

GASTO TRIBUTARIO POR CUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES Y PAGO DE INDEMNIZACIONES

ARIEL CASTILLO SAPIAINS¹⁴

RESUMEN

El presente artículo analiza las normas que permiten la deducción de la base imponible del IDPC de a los pagos que deben realizar los contribuyentes tanto en el cumplimiento de sus relaciones contractuales, así como por efecto de incurrir en responsabilidad legal, contractual o extracontractual. Asimismo, se busca clarificar los diferentes tratamientos tributarios que pueden presentarse, realizando un estudio crítico de dicha normativa, y de la jurisprudencia judicial y administrativa que la ha interpretado, con especial énfasis en cuanto a la exigencia de obligatoriedad del desembolso y su carácter de necesario para producir rentas, para admitir la referida rebaja. De acuerdo a ello, se analizan también los problemas relacionados con la aplicación de la ley legislación vigente, y las soluciones propuestas por el Gobierno en su proyecto de modernización tributaria.

PALABRAS CLAVES: gastos, gastos necesarios, IDPC, pago, responsabilidad, indemnizaciones de perjuicios.

INTRODUCCIÓN

En el contexto del análisis de la normativa tributaria actual que regula la multiplicidad de relaciones jurídicas y económicas, voluntarias e involuntarias, que se verifican constante y simultáneamente entre los actores del

¹⁴ Abogado, Pontificia Universidad Católica de Chile. Ayudante de las cátedras de pregrado Derecho Tributario I y Derecho Tributario II de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Asociado senior del equipo tributario de Philippi Prietocarrizosa Ferrero DU & Uría.

mercado, un elemento siempre relevante se constituye por el reconocimiento de los riesgos propios de las mismas en el marco de las actividades empresariales que cada agente desarrolla. En particular, es esencial asumir que en múltiples ocasiones una persona generará daños a otra, sea por no cumplir de forma exacta, íntegra y oportuna las obligaciones voluntariamente adquiridas, o bien, por no haber observado los deberes legales generales o aquellos propios de su actividad.

No obstante, la sociedad tolera la generación de ciertos daños propios de las industrias que desarrollan actividades lícitas. Así, el modelo de responsabilidad civil continental

“no pretende que todo daño sea indemnizable, ya que ello significaría violar la libertad para realizar actividades que se saben dañosas, pero que no pueden ser prohibidas: por ejemplo, abrir un nuevo negocio que dañará a los que ya existían sin esa nueva competencia. La regla presupone una cierta valoración de la injusticia del daño y de los intereses de las partes en conflicto. Pero esta valoración se reserva a la prudencia de los jueces, que decidirán en cada caso concreto si el hecho genera o no responsabilidad”¹⁵.

En otras palabras, para realmente reconocer la existencia de un daño ilícito, se requerirá recurrir a las normas generales que regulan las actividades económicas que los agentes desarrollan, y luego, realizar un análisis particular para el caso respectivo que se encuentre bajo estudio.

Conforme a las reglas y principios básicos del derecho común, las personas deben cumplir las obligaciones a las que se encuentran sujetos, y asimismo concurrir a la reparación de los daños que causen dolosa o negligentemente, sea a través de la falta de cumplimiento exacto, íntegro y/o oportuno de las que han adquirido voluntariamente (responsabilidad contractual), o bien, cuando no existiendo un vínculo jurídico previo, producen daños imputables a su actuar (responsabilidad extracontractual). Asimismo, excepcionalmente, la ley puede establecer estas obligaciones de resarcimiento, sin necesidad de la concurrencia de dicho elemento subjetivo (responsabilidad objetiva)¹⁶.

¹⁵ CORRAL TALCIANI, Hernán. Lecciones de responsabilidad extracontractual. Editorial Jurídica de Chile, 2011. P. 94.

¹⁶ De acuerdo a la distinción doctrinaria tradicional de los diferentes tipos de responsabilidad establecidas en el sistema de derecho civil continental vigente en Chile. Ver, por ejemplo, FIGUEROA YAÑEZ, Gonzalo. Curso de Derecho Civil. Tomo IV. Editorial Jurídica de Chile, 2012. P. 25.

Desde un punto de vista económico, el comportamiento racional de las personas –que funda nuestro sistema jurídico– lleva a concluir que los intervinientes en un mercado tenderán a maximizar sus utilidades mediante comportamientos que permitan reducir la creación de riesgos que puedan generarles responsabilidad legal. De la misma manera, si éstos llegasen a acaecer, buscarán las formas más económicas para su resarcimiento.

Es por esta razón que el sistema legal permite y fomenta ampliamente la resolución de controversias entre particulares a través de mecanismos judiciales y extrajudiciales, con amplias libertades para las partes involucradas y pequeñas limitaciones, de forma tal que sea posible arribar a soluciones con la mayor eficiencia económica, sin incurrir en los costos asociados a litigación generalmente tardía y de excesiva onerosidad para las partes.

Por el contrario, en el ámbito tributario, la redacción actual de la ley y su interpretación jurisprudencial y administrativa parecen no concordar con dichos fines, constituyendo un obstáculo para los mismos. Ello, en la medida en la tradicional reglamentación que permite la deducción de esta clase de gastos de la renta líquida imponible de IDPC, constituye una limitación general y un obstáculo habitual para esta clase de soluciones más eficientes.

