

## NUEVA REGULACIÓN DE LAS VENTAS INDIRECTAS

Una de las modificaciones más importantes a la Ley de Impuesto a la Renta ("LIR") introducidas por la Ley N° 20.630, publicada en el diario oficial con fecha 27 de septiembre de 2012, es la modificación a los artículos N°s 10 y 58 de la LIR, que regula de forma amplia nuevas hipótesis que configuran hechos gravados que generan rentas de fuente chilena a través de la venta de bienes situados en el exterior, ya que a través de la venta de éstos, se terminan enajenando bienes situados en Chile. En derecho comparado, este fenómeno se denomina tributación de ventas indirectas.

Conforme a la antigua redacción del artículo 10, modificado por la Ley N° 20.630, si un contribuyente domiciliado o residente en Chile adquiere acciones o derechos de una empresa extranjera, permitiéndole esta operación adquirir el control directo o indirecto de más del 10% de una sociedad en Chile, el mayor valor obtenido por el vendedor se considera renta de fuente chilena. Así, la regla vigente permite gravar en Chile dicha ganancia de capital no obstante tratarse de una renta de fuente extranjera, por provenir de activos situados fuera de Chile, estableciéndose de este modo una excepción al principio general de la fuente establecido en el inciso primero del artículo 10, según el cual las personas no residentes ni domiciliadas en Chile tributan en nuestro país sólo por sus rentas de fuente chilena, entendiéndose por éstas las provenientes de bienes situados en el país y de actividades realizadas en Chile.

Esta norma de extraterritorialidad, tiene su origen en la Ley N° 19.840, publicada en el Diario Oficial con fecha 23 de noviembre de

2002, la cual se dictó con el objeto de remediar la situación producida cuando Exxon Mobil pretendió vender en el extranjero parte de su participación que le permitiría al comprador, residente en el país, adquirir indirectamente la Minera Disputada de Las Condes. De este modo, si se aplicaban a dicha operación las reglas generales, el mayor valor que obtendría Exxon Mobil no tributaría en Chile, dado que se trataría de una renta de fuente extranjera obtenida por un contribuyente no residente ni domiciliado en Chile.

En consecuencia, la Ley N° 19.840 incorporó una excepción a las reglas de fuente de la renta, en virtud de la cual se considera como renta de fuente chilena aquella obtenida por un contribuyente no residente ni domiciliado en Chile, en la enajenación de activos situados en el extranjero, por tener como consecuencia esta operación la adquisición indirecta de un activo subyacente chileno, a saber, más del 10% de una sociedad constituida en Chile.

Sin embargo, esta norma no ha sido completamente eficiente en el cumplimiento del objetivo buscado por el legislador. En efecto, principalmente debido a la exigencia de tener que ser el adquirente de los derechos o acciones de la sociedad extranjera un contribuyente domiciliado o residente en Chile, esta clase de operaciones a menudo se lleva a cabo mediante un vehículo situado en el extranjero, quien actúa como adquirente de los títulos extranjeros, evitando así configurar la hipótesis prevista en la norma. Por lo tanto, en la práctica la aplicación de la regla vigente ha sido más bien limitada.

Considerando las dificultades en la consecución de los objetivos buscados con la introducción de las normas sobre ventas indirectas por la Ley N° 19.840, el ejecutivo envió en abril de 2012, con el proyecto de reforma tributaria, modificaciones al actual inciso segundo del artículo 10 de la LIR, ampliando las hipótesis de renta de fuente chilena asociada a ventas indirectas. Vale la pena mencionar que el proyecto original enviado por el ejecutivo, contemplaba hipótesis más amplias a las aprobadas en definitiva y no consideraba excepciones generalmente contempladas en el derecho comparado, lo que hacía que la relación de conexión entre los activos extranjeros enajenados y los subyacentes chilenos fuera muy amplia. La redacción original del proyecto de ley de reforma tributaria, por un lado, generaba obligaciones que podrían haber infringido garantías constitucionales, otorgando responsabilidades a representantes chilenos por ventas realizadas en el exterior y, por otro lado, no contemplaba la posibilidad de que ciertas reorganizaciones de internacionales quedaran

fuera de la hipótesis de fuente chilena, ni establecía umbrales claros que hicieran considerar relevante las enajenaciones indirectas de bienes chilenos.

En definitiva la nueva normativa, aprobada por el Congreso, regula de forma detallada las hipótesis de fuente chilena para ventas indirectas, considerando las siguientes operaciones como aquellas que dan origen a renta de fuente chilena por una venta indirecta de activos situados en Chile:

- a. Cuando al menos un 20% del valor de mercado del total de las acciones, cuotas, títulos o derechos extranjeros que dicho enajenante posee, directa o indirectamente, en la sociedad o entidad extranjera, ya sea a la fecha de la enajenación o en cualquiera de los doce meses anteriores a esta, provenga de uno o más de los activos subyacentes chilenos en la proporción que corresponda a la participación indirecta que en ellos posee el enajenante extranjero.

