

EXCESO DE ENDEUDAMIENTO Y LA NORMA DE NO-DISCRIMINACIÓN DE LOS CONVENIOS DE DOBLE TRIBUTACIÓN DE LA ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICOS¹

MARÍA JESÚS IBÁÑEZ GONZÁLEZ²

RESUMEN

En el presente artículo, se analizará la problemática de si eventualmente la recién entrada en vigencia modificación a las normas de exceso de endeudamiento locales, podrían llegar a contravenir lo señalado en los párrafos número 4 y 5 del Artículo 24 (No-Discriminación) de los Convenios de Doble Tributación de la OCDE. Lo anterior, se logrará como consecuencia de un análisis pormenorizado de los párrafos 4 y 5 del artículo de No-Discriminación de los Convenios de la OCDE, así como del estudio de los Comentarios al Modelo OCDE y de una serie de documentos de trabajo de la OCDE relativos a esta materia. Para enriquecer el análisis, se expondrá también la experiencia comparada de una serie de jurisdicciones en las que se han formulado posiciones explícitas, legales o jurisprudenciales, frente a esta dicotomía normativa. Se analizarán en particular, la experiencia de Alemania, España, Francia y Rusia y los casos jurisprudenciales que marcaron tendencia en esta materia como lo son Lankhorst-Hohorst GmbH, la sentencia del Tribunal Supremo Español relativo al Convenio entre España y Suiza, la jurisprudencia francesa en S.A. Andritz/SARL Coreal y el fallo ruso Severniy

¹ Este trabajo corresponde a la actividad formativa equivalente a tesis defendida por la autora en el contexto del Magister en Derecho Mención Derecho Tributario cursado en la Universidad de Chile.

² Abogado, Pontificia Universidad Católica de Chile. Asociado en Philippi Prietocarrizosa Ferrero DU & Uría. Magister en Derecho Mención Derecho Tributario Universidad de Chile.

Kuzbas. El análisis terminará por esbozar una conclusión relativa a la problemática planteada en esta materia.

PALABRAS CLAVE: Exceso de Endeudamiento, No-Discriminación, Convenios de Doble Tributación

I INTRODUCCIÓN

1. *Modificación a las Normas de Exceso de Endeudamiento introducidas por la Ley No. 20.899.*

Para comprender cabalmente las normas sobre exceso de endeudamiento se hace necesario precisar que estas son normas destinadas a gravar los intereses y costos financieros que se generen como consecuencia de un préstamo (instrumento de deuda u otro contrato que se les asimile), en beneficio de entidades relacionadas extranjeras. El exceso de endeudamiento podría denotar una conducta mediante la cual las utilidades de las empresas de un país pueden llegar a ser transferidas a otras empresas relacionadas del mismo grupo empresarial en la forma de intereses y costos financieros, los que usualmente se ven beneficiados con tasas de impuestos comparativamente más bajas que los dividendos o retiros y/o además sirven de rebaja en la renta imponible de esa empresa³. Esos sencillos supuestos favorecen la implementación de esquemas de financiamiento destinados a poder optimizar la carga tributaria de ciertos grupos empresariales. Así, básicamente lo que hace la Ley sobre Impuesto a la Renta (“LIR”) local es establecer un Impuesto Único de tasa 35% a aquellos intereses que se paguen con tasas preferenciales por sobre una relación de capital y deuda predeterminada. Lo que se ha hecho en el tiempo desde la inclusión de las normas de exceso de endeudamiento en nuestro país es básicamente establecer diferentes métodos para el cálculo y composición de la relación de capital y deuda, además de establecer diferentes referencias a cuáles son aquellos intereses que se entienden como potencialmente afectos a esta sanción. Al menos preliminarmente basta el poder considerar que hasta la modificación legal introducida

³ VILLALÓN MÉNDEZ, V. 2014. Análisis del Exceso de Endeudamiento. Revista Tributaria N° 9 Centro de Estudios Tributarios Universidad de Chile. 144p.

por la Ley No. 20.899 los únicos intereses que se comprendían dentro de la hipótesis de exceso de endeudamiento eran aquellos que pagaban una tasa preferencial ascendente a un Impuesto Adicional (“IA”) de tasa 4%.

La Ley No. 20.899 incorporó una serie de ajustes a la Ley sobre Impuesto a la Renta, dentro de los cuales se incluyó una modificación al artículo 41 F de la misma (norma relativa al exceso de endeudamiento), tendiente a incluir dentro de las hipótesis afectas al Impuesto Único de 35% también a ciertos pagos que resulten afectos a tasas de IA inferiores a la de 35%, por efecto de haber aplicado una tasa rebajada de impuestos en virtud de un Convenio de Doble Tributación (“CDT”). Lo anterior viene a modificar la norma de exceso de endeudamiento que antes sólo contemplaba dentro de su hecho gravado a aquellos préstamos que pagaban intereses con la tasa del 4%. Así, se agregó a la norma del artículo 41 F de la LIR, una norma tendiente a gravar con el Impuesto Único a aquellas sumas que:

“(...) se hayan afectado con una tasa de impuesto adicional inferior a 35% o no se hayan afectado con dicho tributo, en virtud de la aplicación de una rebaja o deducción, de una exención establecida por ley o de la aplicación de un convenio para evitar la doble tributación internacional suscrito por Chile que se encuentre vigente”⁴.

La anterior inclusión es relevante si consideramos que las normas de exceso de endeudamiento fueron concebidas en su momento en nuestro país, sólo como un instrumento tendiente a regular el abuso de figuras de financiamiento muy específicas como los “back-to-back loans” y el financiamiento por medio de bancos e instituciones financieras específicamente creadas con el propósito de financiar un proyecto particular. Consecuencia de lo anterior, es que solamente se aplicaba el Impuesto Único concebido en el Artículo 41 F a aquellos financiamientos que en los hechos resultaban afectos a la tasa de IA de 4%. Prueba de lo anterior es que las reglas de exceso de endeudamiento fueron introducidas mediante la Ley No. 19.738 de 2001, denominada como la “Ley de lucha contra la evasión”, en la cual claramente se identificaba al mecanismo del exceso de endeudamiento como una herramienta específica, tendiente a regular una situación particular:

⁴ LEY SOBRE IMPUESTO A LA RENTA. Artículo 41 letra F número 8.

“(…) una relación de “apalancamiento” de uno es a tres es sumamente generoso, pues lo normal es uno a uno. No es posible que proyectos partan sin capital propio, con un fardo de deuda que facilita esconder préstamos relacionados con bancos y operaciones “back-to-back”⁵ (extracto Historia de la Ley No. 19.738).

Así, parece ser que la inclusión a la norma del artículo 41 F de los financiamientos acogidos a tasas rebajadas de IA por concepto de un CDT es un tema sumamente relevante pues agrega una nueva hipótesis fáctica a un hecho gravado que en un principio se concibió para efectos de regular el abuso de figuras de financiamiento muy específicas. Como consecuencia de lo anterior, se hace relevante el poder reflexionar sobre los fundamentos, y la suficiencia de los mismos, que subyacen a esta modificación legal. Lo anterior tomando en consideración la particularidad de que aquí no estamos ante la sola ampliación de un hecho gravado, la cual se podría explicar suficientemente con la construcción conceptual originaria, sino que estamos lisa y llanamente ante la inclusión de un nuevo hecho gravado totalmente distinto al anterior. Cabe no obstante precisar, que hay quienes estiman que esta modificación legal vino solamente a materializar una postura interpretativa que el Servicio de Impuestos Internos ya habría adelantado en parte de su jurisprudencia administrativa⁶. Lo anterior toda vez que la Circular relativa a la norma de exceso de endeudamiento señalaba que dentro de su base imponible se consideraban los:

“pagos, abonos en cuenta o puesta a disposición de intereses y demás cantidades señaladas en el inciso 1° del artículo 41 F, efectuadas a entidades relacionadas, que se afectaron con IA del 4% o una tasa menor al 35%, de acuerdo al artículo 59 de la LIR (letra a) anterior)” (resaltado del autor).

No compartimos tal afirmación pues admitir que la autoridad fiscal habría introducido un nuevo hecho gravado que no está en la LIR por medio de su jurisprudencia administrativa contrariaría absolutamente el principio de reserva legal en materia tributaria. Creemos más bien que la referencia del Servicio de Impuestos Internos al referirse ampliamente en su jurisprudencia administrativa a los intereses que forman parte de

⁵ HISTORIA DE LA LEY NO. 19.738. Discusión en sala Cámara de Diputados, Legislatura 343. Sesión 36. Fecha 17 de enero, 2001. Discusión general. Biblioteca Congreso Nacional. 327p.

⁶ SERVICIO DE IMPUESTOS INTERNOS. Circular No. 12 de fecha 30 de enero de 2015.

la base imponible en materia de exceso de endeudamiento responde más bien a la intención de poder incluir dentro de esta base imponible a aquellos gastos financieros que no dicen relación precisamente con intereses sino que más bien por ejemplo con pago por servicios financieros que eventualmente hayan podido quedar afectos a tasas rebajadas de IA.

En razón de lo anterior, se hace al menos necesario el analizar cuál ha sido la experiencia comparada de otros países al incluir dentro de sus hipótesis de exceso de endeudamiento a aquellos financiamientos que se ven beneficiados con tasas rebajadas de IA en virtud de la procedencia de un CDT. Aún más, el presente trabajo busca el poder analizar también cuál ha sido la experiencia comparada en aquello que dice relación con una eventual contravención a los CDT en virtud de estas normas limitativas de índole local. Todo lo anterior, en el intento de poder identificar si las normas de exceso de endeudamiento locales, podrían o no llegar a ser incompatibles con ciertas disposiciones de los CDT.

Del estudio de la doctrina, legislación y jurisprudencia comparada se ha identificado que la principal problemática en esta materia ha radicado en el poder identificar si las normas de exceso de endeudamiento podrían llegar o no a controvertir las cláusulas de No-Discriminación concebidas en distintos tipos de convenios. En particular, y dado que este análisis pretende ser de utilidad al alcance de la interpretación de la normativa local chilena, es que a continuación se analizará si eventualmente la recién entrada en vigencia modificación a las normas de exceso de endeudamiento locales podría llegar a contravenir lo señalado en los párrafos número 4 y 5 del Artículo 24 del Modelo de Convenio Tributario sobre la Renta y sobre el Patrimonio de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (“OCDE”).

2. *Normas de Exceso de Endeudamiento: Concepto y Situaciones de Abuso que buscan regular*

Existen dos principales vías de financiamiento: el capital y la deuda. Generalmente los inversionistas, en nuestro escenario de estudio los inversionistas extranjeros, usan una combinación de ambos mecanismos de financiamiento para materializar sus inversiones en un determinado proyecto. Generalmente, y dada la fungibilidad existente entre estos sistemas de financiamiento, en un principio los inversionistas buscan el sistema que más se ajuste a sus intereses y que implique en los hechos una herramienta que tienda a favorecer la búsqueda de una mayor rentabilidad

a menor riesgo⁷. Así, en un principio, y sin la intervención de terceras variables, el efecto de financiar un proyecto con deuda o capital debería de ser neutro y no afectar al valor de una compañía⁸. No obstante lo anterior, la variable de la tributación de uno de estos sistemas de financiamiento por sobre el otro se convierte muchas veces en el criterio determinante al momento de elegir entre uno de estos dos modelos de financiamiento⁹. Lo anterior, dado que generalmente el tratamiento desde la perspectiva fiscal de estos sistemas de financiamiento difiere. La diferenciación entre uno u otro modelo de financiamiento generalmente se gatilla en el contexto del financiamiento extranjero, dónde varios países buscan deliberadamente el favorecer el ingreso de inversionistas extranjeros a proyectos locales¹⁰. Lo anterior es particularmente relevante en el contexto de países, como lo es Chile, dónde la inversión extranjera se configura como una de sus principales fuentes de ingreso. Sólo a modo de ejemplificación, se entiende que en Chile alrededor del 30% del incremento en la tasa de inversión total de la economía chilena (formación bruta de capital fijo), se explica gracias al incremento observado en la inversión extranjera directa¹¹.

