

LEY Nº 20.544 QUE REGULA EL TRATAMIENTO TRIBUTARIO DE LOS INSTRUMENTOS DERIVADOS

I NUEVA LEY

La Ley Nº 20.544 que regula el tratamiento tributario de los instrumentos derivados fue promulgada el día 14 de octubre de esta año y posteriormente publicada en el Diario Oficial con fecha 22 de octubre del presente año (en adelante la "Ley").

II CONTENIDO DE LA LEY Nº 20.544.

Consiste en dar un tratamiento orgánico a los contratos de derivados –los cuales en nuestro ordenamiento jurídico no poseen regulación legal alguna–, proporcionando una mayor certeza a los contribuyentes que operen con dichos instrumentos, fomentándolos, para que éstos puedan neutralizar los diversos riesgos asociados al intercambio de bienes y servicios, sin la incertidumbre tributaria que traen aparejados.

Es posible agrupar el contenido de la Ley en siete categorías: (1) definición legal de los contratos derivados; (2) establecimiento de reglas sobre determinación de la fuente de la renta y, (3) cuál es su naturaleza; (4) reconocimiento de ingresos y deducción de gastos; (5) facultad de los contribuyentes para celebrar contratos con partes relacionadas; (6) Facultades del S.I.I. y; (7) regulación especial aplicable a las opciones.

III INTRUMENTOS DERIVADOS.

Si bien la Ley, en su artículo 1º menciona que: “los contratos definidos como derivados en el artículo siguiente, se sujetarán, junto con las operaciones e instrumentos que recaigan sobre ellos, al régimen tributario establecido en la presente ley”, éste no se hace cargo de definir lo que es un instrumento derivado, lo cual se torna un requisito esencial para esta Ley, al buscar fomentar su aplicación no solo por los inversionistas más sofisticados –como lo son los bancos y grandes empresas– sino que también, por las pequeñas y medianas empresas, a la que se les pretende extender el conocimiento de estos instrumentos.

Con todo, el Banco Central en su Compendio de Normas Financieras, los ha definido de la siguiente manera: “se considerará producto derivado toda operación, contrato o convención cuyo resultado financiero dependa o esté condicionado a la variación o evolución del precio o rentabilidad de otro activo o combinación de ellos, y que sea pagadero en el país en moneda nacional”¹. Asimismo, la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras explica que: “gracias a los derivados, por ejemplo, es posible que una persona que haga un negocio por el cual le van a pagar en dólares dentro de unos meses más, logre fijar hoy el precio de cambio de la moneda de Estados Unidos para dicha operación. De esa manera, aunque el dólar suba o baje, quien hizo esa operación dejará de preocuparse por el valor futuro del dólar, puesto que sabrá de antemano cuántos pesos va a recibir por los dólares que obtendrá como pago”².

Sin perjuicio de lo anterior, la historia fidedigna del establecimiento de esta Ley da cuenta que el mercado –al tener una esencia dinámica, variable y compleja–, no permite hacer una enumeración taxativa de los instrumentos que en esta Ley se regulan tributariamente, siendo necesario solo entregar directrices generales, permitiendo la aplicación de los instrumentos derivados mencionados más abajo, no solo en su comprensión jurídica única, sino que también en la combinación que se pudiera ejercitar entre ellos, como asimismo, los demás contratos que

¹ Banco Central. Compendio de Normas Financieras. Capítulo II D.1. Contratos con Productos Derivados en el Mercado Local [en línea]. <<http://www.bcentral.cl/normativa/normas-financieras/pdf/CapIIID1.PDF>>. [25 de octubre de 2011].

² Banca Fácil. ¿Qué son los Derivados? [en línea]. <<http://www.bancafacil.cl/bancafacil/servlet/Contenido?indice=1.2&idPublicacion=400000000000112&idCategoria=9>>. [23 de mayo de 2011].

cumplan con los requisitos copulativos que en la Ley se mencionan, además de aquellos reconocidos por la Superintendencia de Valores y Seguros (“SVS”), la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras (“SBIF”) y el Banco Central (“BC”).