Es necesario, además, que la enajenación referida lo sea de, al menos, un 10% del total de las acciones, cuotas, títulos o derechos de la persona o entidad extranjera, considerando todas las enajenaciones, directas o indirectas, de dichas acciones, cuotas, títulos o derechos, efectuadas por el enajenante y otros miembros no residentes o domiciliados en Chile de su grupo empresarial, en los términos del artículo 96 de la ley N° 18.045, sobre Mercado de Valores, en un periodo de doce meses anteriores a la última de ellas.

- b. Cuando a la fecha de la enajenación de las acciones, cuotas, títulos o derechos extranjeros o en cualquier momento durante los doce meses anteriores a ésta, el valor corriente en plaza de uno o más de los activos subyacentes descritos en los literales (i), (ii) y (iii) de la letra a) anterior, y en la proporción que corresponda a la participación indirecta que en ellos posea el enajenante extranjero, sea igual o superior a 210.000 Unidades Tributarias Anuales determinadas según el valor de ésta a la fecha de la enajenación. Será también necesario en este caso que se transfiera al menos un 10% del total de las acciones, cuotas, títulos o derechos de la persona jurídica o entidad extranjera, considerando todas las enajenaciones efectuadas por el enajenante y otros miembros no residentes o domiciliados en Chile de su grupo empresarial, en los términos del artículo 96 de la ley N° 18.045, sobre Mercado de Valores, en un periodo de doce meses anteriores a la última de ellas.
- c. Cuando las acciones, cuotas, títulos o derechos extranjeros enajenados, hayan sido emitidos por una sociedad o entidad domiciliada o

constituida en uno de los países o jurisdicciones que figuren en la lista a que se refiere el número 2, del artículo 41 D (paraísos fiscales). En este caso, bastará que cualquier porcentaje del valor de mercado del total de las acciones, cuotas, títulos o derechos extranjeros que dicho enajenante posea, directa o indirectamente, en la sociedad o entidad extranjera domiciliada o constituida en el país o jurisdicción listado, provenga de activos subyacentes chilenos en la proporción que corresponda a la participación indirecta que en ellos posea el enajenante extranjero, salvo que el enajenante, su representante en Chile o el adquirente, si fuere el caso, acredite en forma fehaciente ante el Servicio, que: (A) en la sociedad o entidad extranjera cuyas acciones, cuotas, títulos o derechos se enajenan, no existe un socio, accionista, titular o beneficiario con residencia o domicilio en Chile con un 5% o más de participación o beneficio en el capital o en las utilidades de dicha sociedad o entidad extranjera y, que, además, (B) sus socios, accionistas, titulares o beneficiarios que controlan, directa o indirectamente, un 50% o más de su capital o utilidades, son residentes o domiciliados en un país o jurisdicción que no forme parte de la lista señalada en el número 2, del artículo 41 D, en cuyo caso la renta obtenida por el enajenante extranjero sólo se gravará en Chile si se cumple con lo dispuesto en las letras a) o b) precedentes.

Como se desprende de las hipótesis enumeradas precedentemente, para que se generen fuentes chilenas por excepción, a través de una venta indirecta de activos subyacentes chilenos, se deben cumplir ciertos requisitos como que: (a) el valor relativo de los activos subyacentes chilenos respecto a los activos extranjeros enajenados y el porcentaje que los derechos o acciones extranjeros enajenados representan respecto de la entidad extranjera; (b) el valor corriente en plaza de los activos subyacentes indirectamente enajenados y si dicho valor excede un umbral económico considerado relevante (aproximadamente USD 200 millones); y (c) si los activos enajenados son acciones o derechos de una sociedad constituida en un paraíso tributario, estableciéndose hipótesis más amplias para este caso, pudiendo con todo acreditarse ciertas condiciones que harían posible quedar sujetos a las condiciones y márgenes generales descritos, contemplados para los casos de las letras a) y b).

Es importante considerar que la nueva normativa hace expresa referencia a las nuevas normas sobre precios de transferencia aprobadas conjuntamente en el proyecto de reforma tributaria.

Una vez definido el hecho imponible, a través del nuevo inciso segundo letras a) b) y c) del artículo 10 de la Ley de Impuesto a la Renta, es el nuevo numeral 3 del artículo 58 el cual establece el impuesto y la base imponible de éste, numeral que ve la luz conjuntamente con las nuevas normas del artículo 10.

En este sentido, el numeral 3 del artículo 58 establece que, por regla general, la renta devengada en las hipótesis de ventas indirectas contempladas por el nuevo artículo 10 quedará gravada con Impuesto Adicional en carácter de único de tasa 35%.

Respecto a la base imponible, es decir, la forma de cálculo de la ganancia de capital devengada que el enajenante obtiene y que se considera de fuente chilena por disposición del artículo 10 de la LIR y a la cual, se le aplica el mencionado impuesto único de tasa 35%, el numeral 3 del artículo 58 da la opción al enajenante de elegir la forma de cálculo de: (i) el monto del precio que debe atribuirse a activos subyacentes chilenos y; (ii) la forma de cálculo del costo tributario, que debe deducirse de la parte del precio atribuida a los activos subyacentes chilenos, de lo cual resulta la base imponible del impuesto.