Chile no es la excepción en esta materia, pues como se analizará en el acápite siguiente, existen marcadas diferencias en relación a la tributación correlativa que existe respecto a las rentas del capital respecto a las existentes en materia de las rentas del financiamiento por deuda, lo cual lleva a que generalmente los recursos se terminen obteniendo en las empresas a través de endeudamiento y no de fondos propios, generando hipótesis de excesos de endeudamiento o subcapitalización¹². El exceso de endeudamiento ocurre cuando existe una proporción entre los fondos

⁷ GRAHAM, J.R. 1996. Debt and the marginal tax rate. *Journal of financial economics* Volumen 41. 42p.

⁸ MODIGLIANI, F. Y MILLER, M. 1958. The cost of capital, corporation finance and the theory of investment. *American Economic Review* Volumen 48. 266p.

⁹ RAJAN, R.G. Y ZINGALES, L. 1995. What do we know about capital structure? Some evidence from international data. *Journal of Finance* Volumen No. 50. 1441p.

¹⁰ FUEST, C. 2011. International debt shifting and multinational firms in developing economies' *Economic Letters* Volumen 135. 2p.

¹¹ COMITÉ DE INVERSIÓN EXTRANJERA. 2013. Medición del Impacto de la Inversión Extranjera Directa en la Economía Chilena: perspectivas macro y microeconómicas. [en línea] <<http://www.investchile.gob.cl/es/inversion-en-chile/impacto-de-la-ied-en-la-economia-chilena/>> [consulta: 09 agosto 2016].

¹² La subcapitalización y el exceso de endeudamiento, si bien son fenómenos similares se traducen en efectos distintos. Es necesario precisar que las normas locales son normas de exceso de endeudamiento.

propios y el endeudamiento que excede de los rangos considerados como normales. La fijación del grado de “normalidad/anormalidad” en esta proporción resulta particularmente compleja, pues debe atender a las razones por las cuales se pretende corregir la falla de mercado generada¹³. La OCDE reconoce esta realidad tempranamente, en su primer documento de estudio a las normas de exceso de endeudamiento, al señalar:

“(...) algunas veces, al menos desde una perspectiva fiscal, resultará más ventajoso el optar por una combinación particular de estos métodos de financiamiento privilegiando el financiamiento con deuda por sobre el con capital (traducción de autor)”¹⁴.

Así, las normas de exceso de endeudamiento buscan el prevenir en los hechos el fenómeno de la “*capitalización encubierta*”, conocida también como “*hidden capitalization*”¹⁵. Lo anterior es muy sintomático del problema del exceso de endeudamiento, pues generalmente las normas de exceso de endeudamiento se conciben como una medida para controlar la “*capitalización encubierta*” susceptible de generarse entre partes relacionadas en sus operaciones transfronterizas¹⁶.

Generalmente, y desde una perspectiva tributaria, el exceso de endeudamiento genera ciertos fenómenos económicos y fiscales que pueden resultar eventualmente en abusos. Uno de estos fenómenos, radica en que muchas veces los niveles anormales de financiamiento con deuda, pueden llegar a resultar en una distorsión en la determinación de las bases imponibles de las empresas financiadas. Lo anterior, ya que generalmente los intereses devengados o pagados al acreedor resultarían en el reconocimiento de un gasto deducible en la empresa deudora¹⁷, pudiendo llegar a erosionarse la base imponible de la misma o eventualmente pudiendo

¹³ CASTRO, J.M. 2012. La cláusula antisubcapitalización española. IELAT. 2p.

¹⁴ OCDE. 1986. Thin Capitalization. Comité de Asuntos Fiscales. 10p.

¹⁵ ELLIFFE, C.M. 2013. Unfinished Business: Domestic Thin Capitalization Rules and the Non-discrimination Article in the OECD Model. Bulletin for International Taxation Volumen No. 67. 1p.

¹⁶ OCDE. Thin Capitalization. Op. Cit. 14p.

¹⁷ La Ley de Reforma Tributaria (Ley 20.780) introdujo cambios a la deducibilidad de ciertos gastos con partes relacionadas transfronterizas. Con efecto desde el 01.01.2015 aquellos gastos por intereses que se originen en contratos celebrados con partes relacionadas no chilenas solo serán deducibles una vez que se hayan pagado, abonado o puesto en disposición y siempre se hubiesen pagado los impuestos correspondientes sobre dichos montos (en este caso el IA).

llegar a generarse pérdidas por compensar¹⁸. Consecuencia de lo recién señalado es que financiar con deuda supondrá muchas veces en los hechos la posibilidad de trasladar la tributación de una jurisdicción a otra, pues en un principio la entidad financiada podría llegar a no tributar en su jurisdicción de residencia por parte de sus beneficios, pues éstos se compensarán en los hechos con los gastos deducibles consecuencia de los intereses pagados en el contexto de su financiamiento¹⁹. Esta realidad se traduce en que, en la práctica, muchas empresas tienden a financiar con deuda a aquellas filiales constituidas en países dónde la tributación a nivel corporativo es más alta²⁰. El otro fenómeno que se genera en esta materia, dice relación con que los intereses pagados podrán o no verse sujetos a un impuesto de retención en su fuente, generando que la entidad prestamista en el contexto de un financiamiento pueda convertirse en sujeto pasivo de impuestos. Así, se vuelve de suma relevancia en los hechos el poder identificar si estos impuestos de retención ceden en favor de uno de los mecanismos de financiamiento por sobre el otro²¹. Así, la OCDE señala como premisa en la configuración de la Acción No. 4 del plan de acción del Base Erosion and Profit Shifting plan (“BEPS”) (año 2013):

“el desarrollo de recomendaciones relativas a mejorar las prácticas en el diseño de reglas tendientes a prevenir la erosión de las bases imponibles por medio del uso excesivo de gastos por concepto de intereses en deuda relacionada o no relacionada con el ánimo de rebajar excesivamente las bases imponibles de las empresas deudoras o de producir ingresos exentos o diferidos”²²
(traducción del autor).

¹⁸ OCDE. 2015. Beps Action 4: Interest Deductions and other Financial Payments, Public Discussion Draft. 12p.

¹⁹ MOORE, P.J. Y ROUANE, F.P. 2005. Taxation and the financial structure of financial economics. IIS Discussion Paper. 88p.

²⁰ MØEN, J. 2011. International Debt Shifting: Do Multinationals Shift Internal or External Debt? University of Konstanz Department of Economics Working Paper Volumen 40. 42p.

²¹ BUKOVETSKY, S. Y HAUFLE, A. 2005. Tax competition when firms choose their organizational form: should tax loopholes for multinationals be closed? CESifo Working Paper. 4p.

²² OCDE. 2015. Limiting Base Erosion Involving Interest Deductions and Other Financial Payments, Action 4 - 2015 Final Report. 6p.

Como consecuencia de lo anterior, podemos concluir que generalmente las normas de exceso de endeudamiento buscan proteger principalmente la erosión de las bases imponibles de las entidades locales, buscan el impedir el traslado de beneficios de una jurisdicción a otra con un régimen de tributación preferencial, y por último buscan regular que no se abuse en los hechos del uso de una tasa de impuesto de retención preferencial. Claramente estos objetivos fueron considerados al establecerse las normas de exceso de endeudamiento locales:

“Ahora bien, señor Presidente, otras formas de evadir y eludir impuestos son las amortizaciones aceleradas, el pago de altos intereses y las asesorías extranjeras. Las casas matrices tienen filiales financieras en paraísos tributarios. En vez de capitales, les aportan créditos con altos intereses, con lo cual transforman sus utilidades (si es que las tienen, ya que la mayoría declara pérdidas) en pago de intereses, con lo cual eluden el impuesto del 35 por ciento adicional y lo transforman en 4 por ciento por los intereses pagados a sus filiales. Es así como la mayor parte de estas empresas aparece pagando por concepto de intereses entre 18 y 26 por ciento de sus productos”²³.

El primer país de la OCDE en implementar normas para limitar el exceso de endeudamiento fue Canadá en 1971, seguido por Australia en 1987, y Estados Unidos un poco después en 1989. A mediados de los noventa, menos de un tercio de los países de la Unión Europea y menos de la mitad de los de la OCDE habían implementado normas de exceso de endeudamiento. No obstante ya para el año 2005 tres quintos de los países de la Unión Europea y más de dos tercios de los de la OCDE habían ya implementado este tipo de normas²⁴. Si bien hay algunos países como Austria, Finlandia e Irlanda que regulan esta problemática con sus normas anti elusivas generales, la tendencia internacional es hacia implementar normas de exceso de endeudamiento locales²⁵. Como veremos a continuación en el curso de este análisis, la conexión entre las normas locales de exceso de endeudamiento y las disposiciones de los CDT dependerá de varios factores entre ellos cuál es la configuración particular de la

²³ HISTORIA DE LA LEY NO. 19.738. Discusión en sala Cámara de Diputados, Legislatura 343. Sesión 36. Fecha 17 de enero, 2001. Discusión general. Biblioteca Congreso Nacional. 596p.

²⁴ BUETTNER, T., OVERESCH, M. Y SCHREIBER, U. 2010. The impact of thin capitalization rules on the capital structure of multinational firms. *Journal of Public Economics*. 2p.

²⁵ BLOUIN, J., HUZINGA, H. Y LAEVEN, L. 2014. Thin capitalization rules and multinational firm capital structure. *Taxation Papers European Commission*. 5p.

norma de exceso de endeudamiento local, si el Artículo 24 de los CDT es recogido por un país en particular en su total extensión y por último como concibe un ordenamiento jurídico en particular la integración de la norma de los CDT con su normativa local interna²⁶.

3. *Normas de Exceso de Endeudamiento Locales*

En el año 2001 la Ley No. 19.738 del 19 de Junio de 2001, incluyó entre otras materias, una importante modificación al artículo 59 N°1 de la LIR, modificación que contemplaba un determinado régimen tributario aplicable en materia de IA a los intereses que se pagaban al exterior. Al respecto, la modificación incorporó gran parte de la tributación hoy vigente según la cual, por regla general, los intereses que se paguen o abonen en cuenta al exterior estarían afectos a IA en carácter de impuesto único con tasa de 35%. Sin embargo, en forma excepcional, el impuesto señalado en el párrafo anterior se aplicaría con una tasa reducida de 4%, entre otros casos, respecto de los intereses que se pagasen o abonasen en cuenta a instituciones bancarias o financieras extranjeras o internacionales. No obstante, parte de los intereses pagados con la tasa reducida del 4% se afectarían a un Impuesto Único cuando se produjera una situación de “exceso de endeudamiento” entre partes relacionadas en los términos establecidos por el artículo 59 N°1 de la LIR, que como tal, fuese superior a tres veces el patrimonio del contribuyente. Así, de verificarse la hipótesis anterior tendrían plena aplicación las normas de exceso de endeudamiento. Estas normas dispondrían que la parte de los intereses pagados con tasas reducidas de IA, en la proporción correspondiente al exceso de endeudamiento, quedarían afectas al Impuesto Único.

La disposición del artículo 59, inciso cuarto N°1 inciso segundo de la LIR sobre exceso de endeudamiento ha sido objeto de múltiples modificaciones (Leyes No. 19.879 del 24 de junio del 2003, No. 20.343 del 28 de abril de 2009, No. 20.780 del 29 de septiembre de 2014 y No. 20.899 de febrero de 2016), hasta llegar al articulado que hoy se contempla en el artículo 41 letra F de la LIR. En particular la modificación de la Ley No. 20.780 del 29 de septiembre del 2014 incorporó importantes modificaciones a las normas de exceso de endeudamiento, recogiendo los elementos esenciales de la antigua norma y agregando otros nuevos;

²⁶ BLOUIN, J., HUZINGA, H. Y LAEVEN, L. Op. Cit. 34p.

especialmente en lo que se refiere a la forma de cálculo de la relación de endeudamiento. A su vez, la Ley No. 20.899 sí bien no contempló ulteriores modificaciones a la forma de cálculo del exceso de endeudamiento, si amplía el hecho gravado de este impuesto incorporando, como lo hemos señalado con anterioridad, dentro de los financiamientos a aquellos que hayan estado sujetos a tasas rebajadas de IA en virtud de la aplicación de alguno de los límites contemplados en un CDT.

