculando el párrafo 2° con el párrafo

²⁷ VOGEL (1997) pp. 562-563.

1° del artículo 10, y que no fue excluida del modelo de la OCDE sino hasta 2014, a pesar de que se ha sostenido que se trataría solo de una clarificación de algo ya zanjado²⁸.

Tampoco se hace cargo de lo indicado desde 1977 en los comentarios de la OCDE al artículo 10, que, aunque no son jurídicamente vinculantes, interpretan que aplica el límite al Estado fuente cuando el beneficiario efectivo de los dividendos es residente del otro Estado Contratante, aun cuando se interponga un intermediario. ¿Será porque el SII estima que el único comentario aplicable es aquel contenido en el modelo de 1995, del cual se ha señalado que no se refiere a casos en que el beneficiario efectivo de la renta reside en un Estado distinto del receptor inmediato de ella, por la redacción del párrafo 2 del artículo 10²⁹? ¿El SII es de la opinión de que las modificaciones posteriores a 1995 no cumplen un rol meramente clarificador?

A mayor abundamiento, si bien Chile ingresó como miembro de la OCDE en 2010, es decir, más de una década después de suscrito el convenio con Canadá, el SII en la Circular N° 57 de 2009 —con el modelo de convenio del artículo 10 sin las modificaciones de 2014— incorpora directrices de la OCDE cuya relevancia recalca para efectos de entender el concepto de beneficiario efectivo. En una de ellas, establece que “cuando el receptor de la renta es residente de un Estado con el cual Chile tiene un convenio para evitar la doble tributación (CDTI) vigente o de un tercer Estado sin CDTI y tal persona se encuentra actuando sólo como un mero agente o intermediario del beneficiario efectivo de la renta, el cual tiene residencia en un Estado con el cual Chile tiene un CDTI, el CDTI aplicable será aquel vigente entre Chile y el Estado de residencia del beneficiario efectivo de la renta”.

Es decir, el SII en la circular referida hizo suya la conclusión del comentario que hemos analizado en este artículo (incluso antes de la modificación del 2014 al artículo 10 del modelo de la OCDE), causando perplejidad que el Oficio N° 210 de 2023 haya obviado cualquier alusión a éste, aun para descartar su aplicación, máxime cuando la circular y el comentario habían sido citados por el consultante.

Por otra parte, en el modelo de convenio de la OCDE del año 2010, Chile no representó ninguna observación referente al comentario en análisis. Tampoco lo hizo en los modelos de convenio de 2014 ni de 2017. Esta situación de divergencia de la autoridad tributaria chilena de la interpretación efectuada en los comentarios al modelo de la OCDE sin que Chile haya presentado observaciones a ella no es inédita³⁰.

Por lo mismo, quedan las siguientes dudas del oficio que a mi juicio no fueron tratadas:

1. Para efectos del convenio, ¿es la sociedad canadiense la beneficiaria efectiva de los dividendos? Esta pregunta es importante dada la complejidad que ha causado la definición

²⁸ Como fue abordado previamente en este artículo en relación a las modificaciones al modelo de la OCDE de 2014.

²⁹ El SII ya ha usado para interpretar convenios aquellos comentarios contenidos en versiones del modelo de convenio de la OCDE posteriores a la fecha de suscripción del convenio. Al respecto, ver el Oficio N° 1052 de 2019, que estima que las aclaraciones al concepto de beneficiario efectivo del Modelo de Convenio del año 2017 complementan lo expresado en la Circular N° 57 de 2009.

³⁰ Véase VERGARA QUEZADA (2023) p. 78.

de beneficiario efectivo en las distintas jurisdicciones, especialmente cuando existen sociedades instrumentales (*conduit companies*) que son legalmente las propietarias de la renta.

2. ¿El argumento del SII para rechazar la aplicación del convenio se basa en el empleo del párrafo 2 del artículo 10 de las palabras “dichos dividendos”? La relevancia de esta pregunta es por los otros convenios que utilizan la misma redacción.

3. ¿El argumento del SII para rechazar la aplicación del convenio se basa en la opinión de que el tratado no tiene efecto en la tributación de la entidad de Islas Caimán? La respuesta es importante incluso para convenios que se basen en modelos con la redacción del modelo desde el año 2014.