Así, para determinar el monto de la renta que tributará en Chile, el enajenante puede optar por las siguientes cantidades, que resulten de la diferencia entre: (i) el valor que representan los activos situados en Chile en el precio de venta de los derechos de la sociedad extranjera y el costo de los derechos que tiene el vendedor de la sociedad extranjera; o (ii) el valor que representen los activos chilenos en el precio de venta de los derechos de la sociedad extranjera y el costo de adquisición que soportó la sociedad que está siendo enajenada por los activos situados en Chile. Al respecto, la norma establece como regla general que el costo tributario de los activos situados en Chile corresponde al aplicable de acuerdo a la legislación chilena, de haberse realizado la enajenación directamente.

No obstante lo anterior, el artículo 58, número 3, de la LIR entrega la opción de no quedar afecto al Impuesto Adicional de tasa 35%. En este sentido, alternativamente, se podrá optar por acoger la renta gravada al régimen de tributación que habría correspondido aplicar de haberse enajenado directamente los activos chilenos, siendo elegible para pagar el Impuesto de Primera Categoría de tasa 20% en carácter de único si se cumplen una serie de requisitos establecidos en el artículo 17 de la LIR, o bien, pudiendo configurarse algún ingreso no renta que pudiese establecer la legislación chilena al momento de la enajenación.

Cabe destacar que esta norma establece que el deber de declarar y pagar el impuesto recae sobre el enajenante no domiciliado ni residente en Chile, salvo que el impuesto haya sido retenido en su totalidad por el comprador. De no cumplirse con dicha obligación de declaración y pago, el SII podría exigir el tributo directamente al adquirente. Asimismo, se faculta al SII para requerir ya sea del enajenante, de su representante en Chile, de la entidad constituida en Chile o del adquirente, una declaración sobre el precio de la enajenación, el valor de los activos subyacentes chilenos y cualquier otro antecedente necesario para la determinación del impuesto.

La nueva regulación sobre ventas indirectas recoge, además, la posibilidad de no caer en el hecho imponible de enmarcarse la enajenación indirecta en un proceso de reorganización internacional de un grupo económico, para lo cual deben cumplirse con los requisitos establecidos por el nuevo inciso séptimo del artículo 10 de la LIR.

En definitiva, la nueva normativa recoge en forma coherente los principales principios establecidos en la legislación comparada para este tipo de situaciones, manteniendo como objetivo el tratar de evitar que a través de la enajenación de acciones o derechos extranjeros se eluda la ganancia de capital implícita que corresponde a los activos subyacentes chilenos. Las dudas sobre la forma de aplicación práctica de la nueva normativa permanecerán hasta que la autoridad fiscal, haciendo uso de sus atribuciones, regule administrativamente la nueva normativa legal.

## LA REFORMA TRIBUTARIA Y LAS MODIFICACIONES AL TRATAMIENTO TRIBUTARIO DE LAS SOCIEDADES DE PERSONAS Y LAS SOCIEDADES ANÓNIMAS

Uno de los temas principales que proponía la reforma tributaria presentada por el Gobierno en mayo del 2012 (en adelante la Primera Versión), era la llamada “homologación del tratamiento tributario” que la Ley de Impuesto a la Renta (en adelante LIR) otorga en ciertas materias a las llamadas sociedades de personas (empresario individual, sociedades colectiva, de responsabilidad limitada, comandita simple, comandita por acciones respecto de sus socios gestores y E.I.R.L.) y a las sociedades de capital (sociedades anónima, por acciones y comandita por acciones).

Específicamente, la Primera Versión buscaba modificar el tratamiento diferenciado de la tributación de los retiros en exceso de FUT, de la tributación de los gastos rechazados, de la regla para la determinación del costo tributario, que sirve de base a la determinación de la ganancia de capital, y de la tributación del ésta por la venta de acciones o derechos sociales.

El escenario cambió en agosto y el Gobierno decidió presentar un nuevo proyecto de Ley (en adelante la Reforma Tributaria o la Reforma indistintamente), el que sólo mantuvo en esta materia modificaciones relativas a la determinación del costo y tributación de la ganancia de capital en la venta de derechos sociales y acciones y lo relativo a la normativa que rige los denominados “gastos rechazados”.

Cabe destacar que esta norma establece que el deber de declarar y pagar el impuesto recae sobre el enajenante no domiciliado ni residente en Chile, salvo que el impuesto haya sido retenido en su totalidad por el comprador. De no cumplirse con dicha obligación de declaración y pago, el SII podría exigir el tributo directamente al adquirente. Asimismo, se faculta al SII para requerir ya sea del enajenante, de su representante en Chile, de la entidad constituida en Chile o del adquirente, una declaración sobre el precio de la enajenación, el valor de los activos subyacentes chilenos y cualquier otro antecedente necesario para la determinación del impuesto.