Ahora bien, para comprender cabalmente la noción de las normas sobre exceso de endeudamiento se hace necesario precisar que esta es una norma destinada a gravar los intereses, comisiones, remuneraciones por servicios, gastos financieros y otros recargos que se generen como consecuencia de un préstamo (instrumento de deuda u otro contrato que se les asimile) en beneficio de entidades relacionadas²⁷ (constituidas, domiciliadas, residentes o establecidas en el extranjero). Estos montos

²⁷ Para efectos de las normas de exceso de endeudamiento locales se entenderá que el beneficiario es una entidad relacionada cuando:

- i) El beneficiario se encuentre constituido, establecido, domiciliado o residente en algunos de los territorios o jurisdicciones que formen parte de la lista a que se refiere el artículo 41 D de la LIR. Lo anterior no aplica cuando el acreedor no se encontraba dentro de este listado al momento de constituirse:
- ii) El beneficiario se encuentre domiciliado, residente, constituido o establecido en un territorio o jurisdicción que quede comprendido en al menos dos de los supuestos que establece el artículo 41 H de la LIR (régimen fiscal preferencial).
- iii) El beneficiario y quién paga, abona en cuenta o pone a disposición, pertenezcan al mismo grupo empresarial, o directa o indirectamente posean o participen en 10% o más del capital o de las utilidades del otro o cuando se encuentren bajo un socio o accionista común que directa o indirectamente posea o participe en un 10% o más del capital o de las utilidades de uno u otro, y dicho beneficiario se encuentre domiciliado, residente, constituido o establecido en el exterior.
- iv) El financiamiento es otorgado con garantía directa o indirecta de terceros, salvo cuando el tercero que otorga la garantía directa o indirecta cumpla con los siguientes dos requisitos copulativos:
 - Se trate de terceros no relacionados con el deudor, en los términos señalados en los numerales i), ii), iii), iv) o v) del artículo 41 F, y
 - Presten el servicio de garantía a cambio de una remuneración normal de mercado, considerando para tales efectos lo dispuesto en el artículo 41 E de la LIR (precios de transferencia).

Con todo, el tercero que garantiza directa o indirectamente el financiamiento otorgado al deudor, igualmente se considerará relacionado aun cuando cumpla con los dos requisitos señalados precedentemente, en caso que haya celebrado algún acuerdo u obtenido los fondos necesarios para garantizar dicho financiamiento, con alguna entidad relacionada con el deudor en los términos indicados en los numerales i), ii), iii), iv) o v) del artículo 41 F de la LIR.

constituirán la base imponible del impuesto, sea que se hubiesen afectado con el IA del 4%, con una tasa menor al 35% (tasa rebajada en virtud de un CDT), como cuando no se hubiesen afectado con IA alguno. Los intereses que cumplan las condiciones antes descritas, sólo se afectarán con impuestos en aquella parte que correspondan al exceso de endeudamiento determinado al cierre del ejercicio. También se hace necesario precisar, que para efectos de las normas sobre exceso de endeudamiento, el sujeto pasivo es todo contribuyente domiciliado, residente, constituido o establecido en Chile que haya pagado, abonado en cuenta o puesto a disposición durante el ejercicio respectivo alguno de los conceptos señalados anteriormente.

Para que exista exceso de endeudamiento el endeudamiento, total anual del contribuyente debe ser superior a tres veces su patrimonio²⁸ al

v) Se trate de instrumentos financieros colocados y adquiridos por empresas independientes y que posteriormente son adquiridos o traspasados a empresas relacionadas en los términos señalados en los numerales i) al iv) anteriores.

vi) Una parte lleve a cabo una o más operaciones con un tercero que, a su vez, lleve a cabo, directa o indirectamente, con un relacionado de aquella parte, una o más operaciones similares o idénticas a las que realiza con la primera, cualquiera sea la calidad en que dicho tercero y las partes intervengan en tales operaciones. Esta hipótesis es idéntica a la establecida en su momento para determinar la relación en materia de precios de transferencia (artículo 41 E), norma concebida para poder entender como relacionados los financiamientos back-to-back.

²⁸ Ahora bien para efectos de este cálculo por Patrimonio se entenderá el Capital Propio Tributario de la empresa determinado al 1 de enero del ejercicio respectivo, o a la fecha de la iniciación de actividades. A este capital propio se le agregarán, proporcionalmente, el valor de los aportes y aumentos efectivos de capital, y se le deducirán, proporcionalmente también, el valor de las disminuciones efectivas de capital, así como los retiros o distribuciones del ejercicio respectivo. Luego, a ese Capital Propio Tributario ajustado se le deducirá también todo aporte que directa o indirectamente haya sido financiado con préstamos (créditos, instrumentos de deuda y otros contratos u operaciones) con partes directa o indirectamente relacionadas. La deducción recién descrita no operará si el aporte se encuentra efectivamente pagado, salvo que ese pago efectivo se hubiese financiado a su vez con deuda relacionada. Esta última disposición busca impedir que la utilización de créditos destinados a financiar aportes de capital pueda aumentar artificialmente el límite de endeudamiento de otras empresas del mismo grupo.

Se hace presente que, de acuerdo al N° 1, del artículo 41 de la LIR, el capital propio tributario será equivalente a la diferencia entre el activo y el pasivo exigible a la fecha de iniciación del ejercicio comercial correspondiente, rebajándose previamente todos aquellos valores intangibles, nominales, transitorios y de orden y otros que determine el Servicio de Impuestos Internos, que no representen inversiones efectivas, debiendo formar parte de dicho capital propio los valores del empresario que hayan estado

término del ejercicio respectivo. El cálculo consistiría entonces en tomar la cantidad de intereses u otros gastos de financiamiento que hayan sido pagados en virtud de una deuda relacionada y multiplicarlos por el monto que resulte de dividir el endeudamiento total²⁹ de la sociedad menos tres veces el patrimonio de la misma, en el endeudamiento total.

Así, cuando resulte un exceso de endeudamiento, éste se aplicará sobre la suma de los intereses y demás partidas, pagadas, abonadas en cuenta o puestas a disposición durante el ejercicio respectivo, en el porcentaje que se obtenga de dividir el endeudamiento total anual de la empresa menos tres veces el patrimonio, por el referido endeudamiento total anual. Contra el monto a pagarse, según el resultado de la Fórmula N° 2, se dará de crédito el monto de la retención, total o proporcional, del IA que se hubiese declarado y pagado con anterioridad respecto de aquellos montos que constituyen la base imponible y que se hubiesen afectado con el IA del 4%, o con una tasa menor al 35%. El impuesto pagadero resultante según el resultado de la Fórmula N° 2 será de cargo de la empresa deudora, la cual podrá deducirlo como gasto de la determinación de su Renta Líquida Imponible.

No obstante lo anterior, se hace también necesario precisar que la aplicación de las normas de exceso de endeudamiento admiten excepciones. Existen tres tipos de situaciones de excepción:

incorporados al giro de la empresa, y excluyéndose en el caso de contribuyentes que sean personas naturales los bienes y deudas que no originen rentas gravadas en la Primera Categoría o que no correspondan al giro, actividades o negociaciones de la empresa. Tratándose de empresas que se encuentren autorizadas para llevar su contabilidad en moneda extranjera, determinarán su patrimonio bajo el mismo esquema de cálculo antes indicado en la moneda extranjera de que se trate, convirtiendo éste a moneda nacional según el valor de cotización del tipo de cambio observado de la moneda extranjera vigente al primer día del mes de enero del año comercial respectivo.

²⁹ El endeudamiento total anual se compondrá de todo crédito y pasivo (de los señalados en las letras a), b), c), d), g) y h) del N° 1 del artículo 59) que la empresa registre durante el ejercicio, sea con partes nacionales o extranjeras, relacionadas o no relacionadas, incluidas las que correspondan a sus establecimientos permanentes, de haberlos, al valor promedio mensual de sus saldos insolutos. A este monto se le deberán de agregar también toda partida (comisiones, gastos financieros, etc.) que a su vez devengue intereses. Es necesario señalar también que a quien le es traspasada o quien asume una deuda por alguna operación que implique el traspaso o la novación de estas (generalmente estructuras de reorganización) deberá también agregarlas a la determinación del endeudamiento total anual.

- (i) **Financiamiento de Proyectos:** No se aplicaran las disposiciones de exceso de endeudamiento de verificarse la hipótesis de “Project Finance”, es decir cuando el financiamiento obtenido y los servicios recibidos correspondan al financiamiento de uno o más proyectos en Chile³⁰, otorgados mayoritariamente por entidades no relacionadas con el deudor, en que para los efectos de garantizar el pago de la deuda las entidades prestamistas o prestadoras de servicios hayan exigido: (i) constituir entidades de propiedad común con el deudor o sus entidades relacionadas, o (ii) garantizar la deuda otorgada con las acciones o derechos de propiedad sobre la entidad deudora o con los frutos que tales títulos o derechos produzcan. Esta excepción será efectiva toda vez que las garantías señaladas se hayan pactado a sus valores normales de mercado³¹.
- (ii) **Contribuyentes no gravados con el Impuesto Único:** El impuesto de 35% establecido en el artículo 41 F de la LIR, grava a los contribuyentes domiciliados, residentes, constituidos o establecidos en Chile, que pagan, abonan en cuenta o ponen a disposición de un acreedor relacionado, domiciliado o residente en el extranjero, los intereses u otras partidas susceptibles de resultar gravadas. Sin embargo, no se aplicará este impuesto cuando el contribuyente referido cumpla con las siguientes condiciones copulativas:
- a. Cuando sea un banco, compañía de seguros, cooperativa de ahorro y crédito, emisores de tarjetas de crédito, agentes administradores de mutuos hipotecarios endosables, cajas de compensación de asignación familiar y las demás entidades de crédito autorizadas por ley o cajas.
 - b. Se encuentre sujeto, según corresponda en cada caso, a la fiscalización de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras, de la Superintendencia de Valores y Seguros, o de la Superintendencia de Seguridad Social.

³⁰ Si el proyecto estuviere destinado a la prestación de servicios, esto podría realizarse en Chile o en el extranjero, pero el financiamiento debe estar directamente destinado a la ejecución o desarrollo de alguna de las etapas del referido proyecto.

³¹ Con todo, aun cuando se cumplan los requisitos para que no resulte aplicable el impuesto respecto de estos financiamientos en particular (Project Finance), igualmente dicho financiamiento se considerará en el cálculo del exceso de endeudamiento para determinar la aplicación del impuesto, sobre las partidas que correspondan por operaciones de créditos, pasivos y demás obligaciones gravadas que no cumplan con tales requisitos.

Si el contribuyente deudor de los intereses cumple con ambos de los requisitos señalados, y posteriormente se produce algún acto jurídico que cambie la persona del deudor (como por ejemplo, una novación por cambio de deudor o una asunción de deuda) el impuesto se aplicará, dependiendo de si se verifican los requisitos que establece el artículo 41 F de la Ley sobre Impuesto a la Renta respecto del nuevo deudor.

La Ley N° 20.899 agregó al N° 13 del artículo 41 F una nueva hipótesis en virtud de la cual no se aplicará el impuesto de control en análisis. Esta es:

- (iii) En caso que el deudor, domiciliado, residente, constituido o establecido en Chile, sea una entidad cuya actividad haya sido calificada de carácter financiero por el Ministerio de Hacienda mediante resolución fundada.