De esta manera, la Ley presenta como contratos o instrumentos derivados, a saber:

1. Forwards: Acuerdo entre dos partes, por el cual se comprometen a intercambiar una cierta cantidad de un activo en una fecha futura a un precio determinado³.
2. Futuros: Se asemeja al contrato anterior, con la diferencia de que no se acuerda entre dos partes, sino que a través de una bolsa organizada, lo que obliga a que los contratos sean estandarizados⁴.
3. Swaps: Contrato financiero entre dos partes que acuerdan intercambiar flujos de caja futuros de acuerdo a una fórmula preestablecida. Se trata de contratos hechos con el objetivo de satisfacer necesidades específicas de quienes los firman, lo que lo hace similar a los Forward, en el sentido de que no se transan en bolsas organizadas⁵.
4. Opciones: Instrumento derivado que en virtud del pago de un precio o prima otorga a su poseedor o titular, el derecho, pero no la obligación, para comprar o vender un activo a un precio determinado y durante un periodo de tiempo acordado, o al término de una fecha prefijada.
5. Demás contratos: Requisitos copulativos:
 - i. Que su valor sea establecido en función de una o más variables.
 - ii. Que no requieran inversión inicial o ésta sea significativamente inferior a la del activo subyacente.

³ Óp. Cit. ¿Qué son los Forwards? [en línea]. <<http://www.bancafacil.cl/bancafacil/servlet/Contenido?indice=1.2&idPublicacion=400000000000108&idCategoria=9>>. [23 de mayo de 2011].

⁴ Óp. Cit. ¿Qué son los Futuros? [en línea]. <<http://www.bancafacil.cl/bancafacil/servlet/Contenido?indice=1.2&idPublicacion=400000000000109&idCategoria=9>>. [23 de mayo de 2011].

⁵ Óp. Cit. ¿Qué son los Swaps? [en línea]. <<http://www.bancafacil.cl/bancafacil/servlet/Contenido?indice=1.2&idPublicacion=400000000000110&idCategoria=9>>. [23 de mayo de 2011].

iii. Que su liquidación se realice a fecha futura.

A pesar de cumplir con estos requisitos, no serán considerados instrumentos derivados:

- i. Contratos de préstamo o arrendamiento de valores en operaciones bursátiles de ventá corta.
- ii. Stock-options.
- iii. Seguros.
- iv. Contratos cuyo valor se establezca en función de variables que dependan de fenómenos de la naturaleza.
- v. Compraventa de activos financieros.
- vi. Contratos de suministro o derecho a futuro de servicios o activos físicos.
- vii. Compromisos para la obtención de préstamos.
- viii. Garantías financieras.

IV FUENTE DE LA RENTA

Para efectos de esta Ley y el artículo 10 de la LIR, se consideran como rentas de fuentes chilenas, las que son del resultado de aplicar el principio de residencia. De esta manera se consideran rentas tributables las que provengan de (a) resultados percibidos o devengados por contribuyentes domiciliados o residentes en el país, (b) resultados percibidos o devengados por establecimientos permanentes de contribuyentes sin domicilio o residencia en el país y (c) rentas que provienen de derivados que se liquiden mediante entrega física de acciones o derechos de sociedades constituidas en Chile.

V NATURALEZA DE LAS RENTAS

En el artículo 4º de la Ley, se establece que los ingresos producto de los derivados son constitutivos de renta sujetos al impuesto de primera categoría de acuerdo a lo establecido en el artículo 20 Nº 5 de la LIR.

Acto seguido, establece una exención del impuesto de primera categoría a los contribuyentes de primera categoría, en la medida que no deban acreditar renta alguna, percibida o devengada, mediante contabilidad completa.

VI RECONOCIMIENTO DE INGRESOS Y DEDUCCIÓN DE GASTOS

6.1 Gastos

En materia de gastos, se consideran los desembolsos incurridos con ocasión de la celebración de un contrato derivado, cumpliéndose los requisitos del artículo 31 de la LIR, permitiéndose esta deducción aún cuando no se relacionen con su giro.

En el caso de los gastos pagados o adeudados al exterior, se consideran los mismos requisitos enunciados anteriormente, agregándose que, no deben haber sido contratados en paraísos tributarios, además de que su contratación haya sido realizada en bolsas de valores nacionales e internacionales o fuera de ellas, en conformidad de acuerdos marco elaborados por asociaciones privadas o públicas extranjeras o mediante confirmaciones que hagan referencia a tales modelos de contratos.