La nueva regulación sobre ventas indirectas recoge, además, la posibilidad de no caer en el hecho imponible de enmarcarse la enajenación indirecta en un proceso de reorganización internacional de un grupo económico, para lo cual deben cumplirse con los requisitos establecidos por el nuevo inciso séptimo del artículo 10 de la LIR.

En definitiva, la nueva normativa recoge en forma coherente los principales principios establecidos en la legislación comparada para este tipo de situaciones, manteniendo como objetivo el tratar de evitar que a través de la enajenación de acciones o derechos extranjeros se eluda la ganancia de capital implícita que corresponde a los activos subyacentes chilenos. Las dudas sobre la forma de aplicación práctica de la nueva normativa permanecerán hasta que la autoridad fiscal, haciendo uso de sus atribuciones, regule administrativamente la nueva normativa legal.

## LA REFORMA TRIBUTARIA Y LAS MODIFICACIONES AL TRATAMIENTO TRIBUTARIO DE LAS SOCIEDADES DE PERSONAS Y LAS SOCIEDADES ANÓNIMAS

Uno de los temas principales que proponía la reforma tributaria presentada por el Gobierno en mayo del 2012 (en adelante la Primera Versión), era la llamada “homologación del tratamiento tributario” que la Ley de Impuesto a la Renta (en adelante LIR) otorga en ciertas materias a las llamadas sociedades de personas (empresario individual, sociedades colectiva, de responsabilidad limitada, comandita simple, comandita por acciones respecto de sus socios gestores y E.I.R.L.) y a las sociedades de capital (sociedades anónima, por acciones y comandita por acciones).

Específicamente, la Primera Versión buscaba modificar el tratamiento diferenciado de la tributación de los retiros en exceso de FUT, de la tributación de los gastos rechazados, de la reglas para la determinación del costo tributario, que sirve de base a la determinación de la ganancia de capital, y de la tributación del ésta por la venta de acciones o derechos sociales.

El escenario cambió en agosto y el Gobierno decidió presentar un nuevo proyecto de Ley (en adelante la Reforma Tributaria o la Reforma indistintamente), el que sólo mantuvo en esta materia modificaciones relativas a la determinación del costo y tributación de la ganancia de capital en la venta de derechos sociales y acciones y lo relativo a la normativa que rige los denominados “gastos rechazados”.

El presente comentario tiene como objeto el informar sobre las modificaciones más relevantes que se pretenden introducir a este respecto y, adicionalmente, el plantear ciertas luces sobre futuros escenarios y disyuntivas que puedan surgir de la aplicación de la Reforma, sin pretender de modo alguno ahondar en demasía en cada uno de los puntos a tratar.

## I

### GASTOS RECHAZADOS DE LAS SOCIEDADES DE PERSONAS

Actualmente existen importantes diferencias respecto de esta materia entre los diversos tipos societarios.

Por un lado, las sociedades de capital (o establecimientos permanentes) están afectas a un impuesto de tasa 35% que grava la renta en carácter de único (se le ha denominado también "Impuesto Sanción o Multa"). Las rentas gravadas con este impuesto corresponden a las partidas que el Artículo 21 de la LIR denomina como gastos rechazados. Por otro lado, en las sociedades de personas los gastos rechazados se consideran retiros de los socios, gatillándose en consecuencia el pago de los impuestos finales, ya sea global complementario o adicional, acorde a la tasa correspondiente.

La Reforma extiende el Impuesto único del 35% a sociedades de personas respecto de las partidas del N° 1 del Artículo 33 (retiros de especies o cantidades representativas de dinero, norma que es supletoria respecto de la tributación que se señalará en el siguiente párrafo) y de las cantidades determinadas por el ejercicio de la facultad de tasación del Art. 64 del C.T.

Adicionalmente la nueva normativa grava con Impuesto Global Complementario o Adicional, aplicando un recargo del 10% de la cantidad respecto de la cual se aplica al impuesto, en reemplazo del impuesto único del 35%, respecto de:

- Las partidas del numeral 1 del Artículo 33 de la LIR: Cuando hayan beneficiado al socio o accionista, a su cónyuge, hijos no emancipados legalmente y a toda otra persona relacionada según el Artículo 100 de la Ley de Mercado de Valores. Si hay más de un socio o accionista y no es posible determinar el monto del beneficio, se afectarán según número de acciones o participación en utilidades que se tenga.

- Préstamos (retiro encubierto utilidades tributables). Se aplicarán sobre el total de la cantidad prestada menos las sumas restituidas a título de capital. Estas sumas no se deducen del FUT.
- Uso o goce bienes del activo de la empresa. En el caso de aquellos bienes en que la ley presume un valor mínimo (10% como regla general, 11% del avalúo fiscal en caso de inmuebles y 20% en el de automóviles y station wagons) podrán rebajarse las sumas efectivamente pagadas que correspondan al período por uso o goce del bien. Estas sumas no se deducen del FUT.
- Bienes entregados en garantía que han sido ejecutados: El impuesto se calculará sobre la garantía ejecutada según su valor corriente en plaza. Estas sumas no se deducen del FUT.