Es necesario también el hacer un par de comentarios relativos a la entrada en vigencia y alcance de las modificaciones introducidas por las Leyes No. 20.780 y 20.899. Así, con efecto desde el 1ero de enero de 2015 el impuesto sobre el exceso de endeudamiento, contemplado en las reformas legales recién explicadas, se aplicará solamente respecto de los pasivos y obligaciones contraídos a partir de dicha fecha. No obstante, aplicará igualmente el impuesto cuando con posterioridad a esa fecha (1ero de enero de 2015), las obligaciones hayan sido novadas, cedidas, o se modifiquen en su monto o su tasa de interés, o cuando directa o indirectamente hayan sido adquiridas por empresas relacionadas. No obstante, ésto no quiere decir que los créditos contraídos con anterioridad al 1ero de enero de 2015 no se deban considerar para efectos de determinar y calcular el exceso de endeudamiento. En razón de lo anterior, los intereses pagados por créditos suscritos con anterioridad al 1ero de enero de 2015, y que no hubieran sufrido las modificaciones recién transcritas, quedarán fuera del espectro de aplicación de las nuevas normas de exceso de endeudamiento, más tendrán necesariamente que considerarse para el cálculo del exceso de endeudamiento que pueda terminar afectando a los intereses de otros créditos.

Así, si tuviéramos que caracterizar a las normas de exceso de endeudamiento locales, podríamos calificarlas como una sanción que funciona en relación a un ratio fijo (proporción 3:1), calculado en base a la proporción deuda capital, que tiene como efecto el aplicar un Impuesto Único del 35% a aquellos intereses que hubieren pagado tasas de IA inferior al

35%, sólo en la proporción correspondiente al exceso de endeudamiento. También es una disposición particular en la medida de que establece como sujeto pasivo al deudor local, pudiendo éste hasta deducir como gasto el Impuesto Único pagado de verificarse la situación de exceso de endeudamiento. Es una disposición que no limita la deducibilidad de los intereses, ni aún en el escenario de aquellos intereses que se paguen habiéndose verificado una situación de exceso de endeudamiento.

4. *Tipos de Normas de Exceso de Endeudamiento que existen a Nivel Comparado*

En materia internacional existen distintos vehículos tendientes a solucionar la problemática del abuso de las relaciones de financiamiento de capital y deuda. Cada uno de los mecanismos que se contemplan para paliar con el abuso en materia de exceso de endeudamiento, buscan lidiar con alguno de los abusos explicados en la sección anterior. Así, habrá medidas que por ejemplo busquen lidiar con el problema de la erosión de las bases imponibles de las entidades deudoras, y otras que busquen más bien lidiar con el desequilibrio que muchas veces se genera por la diferencia en las tasas de los impuestos de retención. Ahora bien, además de identificar a continuación cuáles son los modelos más recurrentes a efectos de lidiar con la problemática del exceso de endeudamiento, ahondaremos también en cuáles son los mecanismos subyacentes de los cuales se valen para hacer ejecutables estas sanciones. Así, veremos que muchas veces hay esquemas que buscan el hacer ejecutar las sanciones por medio del establecimiento de ratios fijos o variables, mientras que hay otros esquemas que tienden más bien a buscar criterios de razonabilidad e independencia en las relaciones de financiamiento antes que sujetarse a ratios de apalancamiento.

De manera preliminar es dable identificar tres principales líneas conceptuales, en materia de los resultados buscados por las normas de exceso de endeudamiento. Así, las normas de exceso de endeudamiento incorporadas en los sistemas tributarios suelen tener uno de los siguientes efectos:

- (i) Negar la deducibilidad de los intereses pagados en exceso a nivel de la empresa deudora. Esta medida trae aparejada la consecuencia práctica de que aquellos intereses u otros montos a los que alcanza la normativa en comento, no puedan llegar a ser deducibles de la base imponible de la entidad pagadora del impuesto. Lo anterior

trae asociado el efecto correlativo de gravar tales montos o con el impuesto corporativo de la empresa deudora, o bien con un recargo adicional de existir en tal jurisdicción un sobrecargo a los gastos calificados como gastos rechazados. A nivel comparado se conoce este método como “*earning-stripping method*”³². Algunos países que contemplan este tipo de disposiciones, entre otros, son por ejemplo Australia, Canadá, Dinamarca, Francia, Hungría, Indonesia, Japón, Holanda, Nueva Zelanda, Perú, Polonia, Portugal, Corea del Sur, Reino Unido y Estados Unidos³³.

- (ii) Recalificar la deuda en capital y, en consecuencia, tratar los intereses como dividendos. Esta sanción tiene como consecuencia a su vez, el que los gastos por concepto de intereses y de otro tipo de recargos alcanzados por la normativa de exceso de endeudamiento, no puedan ser rebajados como gastos y también tiene el efecto de aplicar las tasas de impuesto de retención aplicables a los dividendos. En materia de legislación comparada, este modelo de sanción puede a su vez alcanzar distintos niveles de intensidad habiendo algunas jurisdicciones que sólo conceptualizan esta sanción desde la perspectiva tributaria, mientras que en otras jurisdicciones la recalificación también alcanza a la recalificación del préstamo en sí, reconduciéndolo para todos los efectos, incluso para efectos corporativos, a una hipótesis de capital. Así, y en toda su variante de intensidad, esta sanción traería aparejada el efecto de producir no sólo una sanción para la empresa pagadora del interés, sino que eventualmente también el efecto de producir un sobrecargo respecto a la entidad acreedora que podría eventualmente terminar por pagar un impuesto de retención más alto. Algunos países que contemplan este tipo de disposiciones, entre otros, son por ejemplo Bélgica, República Checa, Alemania, Italia, Rusia, España y Suiza³⁴.
- (iii) Establecer una sanción particular a la entidad pagadora del impuesto. Este modelo de sanción no pasa por negar la deducibilidad de los intereses pagados en exceso ni por recalificar en su naturaleza a los mismos, sino que más bien pasa por contemplar un tratamiento tributario especial para la empresa deudora, sin alterar la situación comercial de los financiamientos ni sus efectos tributarios directos.

³² ELLIFFE, C.M. Ob. Cit. 8p.

³³ BLOUIN J., HUZINGA H. Y LAEVEN, L. Op. Cit. 34p.

³⁴ BLOUIN, J., HUZINGA, H. Y LAEVEN, L. Op. Cit. 34p.

Así, estos gastos, generalmente gastos financieros, siguen siendo deducibles de las bases imponibles de las empresas deudoras, y la tributación establecida en favor de las entidades acreedoras tampoco se vería modificada en cuanto al alcance de los impuestos de retención establecidos en materia de pago de intereses. Estamos aquí más bien frente a un hecho gravado especial que se relaciona directamente con la entidad pagadora y que aplica un sobrecargo directamente en los intereses y los otros gastos financieros que contempla la norma, pagados en situación de exceso de endeudamiento. Un país donde aplica este modelo de sanción es Chile.

En el escenario local es interesante el identificar que la discusión relativa a cuál mecanismo utilizar en la confección de la normativa local de exceso de endeudamiento fue bastante nutrida. Sólo a modo ilustrativo resulta relevante considerar que la norma de exceso de endeudamiento local en su momento fue conceptualizada como una norma destinada a limitar la deducibilidad de los gastos en las empresas locales. Así, es posible identificar que preliminarmente la norma de exceso de endeudamiento local se contempló como una modificación al Artículo No. 31 de la LIR, tal y como lo señala el Mensaje de la Ley que introdujo las normas de exceso de endeudamiento chilenas:

“e) Se introducen modificaciones al artículo 31, en el siguiente sentido:

i) En primer lugar, se propone rechazar la deducción como gasto de aquellos intereses pagados o adeudados a una sociedad relacionada, cuando la empresa deudora tenga una relación patrimonial deuda capital superior a lo que razonablemente se acepta en términos generales para los distintos sectores económicos”³⁵.

Esta regla concebida para modificar el Artículo No. 31 de la LIR en definitiva no fue aprobada, por establecer limitaciones que se consideraron arbitrarias, por lo cual fue reemplazada mediante Indicación del Ejecutivo, según consta en Informe de Comisión de Hacienda de enero de 2001. Así, la conceptualización final de la norma en comento fue una destinada a establecer una sanción adicional en un hecho gravado especial, de cargo de la empresa pagadora local, para todas aquellas sumas pagadas en situación de exceso de endeudamiento. Sin perjuicio de lo anterior, la mayoría de los países en la legislación comparada ha optado

³⁵ MENSAJE HISTORIA DE LA LEY NO. 19.738. Biblioteca Congreso Nacional. 15p.

por tratar las diferencias de exceso de endeudamiento como un gasto no deducible o como montos a ser recalificados en su naturaleza y no como un hecho gravado especial como ocurre en Chile.

Como se mencionó en el acápite anterior, además de analizar cuáles son las sanciones específicas que persiguen imponer las disposiciones de exceso de endeudamiento, se hace sumamente necesario también el analizar cuáles son las fórmulas que se contemplan a nivel comparado para medir o calificar una situación de financiamiento como potencialmente excesiva. Así, es posible el identificar al menos dos tipos de fórmulas:

- (i) Fórmulas que contemplan ratios fijos o variables: Generalmente, es uno de los enfoques más comunes a nivel comparado y consiste básicamente en establecer anticipadamente ciertas proporciones en el nivel de endeudamiento en relación al nivel de financiamiento con capital. Existen sutiles variaciones en este mismo sistema, por ejemplo hay países que miden estos ratios no ya a nivel de la relación deuda patrimonio sino que más bien en relación a la proporción entre EBITDA y gastos financieros, o entre activos y gastos financieros. Generalmente, las fórmulas amparadas en ratio suelen ser objeto de múltiples críticas, pues por concepto los ratios son límites arbitrarios que no muchas veces comprenden las fluctuaciones y necesidades de financiamiento de los diversos sectores de la economía³⁶. También se critican estas disposiciones en la medida de que al menos subrepticamente amparan las hipótesis de abuso concibiendo un “*safe harbour*” para aquellos contribuyentes que se cuiden de no rebasar estos ratios³⁷. Pero más allá de constituirse en mecanismos arbitrarios, su principal crítica pasa siempre por el hecho de que los ratios en sí podrían envolver serios problemas de discriminación y que generalmente se constituyen en medidas inefectivas para controlar el exceso de endeudamiento, pues siempre son susceptibles de ser eludidos a través de los esquemas de endeudamiento indirecto.
- (ii) Fórmulas de prueba en favor de la verificación de un financiamiento según el principio “*arm’s length*”: Este enfoque consiste en no establecer una mecánica determinada para la verificación del exceso de endeudamiento, sino que más bien en establecer la obligación

³⁶ OCDE. BEPS Action 4: Interest Deductions and other Financial Payments. Op. Cit. 12p.

³⁷ ELLIFFE, C.M. Op. Cit.8p.

de probar que un determinado financiamiento resultó necesario e imprescindible de acuerdo a la situación económica y financiera de la empresa deudora, y que tal financiamiento podría haber sido pactado aún con empresas independientes. Lo anterior no es más que la aplicación práctica de las directrices de precios de transferencia en su variante más práctica de la aplicación del principio de empresa independiente. Generalmente, las fórmulas basadas en principios “arm’s length” son reconocidas como modelos más justos y acordes con las declaraciones implícitas en los CDT. La OCDE misma reconoce los beneficios esta fórmula de determinación del exceso de endeudamiento:

*“El test del arm’s length requiere de tomar en cuenta las consideraciones circunstanciales de la compañía, considerando la proporción de deuda y de capital que una entidad sería capaz de obtener de terceras partes. Así, se permite que las administraciones tributarias tengan la mira puesta en las características comerciales particulares de una entidad (...)”*³⁸ (traducción de autor).

Las críticas respecto a estas fórmulas, radican en los altos costos de cumplimiento que traen asociados, tanto para los obligados como para las autoridades fiscales, y también en el hecho de que los acuerdos anticipados en esta materia resultan ser instrumentos rígidos ante sectores económicos o contextos situacionales que requieren de niveles de endeudamiento variables. Algunos países que contemplan este tipo de disposiciones, bien como única regla de cálculo o como una cláusula que eventualmente podría inhibir la aplicación de la sanción (también conocidas como cláusulas de salida), son por ejemplo Australia, Bélgica, Dinamarca, Alemania, Indonesia, Italia, Portugal, Suiza, Reino Unido y Estados Unidos³⁹.