4. ¿Las modificaciones posteriores a 1995 efectuadas por la OCDE en su modelo de convenio y comentarios en la materia no cumplen un rol de simple aclaración para el SII?

5. JURISPRUDENCIA EXTRANJERA RECIENTE: EL CASO HUSKY ENERGY

Este caso resuelto en diciembre de 2023 por un tribunal canadiense versa sobre la tasa de impuesto de retención a dividendos pagados por sociedades residentes en Canadá a sociedades residentes en Luxemburgo, las cuales detentaban las acciones en virtud de un préstamo de valores de parte de entidades residentes en Barbados.

Por el préstamo, las entidades de Luxemburgo debían pagar montos de compensación a las prestatarias, equivalentes a "todos los dividendos, si los hubiere, pagados sobre los valores prestados que el prestatario habría recibido si hubiera mantenido los valores prestados, en una fecha que las partes acuerden de tiempo en tiempo, pero en ningún caso después de la fecha de término de la transacción"³¹.

El convenio de doble tributación entre Canadá y Barbados establecía una tasa del 15% de impuesto de retención para dividendos, mientras que el convenio entre Canadá y Luxemburgo solo una tasa de 5%. Ambos convenios no contenían la frase del modelo de la OCDE previo al año 1995, que exigía que el receptor fuera el beneficiario efectivo de los dividendos.

El contribuyente, Husky Energy Inc. retuvo un 5% de impuesto por el pago de los dividendos a los dos accionistas residentes en Luxemburgo.

La autoridad tributaria canadiense interpretó que debiera haber aplicado la tasa del 15% según el convenio entre Canadá y Barbados, en vez del 5%, por lo tanto, existía una diferencia de impuestos de un 10%. En su liquidación de impuestos, aduce que las entidades de Barbados eran las beneficiarias efectivas de los dividendos y no las sociedades de Luxemburgo.

El tribunal señaló que la pregunta sobre si las entidades de Luxemburgo son beneficiarias efectivas de los dividendos según el Artículo 10(2) del convenio entre Canadá y Luxemburgo no surgía en el contexto de la ley doméstica, que no descansa en el concepto de beneficiario

³¹ Considerando 268.

efectivo, recayendo la obligación tributaria en las sociedades extranjeras a las cuales Husky Energy Inc. pagó los dividendos³².

A mayor abundamiento, el tribunal señala que sin importar qué entidades eran las beneficiarias efectivas de los dividendos, como Husky Energy Inc. no pagó los dividendos a las entidades de Barbados, la norma local no aplicaba para someterlas a tributación³³.

El tribunal interpretó que el artículo 10 de los convenios de Canadá con Barbados y Luxemburgo contiene un requisito básico: “que una compañía residente en uno de los Estados contratantes haya pagado un dividendo a un residente del otro Estado contratante”³⁴. Luego, en relación al convenio entre Canadá y Barbados, que la autoridad fiscal aducía debía haber aplicado al ser los beneficiarios efectivos residentes de Barbados, el juez esgrimió que el artículo 10 no puede aplicar a los dividendos porque Husky Energy Inc. no pagó los dividendos a un residente de Barbados, por lo tanto, la tasa del 15% no aplica³⁵.

Luego, el juez se abocó al análisis de si las sociedades de Luxemburgo eran las beneficiarias efectivas o no de los dividendos. Al respecto señaló:

Bajo los acuerdos de préstamo de valores, las empresas residentes en Luxemburgo no disfrutaron de nada más que la custodia temporal de los fondos recibidos como pago de los dividendos. Los pagos de compensación fueron pre ordenados por los términos de las solicitudes de préstamo, y esta pre ordenación aseguró que en todo momento, los entidades de Barbados mantuvieran sus derechos al valor económico total de los dividendos”³⁶.

Por las razones anteriores, las entidades residentes en Luxemburgo no eran las beneficiarias reales de los dividendos para los fines del Artículo 10(2) porque estaban legalmente obligadas desde el inicio de los acuerdos de préstamo de valores a devolver el monto total de los dividendos a las sociedades de Barbados en forma de pagos de compensación. Esto debía ocurrir a más tardar aproximadamente siete semanas después del inicio de los acuerdos de préstamo de valores³⁷.