## II

### HOMOLOGACIÓN EN LA DETERMINACIÓN DEL COSTO DE LOS DERECHOS SOCIALES Y ACCIONES

La determinación del costo de venta de derechos sociales y acciones es un tema de trascendental importancia para efecto de determinar la existencia de ganancia de capital o de pérdidas producto de su enajenación. Hoy en día existe una regulación diferenciada para determinar el costo tributario de las acciones y derechos sociales, la cual se pretende unificar mediante la Reforma.

Actualmente, las normas para determinar el costo de los derechos sociales son bastante complejas, ya que éste se determina en función de una serie de factores que establece la LIR (si el contribuyente está obligado o no a determinar su renta efectiva mediante contabilidad completa, y si la enajenación de los derechos se efectúa a una parte relacionada con el vendedor), pudiendo equivaler el costo, en algunos casos al valor libro (considerando utilidades tributarias retenidas), y en otros, a su costo de adquisición reajustado. Esta situación ha posibilitado a los contribuyentes para que arbitren, según les sea más conveniente, entre enajenar derechos sociales y acciones. En cambio, en el caso de las acciones de sociedades anónimas, su costo se determina según el valor de adquisición reajustado por el IPC.

La Reforma modifica esta situación determinando que tanto el costo de las acciones como el de los derechos sociales sea su valor de adquisición (o del aporte) reajustado por el IPC en el período comprendido entre el

último día del mes anterior a la adquisición (o aporte) y el último día del mes anterior al de su enajenación, a lo cual se deberá adicionar o restar los aportes o disminuciones de capital efectuados por el enajenante en el tiempo intermedio, también reajustados. Lo expuesto implica que en la venta de derechos sociales se eliminará cualquier consideración relativa a las utilidades tributarias retenidas en la sociedad enajenada.

La diferencia entre la Primera Versión y la Reforma, es la relativa a las utilidades reinvertidas como aumento de capital y su incidencia en la determinación del costo tributario de los derechos sociales. En sentido la nueva norma prescribe que “deberán deducir del valor de aporte o adquisición (...) aquellos valores de aporte, adquisición o aumentos de capital que tengan su origen en rentas que no hayan pagado total o parcialmente los impuestos de esta ley”. Un error en la redacción de la ley genera discusiones respecto a la aplicación de la norma, pero entendemos que ésta sólo se aplicaría en el caso que la enajenación se realice a una parte relacionada.

Cabe hacer presente que la Reforma contiene algunas normas especiales que regulan la entrada en vigencia de ciertas modificaciones que implementa y dentro de dichas normas relativas a la vigencia existen disposiciones que contemplan una aplicación retroactiva de los cambios propuestos. A este respecto y en relación con las normas de homologación de costos a las que hemos estado haciendo referencia, la letra b) del Artículo 1° transitorio señala que, los derechos en sociedades de personas adquiridos **con anterioridad a la entrada en vigencia de esta ley** que, con posterioridad a ella, enajenen a una parte relacionada, deberán disminuir del valor de costo de adquisición de tales derechos, los valores de aporte, adquisición o aumentos de capital que tengan su origen en rentas que hayan sido ingresadas en virtud de una reinversión de utilidades.

### III

#### HOMOLOGACIÓN EN EL MAYOR VALOR OBTENIDO EN CASO DE ENAJENACIÓN

La LIR trata a las ganancias de capital de acciones y de derechos sociales también en forma diferente. La ganancia de capital que se obtengan producto de la enajenación de derechos sociales siempre se grava con el régimen general del impuesto a la renta. En cambio, las ganancias de capital obtenidas en la enajenación de acciones de sociedades anónimas u otras

sociedades de capital pueden ser gravadas por diversos regímenes (régimen general, ingreso no renta o Impuesto Único) según se verifiquen ciertas circunstancias específicas (por ejemplo, si entre la adquisición y la enajenación ha transcurrido más de un año; si el comprador es un relacionado con el vendedor; si éste se considera habitual en enajenar acciones; o si las mismas se transan en una bolsa de valores, y tienen presencia bursátil).

Al respecto, la reforma pretende igualar el tratamiento tributario de las ganancias de capital provenientes de la enajenación de acciones y la de derechos sociales, siendo posible que se tribute en ambos casos con impuesto de Primera Categoría en carácter de único (en caso de cumplirse los mismos requisitos hoy vigentes para las acciones), o conforme al régimen general de Primera Categoría y Global Complementario o Adicional, en caso contrario.