En Chile, las normas de exceso de endeudamiento vigentes siguen la fórmula de establecer un ratio en la relación deuda patrimonio existente en la sociedad deudora, fórmula que claramente va en retirada si consideramos que el criterio que guía a los CDT en general es la regla del operador independiente o arm’s length⁴⁰.

³⁸ OCDE. Limiting Base Erosion Involving Interest Deductions and Other Financial Payments, Action 4 - 2015 Final Report. Op. Cit. 17p.

³⁹ BLOUIN J., HUZINGA H. Y LAEVEN, L. Op. Cit. 34p.

⁴⁰ VILLALÓN MÉNDEZ, V. Op. Cit. 167p.

Por último, es interesante mencionar que hay otros criterios que en la práctica resultan en configurar distintas normas de exceso de endeudamiento. Es interesante a este respecto mencionar que muchos de los países que conciben normas de exceso de endeudamiento condicionan su aplicación a la existencia de una transacción entre partes clara o aparentemente relacionadas⁴¹. Así por ejemplo, varias jurisdicciones contemplan, tal y como lo hace Chile, dentro de sus hipótesis de relación a aquellas transacciones materializadas con entidades domiciliadas en paraísos fiscales o también en transacciones de financiamiento back to back⁴². Así también hay varios países, si bien son menos, que no condicionan la aplicación de esta norma a estructuras de financiamiento entre partes relacionadas. Tenemos también por ejemplo diferencias entre aquellos países que para calcular la proporción de endeudamiento consideran toda la deuda de la empresa cuyos ratios se miden independiente de que luego el impuesto aplique sólo al financiamiento con partes relacionadas, mientras que hay otros países que circunscriben esta variante sólo a la deuda con partes relacionadas⁴³. Países como Bélgica, Canadá, Francia, Alemania, Italia, Japón, Portugal, Rusia y España⁴⁴, por ejemplo, sólo calculan el endeudamiento con partes relacionadas para efectos de las normas de exceso de endeudamiento.

En el contexto de BEPS de la OCDE se volvió a analizar cuál de los métodos de configuración de las normas de exceso de endeudamiento podría resultar en la práctica como más efectivo para evitar la erosión de las bases imponibles de las entidades locales, llegándose a la conclusión de que necesariamente éste es un tema que necesita de una multiplicidad de perspectivas de acción. Así, al menos a la fecha del último reporte de la Acción No. 4 de BEPS (2015), se llegó a la conclusión de que el sistema ideal para combatir el sobreendeudamiento comprendería una combinación de un método de ratios en base a comparar los gastos financieros con el EBITDA de la compañía, junto con una cláusula de salida de configuración arm's length en el caso del financiamiento con partes relacionadas⁴⁵. Si bien la OCDE reconoce que el modelo de ratios es inherentemente

⁴¹ BLOUIN J., HUZINGA H. Y LAEVEN L. Op. Cit. 11p.

⁴² OCDE. Thin Capitalization. Op. Cit. 14p.

⁴³ BLOUIN J., HUZINGA H. Y LAEVEN, L. Op. Cit. 30p.

⁴⁴ BLOUIN J., HUZINGA H. Y LAEVEN, L. Op. Cit. 34p.

⁴⁵ OCDE. Limiting Base Erosion Involving Interest Deductions and Other Financial Payments, Action 4 - 2015 Final Report. Op. Cit. 13p.

arbitrario, lo plantea como solución por su simplicidad y mayoritariamente por la intención de que la integración global de las autoridades fiscales permita algún día el establecer ratios móviles que consideren el nivel de financiamiento de los grupos empresariales transnacionales como un todo.

II RELACIÓN ENTE LAS NORMAS DE EXCESO DE ENDEUDAMIENTO CHILENAS Y LOS CONVENIOS DE DOBLE TRIBUTACIÓN DE LA OCDE

1. *Introducción a la problemática*

De un análisis pormenorizado de las normas de exceso de endeudamiento a nivel internacional, se puede identificar que una de las principales problemáticas que se presenta al incorporar dentro del espectro de las normas de exceso de endeudamiento a aquellos financiamientos trasfronterizos con partes relacionadas, es la de analizar cuál es el efecto que las normas de exceso de endeudamiento podrían llegar a tener a nivel de los CDT. Generalmente, el problema que surge es el relativo a la procedencia de la norma de No-Discriminación de los CDT respecto a las normas de exceso de endeudamiento locales.

Una primera aproximación a esta problemática pasa necesariamente por analizar los párrafos 4 y 5 del Artículo 24 de No-Discriminación de los CDT de la OCDE y de los Comentarios al Modelo y otros documentos de trabajo de la OCDE al respecto. Lo anterior es del todo relevante, pues las normas de exceso de endeudamiento son un problema en esencia trasfronterizo. Así, la presencia de una operación trasfronteriza entre partes relacionadas, es generalmente el elemento relevante en la mayoría de las disposiciones de exceso de endeudamiento que existen a nivel comparado. Lo anterior, es sólo lógico si consideramos que en las transacciones entre partes relacionadas locales el perjuicio fiscal y la erosión de las bases imponibles es un concepto sólo relativo; ésto se generaría toda vez que los impuestos corporativos de la mayoría de las jurisdicciones darían para absorber los efectos impositivos que cualquier maniobra abusiva en materia de financiamiento local podría llegar a tener. Así, el interés rebajado abusivamente como gasto en una de las entidades locales, implicará necesariamente un ingreso correlativo en una tercera entidad local. Si bien la afirmación anterior es relativa, toda vez que hay efectivamente

espacio para arbitrar localmente en materia de programación de gastos y aprovechamiento de pérdidas, es suficiente para permitirnos confirmar que, al menos preliminarmente, el problema del exceso de endeudamiento es un problema eminentemente transfronterizo⁴⁶.

Un buen punto de partida en este análisis pasa por atender al primer documento en el que la OCDE se pronuncia respecto a las normas de exceso de endeudamiento, pues es este documento fundante desde dónde se desprenden los lineamientos programáticos de la OCDE en esta materia. El “*Thin Capitalization Report*”⁴⁷ de la OCDE del año 1986 es interesante, pues es la primera vez en que esta entidad reconoce la problemática y realidad de las normas de exceso de endeudamiento y admite su procedencia en el contexto de los CDT. Lo primero que señala el reporte, y que será relevante para nuestro análisis, es que, al menos preliminarmente:

*“(...) los intereses (...), pagados por una empresa de un Estado Contratante a un residente de otro Estado Contratante, deberán, para efecto de calcular su base imponible afecta a impuestos, ser deducibles bajo las mismas condiciones aplicables que hubieran procedido si el pago se efectuara a un residente del primer Estado mencionado”*⁴⁸ (traducción del autor).

No obstante, la intención de la OCDE en esta materia no era el admitir indiscriminadamente las estructuras de financiamiento abusivas de las empresas y es por ello que a renglón seguido reconoce que procederán las normas de exceso de endeudamiento, siempre que el contribuyente pudiera siempre reservarse el derecho de poder probar que el nivel de endeudamiento asumido era similar al que hubieran obtenido empresas independientes en condiciones similares. Es decir, si bien en un principio la OCDE no establece una prohibición expresa a la procedencia de las normas de exceso de endeudamiento, si es clara en precisar que sea cual sea el sistema escogido por las jurisdicciones particulares para regular el fenómeno de la infracapitalización, éstas deberían en un principio adherir al principio o fórmula de configuración del “arm’s length”. Como consecuencia de lo anterior, el informe trata la subcapitalización como una aplicación del principio “arm’s length”, y rechaza todo ajuste que lleve a un impuesto superior al resultante de este principio, condenando a su

⁴⁶ ELLIFFE, C.M. Op. Cit. 9p.

⁴⁷ OCDE. Thin Capitalization. Op. Cit.

⁴⁸ OCDE. Thin Capitalization. Op. Cit. 66p.

vez toda norma de exceso de endeudamiento basada en métodos de ratios de endeudamiento siempre que no se admita la prueba de que en el caso concreto el endeudamiento corresponde al propio de una situación de independencia⁴⁹. La reflexión vertida en este reporte es luego transferida a los Comentarios del Artículo No. 9 de la OCDE, el año 1992, dónde se señala principalmente que las normas de exceso de endeudamiento serán procedentes siempre y cuando dicha práctica tenga por finalidad igualar los efectos fiscales de las operaciones de financiamiento entre empresas relacionadas a los que hubieran tenido lugar en operaciones entre empresas independientes. Así, se señalaba en los Comentarios al Artículo No. 9:

“(...) el artículo permite determinar no sólo el tipo de interés previsto en el contrato de mutuo como un tipo de plena concurrencia, sino también si el que se expone como deuda puede ser considerado como tal o debe considerarse como aportación de fondos de otro carácter, y más especialmente como una participación en el capital social”⁵⁰.

Sin embargo, también contemplan como limitación que:

“(...) las disposiciones que tratan de reducir la subcapitalización no deberían tener normalmente como efecto elevar el importe de los beneficios sometidos a imposición de la empresa nacional considerada, hasta un nivel superior al que habrían alcanzado esos mismos beneficios en condiciones de plena concurrencia”⁵¹.

Así, la finalidad del Artículo No. 9 no es más que la de garantizar que cada Estado pueda sujetar a tributación los beneficios realmente obtenidos en su territorio, y evitar que ese beneficio pueda alterarse cuando las transacciones se realizan entre partes relacionadas. Así, lo que es interesante a este respecto es que el artículo recién referenciado no es una norma de distribución de potestad tributaria, sino que busca más bien asegurar que el beneficio es gravado en aquel sujeto que lo obtiene realmente y, por ende, en el Estado al que se atribuye el poder de

⁴⁹ PITA, G., FERNANDEZ LOPEZ, I. Y RUIZ HIDALGO, C. 1999. Una aportación sobre la naturaleza jurídica de la norma sobre subcapitalización en España. Quincena Fiscal No. 17. 20p.

⁵⁰ CATINOT, S., PARRONDO, A. Y CAMPAGNALE, L. 2000. Limitación a la Deducción de Intereses. Editorial La Ley. 7p citando los Comentarios al Modelo de Convenio de Doble Tributación, año 1992.

⁵¹ CATINOT, S., PARRONDO, A. Y CAMPAGNALE, L. Op. Cit. 31p.

someterlo a tributación⁵². La norma del Artículo No. 9 de los CDT ha ido recogiendo en el tiempo cada vez más la intención de la OCDE de establecer como criterio diferenciador en materia de las normas de exceso de endeudamiento, el que las mismas se acojan al principio “arm’s length”, así hoy por hoy los Comentarios señalan al respecto que:

*“Este artículo no previene la aplicación de las normas de exceso de endeudamiento locales, siempre que su efecto sea el de asimilar los ingresos del acreedor a aquellos que hubieren correspondido en una situación de “arm’s length” (traducción del autor)”*⁵³.

No obstante, si bien la norma del Artículo No. 9 de los CDT es una norma que nos permite introducirnos a la problemática de las normas de exceso de endeudamiento y los CDT, la problemática sólo se ve resuelta en el análisis pormenorizado del Artículo No. 24 de No-Discriminación de las mismas. El Artículo No. 24 de los CDT no constituye sino la consagración en el plano internacional de un principio primordial en todo ordenamiento jurídico que se jacte de serlo. Lamentablemente, este no es principio de reconocimiento expreso en el derecho internacional, motivo por el cual requiere de un reconocimiento explícito y de una articulación pormenorizada para poder ser operativo y exigible en la práctica. Las cláusulas de No-discriminación son así en los hechos una herramienta para asegurar la validez de los CDT, en un contexto dónde las soberanías locales podrían eventualmente restarle efectividad a las prescripciones de estos acuerdos internacionales. Tal es la relevancia de las mismas, que la No-Discriminación como concepto precede a los Convenios y sería un concepto forjado a nivel internacional a finales del siglo 19, con el objetivo de fortalecer la protección diplomática de las partes en materia de relaciones transfronterizas⁵⁴. En los Convenios OCDE, la primera aparición de este concepto data del primer borrador de Modelo de Convenio del año 1963⁵⁵.