Si no cumplieren con los requisitos antes dichos, se entenderán que los desembolsos efectuados en base al contrato de derivado, serán gastos rechazados.

6.2 Ingresos

En lo que toca a los ingresos, se debe reconocer los resultados provenientes de derivados sobre base percibida. Por su parte, los contribuyentes afectos exclusivamente al IGC o adicional, deben reconocer también, los resultados de derivados sobre igual base.

Lo anterior no es aplicable a los contribuyentes de primera categoría, quienes poseen un sistema especial, los cuales podrán deducir los gastos y reconocer ingresos según:

- i) Corrección monetaria: De la misma forma que el activo subyacente, de acuerdo al artículo 41 de la LIR;

- ii) Justo valor o razonable: Entendiéndose por este, la cantidad por la que pueda ser intercambiado un activo o cancelado un pasivo, entre compradores y vendedores interesados y debidamente informados, en condiciones de independencia mutua.

VII CELEBRACIÓN DE CONTRATOS CON PARTES RELACIONADAS

Se faculta expresamente a los contratantes de instrumentos derivados, realizarlos con contraparte relacionada, en los términos establecidos en las normas de la Ley Nº 18.045 de Mercado de Valores, siempre y cuando se efectúen en condiciones de mercado. Para estos efectos la operación debe llevarse a cabo en los términos enunciados para la deducción de los gastos pagados o adeudados en el extranjero, esto es, que hayan sido contratados en bolsas de valores nacionales e internacionales o fuera de ellas, en conformidad de acuerdos marco elaborados por asociaciones privadas o públicas extranjeras o mediante confirmaciones que hagan referencia a tales modelos de contratos.

Si no cumplieren con los requisitos antes dichos, se entenderán que los desembolsos efectuados en base al contrato de derivado, serán gastos rechazados.

VIII FACULTAD DEL SERVICIO DE IMPUESTO INTERNOS

8.1 Norma de Control

La Ley establece una norma de control, facultando al S.I.I. para efectuar la verificación del cumplimiento de los requisitos y condiciones que se señalan en la misma, pudiendo aplicar los impuestos que correspondan a las operaciones de que se trate, en la medida que se cumpla de ciertos requisitos y condiciones.

En estos casos, el contribuyente afectado, tendrá el derecho a reclamar contra la totalidad o de alguna de las partidas o elementos de dicha liquidación o resolución, según las reglas generales, estableciéndose

se como novedad a la legislación tributaria, que mientras se encuentre pendiente la decisión de las mismas, se suspenderá el devengo de los intereses moratorios que establece el Código Tributario.

8.2 Norma de fiscalización

Los contribuyentes deberán enviar al S.I.I., una declaración jurada, en la cual se informe de las transacciones de derivados que hayan efectuado, debiendo mantener un registro de esas transacciones, los cuales tendrán que estar a disposición de dicho Servicio para cuando los requiera.

8.3 Facultad de Tasación

Asimismo, el S.I.I. podrá tasar los precios o valores pactados por las partes en los contratos de derivados, en los casos que sean notoriamente inferiores o superiores a los corrientes en plaza o de los que normalmente se cobren en convenciones de similar naturaleza.

IX REGULACIÓN DE LAS OPCIONES

La regulación de las opciones están definidas en la Ley, según lo dispuesto en la sección III, de este artículo. Estableciéndose que al igual que los demás derivados, los contribuyentes deberán reconocer sus resultados sobre base percibida, a excepción de los contribuyentes de 1ª Categoría, obligados a determinar sus rentas efectivas según contabilidad completa, los cuales podrán optar por los métodos de la corrección monetaria o justo precio. Las ganancias de capital de las opciones, se determinan bajo el régimen tributario que corresponda al activo subyacente de acuerdo a las reglas generales de la LIR, tratándose de ingresos originados por las cesiones o transferencias que efectúen los titulares o tomadores de las opciones de valores del país. Se hacen aplicables de forma supletoria a las opciones, las disposiciones relativas a la generalidad de los instrumentos derivados y su tributación.