Sin embargo, esta innovación puede ocasionar consecuencias negativas en el endeudamiento relacionado a la compra de derechos sociales (afectando también el endeudamiento para adquirir acciones). En caso de obtenerse un crédito y éste sea destinado a la compra de derechos sociales, los intereses no serían deducibles como gasto, ya que la renta obtenida se gravaría con el impuesto de Primera Categoría en carácter de único, el que de acuerdo con la interpretación del S.I.I. es un gravamen distinto del impuesto de Primera Categoría del régimen general.

La interpretación del Servicio de Impuestos Internos (SII) en este respecto consiste, básicamente, en señalar que la posibilidad de deducir un gasto debe cumplir con los requisitos del artículo 31 de la LIR (señalar los 6 requisitos) y, además, acceder a una renta que tribute bajo el régimen general. Luego, señala que el Impuesto de Primera Categoría en carácter de único que grava en ciertos casos la ganancia de capital, es de un carácter distinto al del Impuesto de Primera Categoría “genérico” que constituye un crédito contra los impuestos finales. Por esta razón, concluye el SII que los gastos relacionados a un ingreso que podría ser gravado con el Impuesto de Primera Categoría en carácter de único, no acceden a una renta del régimen general, sino a que una renta gravada con un régimen especial, lo que obstaculizaría su deducción de los resultados del contribuyente, generándose un caso de gasto rechazado.

Por esta razón es que en caso de obtenerse un crédito y éste fuera destinado a la compra de acciones, los intereses pagados por dicho endeudamiento podrían no ser deducibles como gasto general. Pues bien, misma cuestión podría sostenerse por parte del SII respecto de la venta de derechos sociales, con motivo de la entrada en vigencia de la Reforma.

#### IV CONCLUSIÓN

La Primera Versión, a diferencia de la Reforma introducía una serie de cambios en la LIR que atendían a una baja en las posibilidades de postergación de impuestos (i.e. eliminación de los Retiros en Exceso en las sociedades de personas) y a un mayor control de tratamientos preferenciales (i.e. nuevas normas de Exceso de Endeudamiento).

Lo que en definitiva fue aprobado, intenta dar igual tratamiento tributario a ciertos fenómenos, independiente se la forma social del contribuyente. Es a esto a lo que apuntan las enmiendas detalladas en este artículo, como el nuevo tratamiento dado a los gastos rechazados en las sociedades de personas y la homologación de la tributación de la ganancia de capital obtenida en la venta de derechos sociales a la obtenida en la venta de acciones, tanto en el cálculo del costo, como en el impuesto a aplicar. En términos generales, es innegable que es una política tributaria acertada el mantener el menor número de soluciones ante hipótesis similares, por lo se podría sostener que en términos de propender a un sistema tributario más simple, las reformas aprobadas son correctas.

Sin embargo, existen situaciones en que este afán de simplicidad nos puede llevar a soluciones poco congruentes, como por ejemplo, que existan socios de sociedades de personas, que constituyeron la sociedad en consideración a las personas de los socios, que sean calificados de "Habituales" en la venta de tales derechos, contraponiéndose, en es este caso, la solución dada para la tributación de la ganancia de capital con la naturaleza jurídica de la entidad cuyos derechos se enajenan.

Por otro lado, la Reforma va a obligar al SII a revisar sus interpretaciones administrativas, adecuándolas a las nuevas normativas. En este sentido, considerando las actuales interpretaciones del SII, se podría sostener que aprobada la Reforma ningún interés asociado a un crédito destinado a adquirir derechos o acciones en una sociedad es deducible, afirmación, que por sí sola contraviene la naturaleza de los gastos tributarios y la forma de calcular una base imponible.

En definitiva, las modificaciones aprobadas y analizadas en este artículo atienden a un sistema tributario más simple, lo que en definitiva será positivo. Sin embargo, éstas modificaciones deberán ser acompañadas de una nueva visión de la autoridad tributaria, que esperamos complementa e ilumine de buena forma las nuevas normas legales.

### SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL QUE DECLARA INAPLICABLE EL INCISO TERCERO DEL ARTÍCULO 53 DEL CÓDIGO TRIBUTARIO

Con fecha 13 de septiembre de 2012, el Tribunal Constitucional acogió una acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, deducida por un contribuyente respecto del inciso tercero del Artículo 53 del Código Tributario. Dicha norma establece que el contribuyente queda afecto a un interés penal del uno y medio por ciento mensual por cada mes o fracción de mes, en caso de mora en el pago del todo o de la parte que adeudare de cualquier clase de impuestos y contribuciones.