⁵² ESTEVE, M.L. 2000. Régimen tributario de la subcapitalización. Centro de Estudios Financieros.

⁵³ OCDE. Comentarios al Modelo de Convenio de Doble Tributación, año 2014. 183p.

⁵⁴ AVERY JONES, J.F. 2009. Understanding the OECD Model Tax Convention: The Lesson of History. Tax Review. 10p.

⁵⁵ NEPOTE, I. 2011. Article 24-Non-Discrimination in History of Tax Treaties: The Relevance of the OCDE documents for the interpretation of tax treaties. Linde. 663p.

2. *Artículo No. 24 de No-Discriminación de los CDT*

Una primera aproximación a este artículo nos permitiría afirmar que la protección que éste entrega, es la de conjugar la necesidad de impedir una discriminación injustificada con la de tener en cuenta esas diferencias legítimas⁵⁶. Así, es relevante el hacer notar que el Artículo No. 24⁵⁷

⁵⁶ MADARIAGA, J. 2011. No discriminación en los Convenios para evitar doble imposición internacional. Centro de Estudios Tributarios Universidad de Chile Revista Tributaria N° 5. 147p.

⁵⁷ Artículo 24:

1. Los nacionales de un Estado contratante no serán sometidos en el otro Estado contratante a ningún impuesto u obligación relativa al mismo que no se exijan o que sean más gravosos que aquellos a los que estén o puedan estar sometidos los nacionales de ese otro Estado que se encuentren en las mismas condiciones, en particular con respecto a la residencia. No obstante las disposiciones del artículo 1, la presente disposición es también aplicable a las personas que no sean residentes de uno o de ninguno de los Estados contratantes.

2. Los apátridas residentes de un Estado contratante no serán sometidos en ninguno de los Estados contratantes a ningún impuesto u obligación relativa al mismo que no se exijan o que sean más gravosos que aquellos a los que estén o puedan estar sometidos los nacionales del Estado en cuestión que se encuentren en las mismas condiciones, en particular, con respecto a la residencia.

3. Los establecimientos permanentes que una empresa de un Estado contratante tenga en el otro Estado contratante no serán sometidos a imposición en ese Estado de manera menos favorable que las empresas de ese otro Estado que realicen las mismas actividades. Esta disposición no podrá interpretarse en el sentido de obligar a un Estado contratante a conceder a los residentes del otro Estado contratante las deducciones personales, desgravaciones y reducciones impositivas que otorgue a sus propios residentes en consideración a su estado civil o cargas familiares.

4. A menos que se apliquen las disposiciones del apartado 1 del artículo 9, del apartado 6 del artículo 11 o del apartado 4 del artículo 12, los intereses, regalías y demás gastos pagados por una empresa de un Estado contratante a un residente del otro Estado contratante serán deducibles para determinar los beneficios sujetos a imposición de dicha empresa, en las mismas condiciones que si se hubieran pagado a un residente del Estado mencionado en primer lugar. Igualmente, las deudas de una empresa de un Estado contratante contraídas con un residente del otro Estado contratante serán deducibles para la determinación del patrimonio imponible de dicha empresa en las mismas condiciones que si se hubieran contraído con un residente del Estado mencionado en primer lugar.

5. Las empresas de un Estado contratante cuyo capital esté, total o parcialmente, poseído o controlado, directa o indirectamente, por uno o varios residentes del otro Estado contratante, no se someterán en el Estado mencionado en primer lugar a ningún impuesto u obligación relativa al mismo que no se exijan o que sean más gravosos que aquellos a los que estén o puedan estar sometidas otras empresas similares del Estado mencionado en primer lugar.

de No-Discriminación de los CDT está lejos de ser una mera declaración programática donde se protege al inversionista extranjero de las arbitrariedades por el trato preferente que el otro Estado Contratante de a un nacional, al contrario, la cláusula de No-Discriminación es una cláusula compleja, nutrida y de naturaleza heterogénea en su acepción subjetiva. Así, descartamos en un principio que la cláusula de No-Discriminación de los CDT pueda interpretarse como una acepción o materialización de una cláusula de nación más favorecida, sino muy por el contrario. El Artículo 24 contempla en sí una serie de cláusulas de naturaleza heterogénea que no siempre responden a la misma lógica. Así por ejemplo, mientras el primer párrafo contempla una protección a la discriminación por razón de nacionalidad, el párrafo segundo contempla dentro del círculo de sujetos protegidos a los apátridas. Tenemos luego también el párrafo tercero del Artículo No. 24, el cual contiene una cláusula de no discriminación más bien por razón de la residencia del sujeto discriminado, y que decir de los párrafos 4 y 5 los cuales se apartan absolutamente de esta lógica y contemplan cláusulas de protección en favor una de la persona con la que se contrata y la otra la protección a la empresa cuyo capital esté suscrito o controlado por residentes del otro Estado Contratante. Por consiguiente, los sujetos protegidos por la cláusula de No-Discriminación varían en función del párrafo en el que resida la hipótesis discriminatoria: en los párrafos 1 y 2 será el nacional o apátrida que está siendo discriminado (con independencia de su residencia), en el párrafo 3 será el residente del otro Estado Contratante, y en los párrafos 4 y 5, el residente que contrata con un residente de otro Estado Contratante o el residente cuyo capital es poseído por un residente del otro Estado Contratante⁵⁸. En definitiva, si bien el Artículo 24 constituye un conjunto de cláusulas que en un principio parecieran no responder a un principio común ellas definitivamente tienen una finalidad cohesiva cuál es la de evitar que los impuestos de un Estado se conviertan en obstáculos para el ejercicio de la soberanía asegurada al otro Estado Contratante en el contexto de los Convenios.

Otra característica de este Artículo, es que el mismo está orientado a acabar con la discriminación en circunstancias particulares y claramente

6. No obstante las disposiciones del artículo 2, las disposiciones del presente artículo son aplicables a todos los impuestos, cualquiera que sea su naturaleza o denominación.

⁵⁸ MARTIN JIMENEZ, A. 2010. El principio de no discriminación en el artículo 24 del Modelo de Convenio de la OCDE de 2008. Revista de Derecho Fiscal No 5. Universidad Externado de Colombia. 230p.

delimitadas, de manera tal que no cualquier tratamiento desigual genera una discriminación prohibida por este Artículo. De ahí que sea tan interesante, que en el mismo Artículo No. 24 se regule expresamente un fenómeno particular de discriminación como lo es el exceso de endeudamiento. Más relevante aún si consideramos que este Artículo tiene sólo seis párrafos de los cuales al menos dos hacen mención a las problemáticas de las normas de exceso de endeudamiento locales de los Convenios. Así, en materia de exceso de endeudamiento los párrafos que nos empecen son los párrafos 4to y 5to.

Comenzaremos este análisis con el párrafo que es más atingente a la temática del exceso de endeudamiento pero que controla una situación de hecho que no aplica la normativa de exceso de endeudamiento local. No aplicaría para el caso chileno dado que esta norma se gatillaría frente a aquellas normas de exceso de endeudamiento tendientes a limitar la deducibilidad de los gastos por intereses. El Artículo 24 párrafo 4to dispone que:

“A menos que se apliquen las disposiciones del apartado 1 del artículo 9, del apartado 6 del artículo 11 o del apartado 4 del artículo 12, los intereses, regalías y demás gastos pagados por una empresa de un Estado Contratante a un residente del otro Estado Contratante serán deducibles para determinar los beneficios sujetos a imposición de dicha empresa, en las mismas condiciones que si se hubieran pagado a un residente del Estado mencionado en primer lugar. Igualmente, las deudas de una empresa de un Estado Contratante contraídas con un residente del otro Estado Contratante serán deducibles para la determinación del patrimonio imponible de dicha empresa en las mismas condiciones que si se hubieran contraído con un residente del Estado mencionado en primer lugar”⁵⁹.

Este párrafo tiene por objeto el evitar una forma particular de discriminación la cual es que por motivo de una norma como la de exceso de endeudamiento, la empresa deudora pueda verse impedida de rebajar como gasto los intereses pagados a un acreedor extranjero. Se señala que el acto discriminatorio se configura toda vez que esta excepción no se contempla a su vez como limitación para el acreedor local. Esta norma es interesante pues vuelve a recoger, y más bien materializa en el campo de las normas de exceso de endeudamiento, el concepto introducido por

⁵⁹ OCDE. Modelo de Convenio Tributario sobre la Renta y sobre el Patrimonio, 2014. 39p.

el Artículo No. 9, cuál es el de confirmar a su vez que una disposición como la descrita no será discriminatoria, toda vez que se conciba la posibilidad de que el deudor pruebe que una relación de endeudamiento similar se podría verificar entre partes independientes. Así se señala en los Comentarios:

“74. El apartado 4 no prohíbe al país del prestatario aplicar sus normas nacionales sobre subcapitalización, en la medida en que estas sean compatibles con el apartado 1 del artículo 9 o con el apartado 6 del artículo 11. Sin embargo, si tal régimen resulta de reglas que no son compatibles con los citados artículos y que se aplican solamente a los prestamistas no residentes (con exclusión de los prestamistas residentes), entonces la aplicación de este régimen está prohibida por el apartado 4”.

Así, tenemos que el Artículo 24 párrafo 4to es una disposición que está destinada a alcanzar a aquellas normas de exceso de endeudamiento que tengan como efecto principal o consecuencial, como en aquellas normas que recalifican los intereses como dividendos, el limitar la deducibilidad de los intereses a nivel de la entidad deudora. En el caso de los CDT suscritos por Chile son la mayoría los que incluyen una cláusula como la del Artículo 24 párrafo 4to. Las excepciones están dadas por Canadá, Malasia, Noruega, Nueva Zelanda, Paraguay, Perú y Tailandia. No obstante, la no inclusión de la disposición del Artículo 24 párrafo 4to en algunos de los CDT chilenos no presenta mayor inconveniente toda vez que en el caso excepcionalísimo chileno la norma de exceso de endeudamiento no trae aparejada la sanción de limitar la deducibilidad de los intereses como gasto, de manera tal que esta disposición se convierte en los hechos en letra muerta. Lo anterior es sumamente relevante pues nos encontramos, al menos preliminarmente, con la realidad de que la norma tendiente a regular en primacía la problemática entre las normas de exceso de endeudamiento locales y las cláusulas de No-Discriminación de los CDT, no aplica para el caso local por la particular configuración de la norma de exceso de endeudamiento chilena (que no es una norma que limite la deducibilidad del gasto por intereses).

El párrafo que se vuelve entonces relevante en nuestro análisis es el párrafo 5to del Artículo 24, artículo el cual señala que:

“Las empresas de un Estado Contratante cuyo capital esté, total o parcialmente, poseído o controlado, directa o indirectamente, por uno o varios residentes del otro Estado Contratante, no se someterán en el Estado mencionado en primer lugar a ningún impuesto u obligación relativa al mismo que no se

exijan o que sean más gravosos que aquellos a los que estén o puedan estar sometidas otras empresas similares del Estado mencionado en primer lugar”.

Este párrafo prohíbe entonces a un Estado Contratante de tratar de manera menos favorable a una empresa residente cuyo capital sea total o parcialmente, directa o indirectamente poseído o controlado por uno o varios residentes del otro Estado Contratante. Lo que es particularmente interesante es entonces que el sujeto protegido por el alcance de esta disposición no es más que la empresa deudora local. Lo anterior se vuelve en el caso particular de suma relevancia toda vez que muchas veces se ha intentado alejar a la norma de exceso de endeudamiento chilena del alcance de la protección de los CDT por entenderse que no existiría una identidad entre los sujetos protegidos, cuando es evidente que la disposición del Artículo 24 párrafo 5to esta conceptualizada con el sólo propósito de amparar a la empresa deudora local, empresa deudora local la cual es también el sujeto pasivo de la norma de exceso de endeudamiento chilena. Así, el Servicio de Impuestos Internos chileno incurre en un equívoco y en un reduccionismo al afirmar que la única orbe de protección de los CDT está dada por la existencia de una duplicidad de imposición en un mismo sujeto pasivo.:

“Enseguida, la aplicación del impuesto especial en referencia, no está sujeta a los límites contemplados en los Convenios de Doble Tributación celebrados por Chile, ya que constituye un principio rector de los referidos convenios, y es requisito esencial para que operen las herramientas que señalan, que exista identidad en los sujetos de los impuestos que se duplican, es decir, sólo si es una misma persona la obligada al pago de un impuesto en ambas naciones existe jurídicamente duplicidad de tributación o carga tributaria y, en consecuencia, pueden aplicarse las normas del Convenio. En cambio, en el impuesto por sobreendeudamiento, el pagador de los intereses es quien, por ley, debe soportar patrimonialmente el impuesto en cuestión, esto es, el deudor domiciliado o residente en Chile”⁶⁰.