El tribunal finalmente concluye que “en consecuencia, las entidades de Luxemburgo no tenían derecho al beneficio de las tasas reducidas del impuesto de la Parte XIII previsto en el Artículo 10(2) y, para los fines de las subsecciones 215(1) y (6), el monto del impuesto bajo la Parte XIII que Husky estaba obligado a retener y remitir con respecto a los dividendos era del 25% de los dividendos”³⁸.

Como ha señalado la doctrina, el juez -tal como hizo el SII chileno en el Oficio N° 210 de 2023- no siguió el comentario de la OCDE analizado en este artículo, sobre la titularidad del beneficiario efectivo para invocar los beneficios del convenio cuando se interpone un intermediario en un tercer Estado³⁹. Asimismo, tampoco argumentó su desviación de dicho

³² Considerandos 237, 238 y 239.

³³ Considerando 244.

³⁴ Considerando 240.

³⁵ Considerando 261.

³⁶ Considerando 277.

³⁷ Considerando 285.

³⁸ Considerando 286.

³⁹ KUŹNIACKI (2024).

comentario, considerando que Canadá, miembro fundador de la OCDE, no ha hecho observaciones al comentario de dicho organismo al artículo 10.

Finalmente, se ha establecido que la decisión contrasta con la adoptada por el Conseil d'État francés en el caso Planet⁴⁰ sobre regalías, en el que se decidió que sí aplica el convenio del Estado de la fuente con el Estado del beneficiario efectivo aun cuando se interponga un intermediario en un tercer Estado que recibe el pago directamente, basándose en los comentarios a los modelos de la OCDE de 1977, 1997, 2003, 2014 y 2017⁴¹. Esta decisión es interesante, ya que el convenio en análisis era de 1979 y expresamente disponía que el Estado de la fuente limitaba su tributación si el receptor era el beneficiario efectivo de la regalía.

6. CONCLUSIONES

El concepto de beneficiario efectivo fue introducido al modelo de convenio tributario de la OCDE en 1977. En el artículo 10, sobre dividendos, se estableció una limitación a la tributación del Estado fuente aplicable si el receptor era el beneficiario efectivo de los dividendos. No obstante, el comentario a dicho modelo establecía que el límite a la tributación del Estado fuente sí aplicaba aun cuando existiere un intermediario, como un agente o mandatario, interpuesto entre el beneficiario y el pagador, siempre que el beneficiario efectivo fuera residente del otro Estado contratante.

En el modelo de convenio del año 1995, la OCDE reemplazó en el texto del párrafo 2 del artículo 10, la exigencia de que el receptor fuera el beneficiario efectivo de los dividendos, bastando para limitar la tributación del Estado que el beneficiario efectivo de los dividendos fuera residente del otro Estado Contratante.

En el modelo del año 2003, la OCDE incluyó en el comentario al artículo 10 que el intermediario podía estar localizado en un Estado contratante o en un tercer Estado, sin alterar la conclusión sobre la aplicación del límite al Estado de la fuente cuando el beneficiario efectivo fuera residente del otro Estado contratante.

En el modelo del año 2014, se modificó el texto del párrafo 2 del artículo 10, para evitar dudas sobre la aplicación del límite a la imposición en el Estado fuente cuando el receptor directo del dividendo estaba situado en un tercer Estado. La nueva redacción desconectó el ámbito de aplicación del párrafo 2 del párrafo 1 del mismo artículo.

El Oficio N° 210, de 2023, no analiza el concepto de beneficiario efectivo a la luz del relato del consultante, afirmando que los beneficios del convenio proceden únicamente en el caso en que los dividendos sean pagados por las sociedades chilenas a un residente de un Estado Contratante y que ese residente también es el beneficiario efectivo de los dividendos.

La argumentación de la autoridad tributaria impide saber a ciencia cierta si se justifica en la redacción del párrafo 2 del artículo 10, que sigue el lenguaje previo a la modificación del modelo de la OCDE de 2014. Tampoco se hace cargo del comentario al modelo de la OCDE, recogido en una circular del año 2009, a pesar de que Chile no representó ninguna

⁴⁰ SCHWARZ (2024).

⁴¹ Conseil d'État, 20 de mayo de 2022, Caso N° 444451, Société Planet, considerando 3°.

observación referente al comentario en análisis en dicho modelo, luego de su entrada a la OCDE.