En este caso, el contribuyente solicitó la inaplicabilidad de la mencionada norma respecto de dos gestiones pendientes, correspondientes a recursos de apelación interpuestos en el marco de dos reclamaciones tributarias rechazadas íntegramente, que fueron deducidas en contra de ciertas liquidaciones por Impuesto Global Complementario. Sin embargo, cabe destacar que estos procedimientos tienen su origen en dos reclamaciones interpuestas anteriormente, las cuales fueron tramitadas y rechazadas por un juez delegado de acuerdo a lo que disponía el Artículo 116 del Código Tributario, habiendo sido anulados posteriormente ambos procesos por la Corte de Apelaciones, en razón de la inaplicabilidad declarada por la Corte Suprema y la posterior declaración de inconstitucionalidad realizada por el Tribunal Constitucional respecto de esta última norma. Así, el contribuyente estaba siendo condenado al pago de intereses y reajustes por todo el período transcurrido, incluido el período



#### IV CONCLUSIÓN

La Primera Versión, a diferencia de la Reforma introducía una serie de cambios en la LIR que atendían a una baja en las posibilidades de postergación de impuestos (i.e. eliminación de los Retiros en Exceso en las sociedades de personas) y a un mayor control de tratamientos preferenciales (i.e. nuevas normas de Exceso de Endeudamiento).

Lo que en definitiva fue aprobado, intenta dar igual tratamiento tributario a ciertos fenómenos, independiente se la forma social del contribuyente. Es a esto a lo que apuntan las enmiendas detalladas en este artículo, como el nuevo tratamiento dado a los gastos rechazados en las sociedades de personas y la homologación de la tributación de la ganancia de capital obtenida en la venta de derechos sociales a la obtenida en la venta de acciones, tanto en el cálculo del costo, como en el impuesto a aplicar. En términos generales, es innegable que es una política tributaria acertada el mantener el menor número de soluciones ante hipótesis similares, por lo se podría sostener que en términos de propender a un sistema tributario más simple, las reformas aprobadas son correctas.

Sin embargo, existen situaciones en que este afán de simplicidad nos puede llevar a soluciones poco congruentes, como por ejemplo, que existan socios de sociedades de personas, que constituyeron la sociedad en consideración a las personas de los socios, que sean calificados de "Habituales" en la venta de tales derechos, contraponiéndose, en este caso, la solución dada para la tributación de la ganancia de capital con la naturaleza jurídica de la entidad cuyos derechos se enajenan.

Por otro lado, la Reforma va a obligar al SII a revisar sus interpretaciones administrativas, adecuándolas a las nuevas normativas. En este sentido, considerando las actuales interpretaciones del SII, se podría sostener que aprobada la Reforma ningún interés asociado a un crédito destinado a adquirir derechos o acciones en una sociedad es deducible, afirmación, que por sí sola contraviene la naturaleza de los gastos tributarios y la forma de calcular una base imponible.

En definitiva, las modificaciones aprobadas y analizadas en este artículo atienden a un sistema tributario más simple, lo que en definitiva será positivo. Sin embargo, éstas modificaciones deberán ser acompañadas de una nueva visión de la autoridad tributaria, que esperamos complementa e ilumine de buena forma las nuevas normas legales.

### SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL QUE DECLARA INAPLICABLE EL INCISO TERCERO DEL ARTÍCULO 53 DEL CÓDIGO TRIBUTARIO

Con fecha 13 de septiembre de 2012, el Tribunal Constitucional acogió una acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, deducida por un contribuyente respecto del inciso tercero del Artículo 53 del Código Tributario. Dicha norma establece que el contribuyente queda afecto a un interés penal del uno y medio por ciento mensual por cada mes o fracción de mes, en caso de mora en el pago del todo o de la parte que adeudare de cualquier clase de impuestos y contribuciones.

En este caso, el contribuyente solicitó la inaplicabilidad de la mencionada norma respecto de dos gestiones pendientes, correspondientes a recursos de apelación interpuestos en el marco de dos reclamaciones tributarias rechazadas íntegramente, que fueron deducidas en contra de ciertas liquidaciones por Impuesto Global Complementario. Sin embargo, cabe destacar que estos procedimientos tienen su origen en dos reclamaciones interpuestas anteriormente, las cuales fueron tramitadas y rechazadas por un juez delegado de acuerdo a lo que disponía el Artículo 116 del Código Tributario, habiendo sido anulados posteriormente ambos procesos por la Corte de Apelaciones, en razón de la inaplicabilidad declarada por la Corte Suprema y la posterior declaración de inconstitucionalidad realizada por el Tribunal Constitucional respecto de esta última norma. Así, el contribuyente estaba siendo condenado al pago de intereses y reajustes por todo el período transcurrido, incluido el período

en que se desarrollaron los procesos que finalmente fueron anulados por haber sido fallados por un juez delegado.

El contribuyente fundó su acción de inaplicabilidad en que los intereses cobrados suponían, en el caso concreto, una vulneración del principio de igualdad ante la ley, de la prohibición de establecer impuestos manifiestamente desproporcionados o injustos, del principio de la no discriminación arbitraria en el trato que deben dar el Estado y sus organismos en materia económica y del derecho de propiedad.

Para acoger la mencionada acción el Tribunal Constitucional realizó diversas consideraciones acerca del principio de igualdad ante la ley, para concluir que existe una situación de inequidad en la exigencia de ser devueltos los impuestos debidamente reajustados, de modo que se conserve su valor cuando se paguen, dado que ésta no guarda relación con el caso inverso, esto es cuando el Estado restituye el monto de la multa enterada y a posteriormente declarada improcedente, sólo con el interés del medio por ciento mensual por cada mes completo, en virtud del Artículo 57 del Código Tributario.