Así, y habiendo dejado en claro que la norma del Artículo 24 párrafo 5to procede cuando el perjuicio o el sobrecargo económico se verifica en la empresa deudora local como sujeto pasivo de la norma de exceso de endeudamiento, nos queda entonces por analizar cuál es la discriminación que busca corregir este artículo. Los comentarios al modelo OCDE, explican que el párrafo 5to está destinado a garantizar el mismo tratamiento

⁶⁰ SERVICIO DE IMPUESTOS INTERNOS. Circular 34 del año 2016.

a todas las sociedades residentes con independencia de quien posea o controle su capital pero no busca la igualdad de trato en las distribuciones a residentes y no residentes. Por lo tanto, se clarifica que la obligación de retener el impuesto que recae sobre una sociedad residente en relación con los montos pagados a los accionistas no residentes, pero no en relación con los pagados a los residentes, no puede considerarse que contravenga este párrafo. Así, la gran incógnita está en el poder dilucidar, si la norma de exceso de endeudamiento en una determinada jurisdicción tiene o no como consideración esencial el imponer una sanción a los financiamientos obtenidos con partes extranjeras que posean o controlen el capital de la empresa deudora.

En el caso de los CDT suscritos por Chile, son la mayoría los que incluyen una cláusula como la del Artículo 24 párrafo 5to. Las excepciones están dadas por Brasil, Canadá, Nueva Zelanda, Paraguay y Perú, dónde para la redacción de esta norma se ha seguido la propuesta del párrafo 8vo de los comentarios al modelo ONU, los cuales básicamente disponen que la discriminación no deberá de medirse respecto al tratamiento que se le da a las empresas cuyos accionistas son residentes en el Estado del deudor sino que respecto al tratamiento que se le da a las empresas nacionales con accionistas de terceros países, así la redacción de la norma sufre un ajuste en su última línea señalándose al respecto que:

“Las sociedades de un Estado Contratante cuyo capital esté, total o parcialmente, detentado o controlado, directa o indirectamente, por uno o más residentes del otro Estado Contratante no serán sometidas en el primer Estado a ninguna imposición u obligación relativa al mismo que no se exijan o sean más gravosas que aquéllas a los que estén o puedan estar sometidas otras sociedades similares del primer Estado cuyo capital esté, total o parcialmente, detentado o controlado, directa o indirectamente, por uno o más residentes de un tercer Estado” (resaltado del autor).

No obstante las excepciones recién expuestas, la incógnita sigue abierta para el resto de los CDT suscritos por Chile en los cuales la disposición del Artículo 24 párrafo 5to es plenamente aplicable. Preliminarmente, y tal y como se analizó en el capítulo 3 de este artículo, uno podría afirmar que la norma de exceso de endeudamiento local tiene como consideración esencial el imponer una sanción a los financiamientos obtenidos con partes que posean o controlen el capital de la empresa deudora. Si bien muchas de la hipótesis de relación establecidas en el artículo 41 F no están claramente referenciadas a hipótesis de participación patrimonial en

la entidad deudora, sí buscan proteger el abuso de la norma por vía de hipótesis de participación indirectas o potenciales, como lo es por ejemplo la norma que busca establecer una relación en los financiamientos back to back o en las figuras donde se instrumentalizan garantías, y como lo son en general las normas destinadas a alcanzar hipótesis de participación eventual. Así, si bien no todas las hipótesis de relación del Artículo 41 F dicen relación con que el capital del deudor esté “*total o parcialmente, poseído o controlado, directa o indirectamente, por uno o varios residentes del otro Estado Contratante*”, en los hechos entendemos que esto es lo que busca corregir con sus hipótesis conexas.

La norma del Artículo 24 párrafo 5to es una norma que como hemos señalado anteriormente, no es la norma que por primacía tiene como objeto el regular la temática del exceso de endeudamiento, los mismos Comentarios señalan al respecto:

“79. Dado que el apartado impide la discriminación de una empresa residente basada exclusivamente en quién posee o controla su capital, no es aplicable, prima facie, en relación con las normas que prevén un tratamiento distinto de las empresas en función del pago de intereses a acreedores residentes o no residentes.”

No obstante, en el tiempo se ha llegado a admitir que esta disposición, en defecto del Artículo 24 párrafo 4to, regule o limite las hipótesis de normas de exceso de endeudamiento contrarias a los CDT. Así, el año 2007 se elimina la frase de los Comentarios que señalaba:

“El párrafo 5to, no obstante ser relevante en principio para las normas de exceso de endeudamiento, está redactado en términos tales que debe de tomar un segundo lugar respecto a provisiones más específicas en el Convenio. Así, el párrafo 4to tiene prioridad respecto a este párrafo (...)” (traducción de autor).

Y en su reemplazo se establece:

“También sería importante a los efectos del apartado 5 en el caso de existir normas sobre subcapitalización que se aplicaran únicamente a las empresas de un Estado Contratante cuyo capital estuviera poseído o controlado, total o parcialmente, directa o indirectamente, por no residentes”.

Así, quizá el alcance discriminatorio de la normativa chilena en el contexto del Artículo 24 párrafo 5to estaría dado netamente por la interpretación que pudiera dársele a la frase “*basada exclusivamente en quién posee o controla su capital*”. De manera tal, que si entendemos que

la norma local de exceso de endeudamiento esta “*basada exclusivamente*” en el juicio de valor de “*quién posee o controla*” el capital de la empresa deudora, podríamos entender que hay un problema de contravención entre la norma local y la mayoría de los CDT suscritos por Chile. Por el contrario, si entendemos que la norma local de exceso de endeudamiento no está “*basada exclusivamente*” en el juicio de valor de “*quién posee o controla*” el capital de la empresa deudora, podríamos entender que no habría problema alguno de contravención entre la norma local y la mayoría de los CDT suscritos por Chile.

Ahora bien, entendemos que el punto de inflexión en esta materia pasará por determinar si ciertas hipótesis de relación buscan “*exclusivamente*” perseguir en los hechos a quien controla o posee el capital de la empresa deudora. A modo de ejemplificación, se podría esgrimir que una hipótesis de relación como la del “socio común” claramente está destinada a controlar financiamientos en grupos empresariales relacionados, más nunca a perseguir la hipótesis concreta del controlador o dueño acreedor. Lo mismo se podría decir de aquellas hipótesis de relación relativas a acreedores domiciliados en un país de los señalados en los artículos 41 D y H, las cuales más que perseguir al controlador o propietario persiguen el evitar que intereses que paguen tasas preferenciales, puedan además quedar sin su tributación completa por el régimen preferencial existente en tales países. No obstante, y desde la vereda contraria, también podríamos señalar que en gran medida las normas de relación del artículo 41 F, están destinadas a perseguir “*exclusivamente*” a “*quién posee o controla*” el capital de la empresa deudora, habiendo hipótesis que si bien no lo hacen preliminarmente si lo hacen por identificar eventuales hipótesis de participación indirectas o potenciales (back to back, garantías, etc.).

Es necesario precisar que aún en el caso de que admitiéramos que el artículo 24 párrafo 5to podría servir como instrumento para demostrar la contravención entre las normas de exceso de endeudamiento locales y los CDT, existen países con los cuales Chile ha suscrito convenios los cuales explícitamente dejan sin efecto el articulado completo del artículo 24. Tal es el caso de Brasil y Australia. Así, por ejemplo, el Protocolo del CDT con Brasil dispone:

“Para una mayor certeza, se señala que las disposiciones del Artículo 23 del presente Convenio no impiden la aplicación, por un Estado Contratante, de las respectivas normas internas relativas a la subcapitalización o endeudamiento excesivo”.

Así también se señala en el CDT con Australia:

“El presente Artículo no se aplicará a disposición alguna de la legislación de un Estado Contratante que:

a) tenga por finalidad prevenir la elusión y la evasión fiscal, incluidas las medidas diseñadas para regular la subcapitalización o asegurar la recaudación o la recuperación efectiva de los impuestos”.

Por último, existe un CDT que es bastante interesante para este análisis. El CDT de Chile con Portugal, el cual señala que:

*“Se entiende que las disposiciones del párrafo 4 del artículo 23 (No discriminación) no serán interpretadas de forma tal que impidan la aplicación por un Estado Contratante de las normas de subcapitalización contempladas en su legislación interna, **excepto en aquellos casos en los cuales las empresas asociadas puedan probar que, debido a las especiales características de sus actividades o a sus circunstancias económicas específicas, las condiciones aceptadas o impuestas entre estas empresas se encuentran en conformidad con el principio del operador independiente**”* (resaltado del autor).

Esta norma es interesante pues establece que se podrán aplicar las normas de exceso de endeudamiento locales por sobre el artículo de No-Discriminación, solamente cuando las primeras tengan una configuración tal que permitan al contribuyente exepcionarse de su aplicación por aplicar una cláusula de salida de configuración “*arm’s length*”.

III EXPERIENCIA COMPARADA

Lo que es particularmente interesante en esta materia, es que gran parte de los problemas relativos a la discriminación en materia internacional por motivo de las normas de exceso de endeudamiento, ya han sido superados en otro tipo de convenios como lo son los suscritos en el ámbito de la Unión Europea (“UE”). En la UE, la configuración del principio de no discriminación en materia de exceso de endeudamiento ya fue ampliamente reconocido a nivel de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (“TJCE”). Básicamente, los fallos de la TJCE han reconocido históricamente que las normas de exceso de endeudamiento locales no son efectivas entre los países suscribientes de

convenios en el contexto de la UE. Lo anterior tiene su lógica, pues el principio comunitario de no discriminación tiene como piedra angular toda discriminación que no permita la libre circulación de los bienes.

El caso insigne en esta materia lo encontramos en el fallo *Lankhorst-Hoborst*⁶¹, en el cual la TJCE concluyó que la norma de exceso de endeudamiento alemana era contraria a la libertad de establecimiento consagrada en el Tratado Fundacional de la Unión Europea (“TFUE”). Si bien este fallo esta fuera del espectro de los CDT de la OCDE, es interesante pues nos permite identificar ciertos lineamientos claves en materia de No-Discriminación internacional. Así por ejemplo, este fallo sobre la norma de exceso de endeudamiento alemana, pareciera indicar que si una norma de exceso de endeudamiento diferencia entre residentes y no residentes es discriminatoria y sin mayor análisis es contraria a derecho. Así, el TJCE señala que:

*“El hecho de que se realice esta diferenciación en función del domicilio de su sociedad matriz, constituye un obstáculo a la libertad de establecimiento, en principio, prohibido por el artículo 43 CE. La disposición fiscal controvertida en el litigio principal **hace menos atractivo** el ejercicio de la libertad de establecimiento por parte de sociedades domiciliadas en otros Estado miembros las cuales, en consecuencia, podrían renunciar a la adquisición, la creación o el mantenimiento de una filial en el Estado miembro que adopte dicha disposición”*⁶² (resaltado de autor).

Así, nos encontramos en este fallo con una perspectiva sumamente purista del alcance y significado de la No-Discriminación en materia internacional. Un fallo posterior alemán, relativo al CDT entre Suiza y Alemania⁶³ (del año 1971), vino a replicar lo señalado en *Lankhorst-Hoborst* y a motivar lo que terminó siendo una reforma legal a la norma de exceso de endeudamiento alemana. Tal fue el efecto de ambos fallos, que Alemania en vez de derogar la norma de exceso de endeudamiento respecto a los acreedores extranjeros, hizo ésta extensiva también a los acreedores locales.