ASPECTOS TRIBUTARIOS DEL SISTEMA DE STOCK OPTION EN CHILE

I INTRODUCCIÓN

El profesor Puelma define la acción como “una cuota o parte del capital de una sociedad anónima reflejada en un título valor”¹. Por su parte, Schmitz define las opciones sobre acciones o stock option como “un contrato que materializa un sistema de compensación laboral o de otra índole, mediante el cual se otorga al trabajador la facultad de ejercer la opción de comprar, en un plazo determinado y a un precio preferente y también predeterminado, acciones de la sociedad anónima abierta o cerrada, con la cual se relaciona directa o indirectamente a través de su contrato de trabajo”².

Los objetivos de esta institución sobrepasan por mucho la función remuneradora de la opción de compra de acciones a un precio preferencial. En efecto, mediante este mecanismo se pretende crear un vínculo mayor con los trabajadores, principalmente ejecutivos, con la sociedad a la vez que permite encausar los intereses de accionistas y directivos hasta una causa común. No obstante, suele argumentarse en contra de lo anterior que una participación de los trabajadores como accionistas hace

¹ PUELMA ACORSSI, Alvaro. Sociedades, Tomo II, Editorial Jurídica de Chile. pág. 470.

² SCHMITZ VACCARO, Christian. Revista Chilena de Derecho, Chile, Vol 29 N° 3 pp. 557-572 (2002).

que los actos que ejecuten estos últimos sean muy conservadores, lo que puede a la larga provocar un perjuicio a la sociedad anónima³.

II TRATAMIENTO TRIBUTARIO

En relación con el tratamiento tributario en Chile dado a los Stock Options (SOPs) y pese a la falta de un tratamiento detallado, podemos señalar que el Servicio de Impuestos Internos ("SII") ha sostenido por años que no existe hecho imponible o evento tributable al momento de la entrega de los SOPs a los beneficiarios. De acuerdo con esta interpretación, existiría un evento tributable solo cuando el beneficiario, enajena las acciones que recibió en forma de opciones, estando sujeta la eventual ganancia de capital a las normas generales. La interpretación anterior se basa, principalmente, en dos oficios dictados por el SII, a saber, oficio No 3.307 y oficio Nº 4.387 ambos de 2001. La mencionada jurisprudencia administrativa señala que la compra de una acción en un valor inferior o superior al de su cotización bursátil, no genera para el adquirente resultados tributarios reconocidos como tales por la Ley de la Renta en el momento de la compra de estos valores, sino que dicho resultado tributario, de mantenerse, es reconocido por el referido texto legal sólo con ocasión de la enajenación.

No obstante lo anterior, durante el año 2004, el Servicio de Impuestos Internos, a través de del oficio Nº 2.567, al referirse a los criterios que deben ser aplicados a ciertos planes especiales de compensación hace ver ciertas interpretaciones contradictorias con los criterios establecidos en el año 2001. En este sentido, de acuerdo con el citado oficio y sujeto al cumplimiento de ciertas condiciones, los beneficios obtenidos por los trabajadores como contraprestación de los servicios personales de los trabajadores, dichas rentas se afectan con el impuesto establecido en el artículo 42º Nº 1 de la Ley de la Renta. Pese a que el referido oficio Nº 2.567 no se refiere específicamente a los SOPs, establece criterios distintos a los establecidos en el año 2001.

³ DEYA TORELLA, Bartolome. Efectos de introducción de medidas financieras en los sistemas de compensación del equipo directivo. [en línea]. <<http://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/526>>. [8 de octubre de 2011].

Durante este año, a través del oficio 1.042 el Servicio de Impuestos Internos da nuevas luces al establecer que la entrega de la opción cesible, sin que se efectúe un desembolso a cambio del mismo, constituirá un incremento de patrimonio para el trabajador, por el cual deberá tributar con el impuesto establecido en el artículo 43 de la LIR, en la medida que la entrega de la opción tenga por causa el contrato de trabajo en los términos explicados en el análisis.

En conclusión, los criterios establecidos por el Servicio de Impuestos Internos son insuficientes para poder establecer un esquema de tributación claro para los SOPs y los demás beneficios establecidos para ejecutivos, especialmente considerando las distintas modalidades que los planes de compensación pueden adoptar y la cantidad de elementos tributarios que deben ser considerados, como por ejemplo, costo tributario de los beneficios, necesidad de retención de impuestos asociados a la Segunda Categoría, forma y tiempo de devengamiento de los impuestos.