Asimismo, respecto del principio de proporcionalidad en el cobro de intereses los sentenciadores tuvieron presente la definición de interés corriente contenida en la Ley N° 18.010, que Establece Normas para las Operaciones de Crédito y Otras Obligaciones de Dinero que Indica, y el interés previsto en el Decreto Ley N° 3500 de 1980, que Establece Nuevo Sistema de Pensiones, respecto de las cotizaciones no pagadas oportunamente por el empleador.

Un aspecto importante en el razonamiento del Tribunal Constitucional consistió en que la situación que dio origen a la acción de inaplicabilidad resultaba imputable al accionar del propio Estado, pues la delegación de facultades jurisdiccionales, contraria a la Constitución Política de la República, fue realizada por el propio Servicio de Impuestos Internos, lo cual finalmente derivó en la nulidad de los procesos originales. De esta forma, el Tribunal Constitucional expuso y compartió la reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema en este aspecto, la que ha sostenido que no procede el cobro de intereses en el período intermedio cuando se produce la anulación de un proceso tributario, por tratarse de una causa no imputable al contribuyente.

En consecuencia, el Tribunal Constitucional concluyó que procedía acoger la acción de inaplicabilidad deducida por el contribuyente, en consideración a que "(...) es posible concluir que el inciso tercero del artículo 53 del Código Tributario, en cuanto fija un interés penal moratorio ascendente al

*uno coma cinco por ciento mensual, produce efectos contrarios a la Constitución Política de la República en el caso concreto, desde que obliga a pagar una suma que a todas luces se presenta como desproporcionada, injusta y abusiva, máxime si se tiene presente que durante la casi totalidad del período en que se impone la sanción respecto de las sumas adeudadas y reajustadas (específicamente el tiempo transcurrido entre las fechas de la resolución anulada y de la que tuvo definitivamente por interpuesto el recurso), se está frente a situaciones no imputables al deudor, puesto que han sido dejadas sin efecto las actuaciones practicadas en el juicio tributario, como consecuencia de una declaración de inconstitucionalidad, de forma tal que se trata de hechos atribuibles a la propia administración, a lo que debe agregarse que no resulta equivalente a la que tendría que aplicar el propio Fisco tratándose de sumas pagadas injustificadamente por el contribuyente".*

No obstante, cabe mencionar que el fallo se acordó con el voto disidente de cuatro de los ministros del Tribunal Constitucional, quienes estuvieron por rechazar la mencionada acción, principalmente debido a que en su parecer el interés penal establecido en la norma impugnada es una institución análoga a la cláusula penal del derecho civil, no correspondiendo a una sanción tributaria, ligada al derecho penal o a la facultad administrativa sancionatoria. Luego, para asegurar el respeto de la Constitución Política de la República la norma debe evitar establecer una cláusula penal enorme, mientras que respecto al monto de los intereses dicha regla no puede vulnerar el límite legal de la usura y el principio constitucional de la proporcionalidad del tributo.

De este modo, concluyó el voto disidente que el inciso tercero del Artículo 53 del Código Tributario no configura una conducta usurera, siguiendo el criterio del tipo penal de usura, ni genera una cláusula penal enorme que lesione en abstracto los intereses de los contribuyentes, toda vez que el propio Código Tributario admite reglas ligadas a la situación concreta de cada contribuyente, que se traducen en condonaciones totales o parciales por la determinación de intereses no imputables al contribuyente. Tampoco se produciría una cláusula penal enorme por el hecho de que el monto del interés con el cual debe devolver el Estado los impuestos pagados indebidamente o en exceso sea menor a aquel con el cual cobra intereses por la demora, debido principalmente a que se trata de operaciones tributarias diferentes, ya que los intereses de demora tienen su justificación en fines constitucionales y configuran un mecanismo compulsivo para su cumplimiento, mientras que la devolución reajustada y con intereses adicionales se relaciona más bien con evitar un enriquecimiento sin causa.

Finalmente, el voto disidente hizo presente cierta información sobre los intereses penales cobrados en la legislación comparada y de la autoridad financiera nacional, para concluir que la norma en cuestión no establece un tributo manifiestamente desproporcionado o injusto.

En definitiva, si bien se trata de un fallo relevante en materia de aplicación del interés penal a impuestos adeudados, hay que considerar que el razonamiento del Tribunal Constitucional, de acuerdo a la naturaleza de la acción, se basa en gran parte en la situación concreta del contribuyente, principalmente ligada a la existencia de procesos anulados por haber sido conocidos por un juez delegado. Por lo tanto, será relevante determinar los eventuales efectos que esta sentencia pueda tener en casos similares y en otros disimiles en que de todas formas el interés penal aplicado pueda resultar en una vulneración de la Constitución Política de la República.

### III

## Jurisprudencia Judicial y Administrativa

---