En Canadá, en el caso Husky Energy, el tribunal también adoptó un criterio similar al del SII, al argumentar que los convenios analizados requerían que una compañía residente en uno de los Estados contratantes haya pagado un dividendo a un residente del otro Estado contratante, negando la aplicación del convenio de Canadá con el del Estado del beneficiario efectivo cuando el pago lo recibía directamente un intermediario en un tercer Estado. Esto ha sido objeto de críticas por la doctrina y se opone a lo resuelto por el Conseil d'État francés el año 2022 en el caso Planet, sobre regalías.

8. BIBLIOGRAFÍA

- BAKER, Philip (2012). Chapter 6: The Meaning of “Beneficial Ownership” as Applied to Dividends under the OECD Model Tax Convention, en MAISTO, G. (ed.) *Taxation of Intercompany Dividends under Tax Treaties and EU Law*, IBFD, pp. 87-102.
- DE BROE, Luc (2008). *International Tax Planning and Prevention of Abuse* (IBFD).
- HASLEHNER, Werner (2022). Article 10: Dividends, en REIMER, Ekkehart y RUST, Alexander (eds.) *Klaus Vogel on Double Taxation Conventions* (5° ed, Wolters Kluwer, pp. 901-1009).
- HERNÁNDEZ GONZÁLEZ-BARRERA, Pablo (2020). *Beneficial Ownership in Tax Law and Tax Treaties* (Oxford).
- MALEK, Benjamin (2022-2023). Beneficial Ownership and Income Receipt under Double Taxation Conventions: Considerations following the Planet Case, *ASA*, Vol. N° 91, N°4, pp. 161-192.
- MEINDL-RINGLER, Angelika (2016). *Beneficial ownership in international tax law* (Kluwer Law International).
- NACIONES UNIDAS (2021). *Model Double Taxation Convention Between Developed and Developing Countries* (UN).
- OCDE (1977). *Model Double Taxation Convention on Income and Capital* (OCDE).
- OCDE (1995). *The 1995 Update to the Model Tax Convention* (OCDE), p. 6, 31. Este informe con las propuestas de modificaciones fue aprobado por el Consejo de la OCDE el 21 de septiembre de 1995.
- OCDE (2003). *Model Double Taxation Convention on Income and on Capital Condensed Version* (OCDE).
- OCDE (2012). *The Meaning of Beneficial Owner Revised Discussion Draft* (OCDE).
- OCDE (2014). *Model Tax Convention on Income and on Capital: Condensed Version* (OCDE Publishing).
- OCDE (2017). *Modelo de Convenio Tributario sobre la Renta y sobre el Patrimonio: Versión Abreviada 2017* (OCDE).

VERGARA QUEZADA, Gonzalo (2023). Regalías y los convenios para evitar la doble tributación suscritos por Chile, *Revista de Derecho Tributario Universidad de Concepción*, Vol. N° 13, pp. 75-107.

VOGEL, Klaus (1997). Klaus Vogel on Double Taxation Conventions (3a ed., Kluwer Law International).

WHEELER, Joanna (2007). General Report, *Cahiers de Droit Fiscal International*, Vol. N° 92b, pp. 17-58.

Otros

KUŹNIACKI, Błażej (2024), BO Bites Husky, GAAR Remains Toothless – Part II. The (Toxic) Relationship of BO and GAAR in Light of the Husky Energy case, *Kluwer International Tax Blog* [en línea]. Recuperado en https://kluwertaxblog.com/2024/04/24/bo-bites-husky-gaar-remains-toothless-part-ii-the-toxic-relationship-of-bo-and-gaar-in-light-of-the-husky-energy-case/#_ftnref11. [2024, 10 de junio].

SCHWARZ, Jonathan (2024), Stock lending -beneficial ownership and tax avoidance- again!, *Kluwer International Tax Blog* [en línea]. Recuperado en <https://kluwertaxblog.com/2024/02/12/stock-lending-beneficial-ownership-and-tax-avoidance-again/>. [2024, 10 de junio].

Textos normativos

Convenio para evitar la doble tributación entre Chile y Canadá, suscrito el 21 de enero de 1998.

Jurisprudencia extranjera

Husky Energy Inc. v The King, 2023 TCC 167 (CANLII).

Caso N° 444451, Société Planet, Conseil d'État, 20 de mayo de 2022.

Doctrina administrativa

Oficio N° 210 de 2023 del SII.

Circular N° 57 de 2009 del SII.