⁶¹ LANKHORST-HOBORST. Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Año 2002. C 324/2000.

⁶² ALMUDÍ CID, J.M. Y SERRANO ANTÓN, F. 2014. La problemática efectividad en el ámbito comunitario de las cláusulas anti-abuso específicas de carácter internacional aprobadas por los Estados miembros: El caso *Lankhorst-Hoborst GmbH* (STJCE 12.12.02). Instituto de Estudios Fiscales. 1p.

⁶³ RE SHAREHOLDER DISCRIMINATION. Año 2009.

Otro fallo relevante en esta materia es el fallo francés de S.A. Andritz, el correlativo en materia de la OCDE del fallo S.A. Coreal, también francés. En este fallo, la Corte Suprema⁶⁴ francesa se pronunció acerca de la aplicación de las normas de exceso de endeudamiento a la filial francesa de una sociedad austriaca y en consecuencia se pronunció sobre el CDT entre Francia y Austria (del año 1959). En el caso Andritz, la Corte Suprema proclamó la incompatibilidad de la norma de exceso de endeudamiento francesa con el principio de No-Discriminación tal y como está contenido en el artículo 24 del Modelo de Convenio de la OCDE. Señaló también extensivamente, que sólo sería posible obviar la norma del artículo 24, toda vez que el CDT en particular prohibiera la procedencia de la norma de exceso de endeudamiento local francesa. Este fallo es más interesante aún, ya que en este caso la norma de exceso de endeudamiento francesa tenía una cláusula de salida en términos de “arm’s lenght” y aun así se declaró como discriminatoria, pues la Corte estimó que los comentarios al Modelo que hicieron extensiva la excepción por vía “arm’s lenght” del artículo 24 párrafo 4to al párrafo 5to, se incorporaron a los Comentarios al Modelo con posterioridad a la suscripción de este CDT en particular.

También tenemos la sentencia del Tribunal Supremo Español de fecha de 21 de febrero de 2008 pronunciándose acerca del CDT entre España y Estados Unidos⁶⁵ (del año 1990), fallo en el que se concluyó que la norma de subcapitalización española es incompatible con la norma de No-Discriminación del CDT haciendo que en los hechos la norma de exceso de endeudamiento española no sea efectiva. Esta sentencia vino a concluir lo que se había señalado anteriormente en la jurisprudencia española en lo relativo al CDT entre Suiza y España⁶⁶.

Otro caso que es interesante es el de Rusia dónde por años, y principalmente amparados en un fallo relativo al CDT de Rusia con Chipre, se señaló que las normas de exceso de endeudamiento locales no aplicaban en el contexto de los CDT de la OCDE, toda vez que era discriminatoria toda limitación tendiente a limitar el financiamiento de una entidad local con una extranjera (criterio similar al de la jurisprudencia Alemana). No obstante, todo este desarrollo jurisprudencial se vio desplazo por el fallo Severniy Kuzbass⁶⁷ donde los tribunales rusos señalaron que Rusia era

⁶⁴ RE SOCIETE ANDRITZ SPROU BAUER. Año 2003.

⁶⁵ CORTE SUPREMA ESPAÑOLA. Año 2008. No. 451/2008.

⁶⁶ CORTE SUPREMA ESPAÑOLA. No. 5871/2006 y No. 3196/2007.

⁶⁷ UGOLNAYA KOMPANIA SEVERNIY KUZBASS. Año 2011. No. 8654/11.

libre de determinar sus propias medidas para limitar el abuso locales y que tal facultad no se podría ver restringida por las disposiciones de un CDT.

Otro fallo que es interesante es el fallo inglés de FCE Bank PLC (año 2011) relativo al CDT entre Reino Unido y Estados Unidos (del año 1975), en el cual se señala que no es necesario que el único motivo para la aplicación de la norma de exceso de endeudamiento sea el hecho de tener el acreedor una relación de control o de propiedad con el deudor. Es decir, que sería al parecer indiferente el que la propiedad y el control de la empresa deudora sea una de las muchas hipótesis a verificarse para la aplicación de la norma de exceso de endeudamiento, mientras sea todavía un requisito esencial para la verificación de esta sanción. Aquí hay un análisis de relación causal en la interpretación sobre la disposición de los CDT que exige que estas normas se configuren “*exclusivamente*” por la relación de propiedad o control del acreedor. En razón de lo anterior, este fallo señala que la propiedad y el control de la empresa deudora pueden ser uno de varios requisitos necesarios para que se verifique la norma de exceso de endeudamiento, no necesariamente los únicos requisitos.

Así, salta a la vista de que existirían suficientes precedentes en otras jurisdicciones de tradición jurídica dónde el tema de la contravención entre los CDT y las normas de exceso de endeudamiento locales, se ha solucionado desde una perspectiva bastante sencilla y con argumentos bastante puristas, basados principalmente en la situación desmejorada en que se perfila la inversión extranjera en relación a la local.

IV CONCLUSIÓN

El poder tomar una posición respecto a la funcionalidad de las normas de exceso de endeudamiento locales, no pasa necesariamente por un ejercicio meramente conceptual con efectos sólo a nivel doctrinal, sino que se transforma en una decisión relevante a nivel país, toda vez que cada vez son más los estudios concluyentes que señalan que el impacto de las normas de exceso de endeudamiento terminan en encarecer la inversión del inversionista extranjero en un país^{68, 69}. Entendemos también

⁶⁸ RUF, M. Y SCHINDLER D., ‘Debt Shifting and Thin Capitalization Rules - German Experience and Alternative Approaches’, Nordic Tax Journal, Volumen 33, 2015, pp.21.

que esta incertidumbre afecta de manera directa a nuestro país, pues en Chile la Inversión Extranjera Directa (“IED”) juega un rol decisivo en su crecimiento y desarrollo económico. Lo anterior se vuelve del todo alarmante si consideramos que al cierre del año 2015 la IED anotó una caída de un 46% respecto a la IED del año 2014, lo cual habría implicado al menos un retroceso de 10 años en términos de inversión extranjera en el país. La reducción de la IED desde US\$23.302 millones⁷⁰ (año 2014) a tan sólo US\$11.791 millones⁷¹ (año 2015), no es más que prueba de que a la luz de los tiempos la incertidumbre es un lujo al cual nuestro país no está en capacidad de acceder.

Del análisis realizado podemos concluir que efectivamente existe un mecanismo particularmente concebido para regular la situación de las normas de exceso de endeudamiento locales en el contexto de los CDT. Aún más, este mecanismo que comprenden los CDT para regular la extensión y aplicación de los CDT es amplio en sí mismo y comprende una gama de medios de protección contra distintos hechos fácticos y sujetos pasivos que pudieran verse eventualmente afectados por las normas de exceso de endeudamiento locales. Lo anterior es de suma relevancia, pues la norma de exceso de endeudamiento local está configurada de una manera muy particular pues en propiedad es una norma que tiene como sujeto pasivo a la entidad deudora local y que tiene una sanción aparejada que no dice necesariamente relación ni con recalificar el pago de los intereses y otros gastos financieros como dividendos, ni con negar la deducibilidad de los intereses como gasto. Así, tenemos una norma de exceso de endeudamiento que sanciona a la entidad local estableciéndole la obligación de pagar un recargo adicional por los intereses y los otros gastos financieros pagados en una situación de exceso de endeudamiento.

Como lo analizamos en las secciones anteriores, existe una disposición dentro del artículo de No-Discriminación que debe de aplicarse con

⁶⁹ HAUFLER A., Y RUNKEL, M., ‘Firms’ financial choices and thin capitalization rules under corporate tax competition’ *European Economic Review*, 2012.

⁷⁰ ESTADÍSTICAS BANCO CENTRAL DE CHILE [en línea] <http://www.bcentral.cl/estadisticas.../IED_sector_pais.xls>. [consulta: 09 agosto 2016].

⁷¹ BANCO CENTRAL. Balanza de pagos de Chile, posición de inversión internacional y deuda externa 2014, [en línea], <http://www.si3.bcentral.cl/ESTADISTICAS/Principal1/Informes/SE/bdp/BalanzaPagos_cuarto_trimestre2014.pdf.]>. [consulta: 09 agosto 2016].

preminencia por su especificidad. La disposición del artículo 24 párrafo 4to es entonces la disposición primera a la que deberá acudir al momento de juzgar a una norma de exceso de endeudamiento local. Como lo analizamos también con anterioridad lamentablemente la disposición del artículo 24 párrafo 4to, no es susceptible de aplicarse para el caso de la norma de exceso de endeudamiento local, pues es una disposición específicamente contemplada para aquellas normas de exceso de endeudamiento que traen aparejada la sanción de negar la deducibilidad de los gastos a nivel de la empresa deudora.

Es así como en el curso de este análisis, sólo nos quedó la posibilidad de analizar la disposición del artículo 24 párrafo 5to y determinar si eventualmente ésta es una norma que podría llegar a ser de utilidad para alegar la eventual contravención de la norma de exceso de endeudamiento local con las disposiciones del CDT. Lo anterior, reconociendo desde ya que esta es una disposición que no fue contemplada originalmente para regular abusos infringidos por concepto de las normas de exceso de endeudamiento.

Ahora bien, lo que resultó ser interesante es que la disposición del artículo 24 párrafo 5to es bastante más idónea que la del párrafo 4to para regular el caso específico de la norma de exceso de endeudamiento local. Así, esta disposición tiene en la mira a aquellas normas de exceso de endeudamiento donde el sujeto pasivo y obligado al pago del impuesto es la empresa deudora. También es relevante, el que esta disposición no limita el objeto de la norma de exceso de endeudamiento a aquellas que tienden a negar la deducibilidad del gasto. Así, al menos en un principio ésta es una disposición que admitiría todas las particularidades de la norma de exceso de endeudamiento local.

No obstante, y tal y como lo analizamos durante este trabajo, el problema principal radica en que la disposición del artículo 24 párrafo 5to sería sólo aplicable cuando estas normas de exceso de endeudamiento fueran configuradas exclusivamente para limitar la capacidad de endeudamiento de una sociedad en razón de ser controlada o de tener propiedad, directa o indirecta, en una sociedad extrajera, en este caso en una sociedad domiciliada o residente en uno de los Estados Contratantes. Así, al final del día la determinación de la contravención entre la norma de exceso de endeudamiento local y las disposiciones del CDT depende de si entendemos que la norma local está configurada exclusivamente para discriminar en contra de aquellos acreedores que a su vez controlan o tienen propiedad, directa o indirecta, sobre la empresa deudora.

Así, concluimos que la recién entrada en vigencia modificación a las normas de exceso de endeudamiento podría llegar a ser considerada como potencialmente discriminatoria por contrariar lo dispuesto en el artículo 24 párrafo 5to de los CDT. Lo anterior, por cuanto entendemos que el artículo 41 F contempla suficientes hipótesis como para llegar a admitir que lo que busca perseguir la norma de exceso de endeudamiento local son las situaciones de propiedad o control de los acreedores en la empresa deudora, tanto las patentes como las indirectas o potenciales. Y en caso contrario podríamos al menos plantear que hay una discriminación abierta en relación a la hipótesis de relación de las normas de exceso de endeudamiento que consideran como antecedente la relación patrimonial. No obstante, reconocemos a su vez que el párrafo 5to del artículo 24 es y seguirá siendo una hipótesis de protección subsidiaria y un tanto difusa, especialmente cuando se trata de abordar una hipótesis de abuso tan específica como lo es el exceso de endeudamiento. No obstante creemos que también es relevante analizar la norma en comento a la luz de la jurisprudencia comparada y la experiencia de la UE, en donde el análisis de discriminación es muchísimo más simplista y alejado de los discusiones semánticas respondiendo más bien a una premisa universal en virtud de la cual será discriminatoria toda medida que impida al inversionista local decidir en igualdad de condiciones si conducir su negocio con un inversionista extranjero o uno local.