Sin estar cabalmente desarrollados en la ley, los requisitos que habilitan la deducción de un gasto tributario han sido amplia e uniformemente tratados por las interpretaciones administrativas del SII y nuestra jurisprudencia judicial. Así, de acuerdo al innumerables veces citado inciso primero del art. 31 de la LIR, para que los gastos incurridos por los contribuyentes que declaren su renta efectiva afecta a IDPC, determinada según balance general y contabilidad completa, puedan ser calificados como necesarios para producir su renta, y por consiguiente, ser susceptibles de deducción en la determinación de la renta líquida imponible de IDPC, éstos deben (a) relacionarse con su giro o actividad del contribuyente; (b) ser necesarios para producir rentas afectas a IDPC –entendiéndose por tales aquellos *desembolsos de carácter inevitable u obligatorio*, considerándose *no sólo la naturaleza del gasto, sino que además su monto*, es decir, hasta qué cantidad el gasto ha sido necesario para producir la renta del ejercicio anual–; (c) no haberse rebajado como costo directo del activo; (d) encontrarse pagados o adeudados en el ejercicio respectivo; y (e) acreditarse fehacientemente ante el SII¹⁷.

¹⁷ Véase, por ejemplo, SII. Circular N° 56 de 8.11.2007.

Esta restringida construcción legal y jurisprudencial, no sólo contempla que en caso de incumplirse alguno de los requisitos recién citados no se permita la deducción de la base imponible del IDPC, sino que, adicionalmente, se establece una segunda sanción. Conforme a lo dispuesto en el art. 21, inc. primero, letra i de la LIR, cuando dichos desembolsos constituyen cantidades representativas de dinero o retiros de especies, serán calificados como gastos rechazados, debiendo deducirse de la renta líquida de la empresa y afectarse con un impuesto único del 40% (en adelante, “IUGR”). Para efectos de la aplicación de este último tributo, es necesario que el gasto (a) consista en una de las partidas señaladas en el art. 33 N° 1 de la LIR, donde destacan especialmente “*las cantidades cuya deducción no autoriza el artículo 31 o que se rebajen en exceso de los márgenes permitidos por la ley o la Dirección Regional, en su caso*”, (b) que corresponda a retiros de especies o a cantidades representativas de desembolsos de dinero, (c) que no deba imputarse al valor o costo del activo, y (d) que no se encuentren gravadas particularmente con el impuesto sancionatorio especial para contribuyentes de impuestos finales establecido en el inciso tercero del referido art. 21.

Sin perjuicio de no ser la materia sobre la que trata el presente artículo, cabe hacer presente los graves problemas que hoy está generando la estructura anacrónica de la normativa relativa a deducción gastos, por ejemplo, cuando no se acepta la deducción de gastos ajenos al giro de la empresa –pero paradójicamente, sí tributan sus ingresos que no pertenecen a dicho negocio, por comprenderse en el concepto genérico de renta–, o cuando se exige la obligatoriedad a un gasto, cuando por esencia, en un sistema democrático liberal, las obligaciones legales son generalmente contraídas voluntariamente, siguiendo un juicio de racionalidad por parte de los contratantes. A continuación, observaremos cómo algunos de estos inconvenientes se manifiestan en las relaciones jurídicas de las personas, y especialmente, en la forma de solucionar sus controversias.

Conforme a ello, según señalaremos, creemos que el tratamiento impositivo de las cantidades pagadas en los diferentes escenarios posibles que rodean el cumplimiento de las obligaciones requiere un examen pormenorizado de las circunstancias que rodean cada uno de ellos. Para estos efectos, el presente análisis tratará de dilucidar qué condiciones son relevantes y cuáles deben desecharse a la hora de considerar un gasto representativo del pago de una obligación o de las que nacen de su incumplimiento, como aceptado para rebajarse de la RLI de IDPC; o bien, cuándo éste debe considerarse rechazado, agregándose a la renta líquida imponible o siguiendo la tributación sancionatoria correspondiente.

I

GASTOS DE RÉGIMEN CONTRACTUAL

1.1. Tratamiento del gasto por pago de lo debido

A) PAGO VOLUNTARIO DE OBLIGACIONES CONTRACTUALES.

En primer lugar, el análisis respecto de la deducibilidad del gasto representado por los pagos que correspondan al cumplimiento voluntario de una obligación contractual, dependerá de si en él se cumplen los requisitos generales para la rebaja de todo gasto, y en particular, que dichos valores sean necesarios para producir renta.

En relación a la calificación contable, tiene especial relevancia destacar que aquellos pagos realizados por bienes o servicios que, por estar vinculados directamente con un determinado activo, deban imputarse como costo del mismo, no deben ser deducidos de la renta tributable de la empresa al tiempo de su adeudamiento o pago, y sólo deberán rebajarse como costo del activo, cuando éste se enajene; o como gasto, cuando se destruya, deprecie, o el bien al que deben imputarse pierda completamente su valor¹⁸.

Tratándose de gastos, en cambio, la calificación de su necesidad dependerá básicamente de que los bienes o servicios que se obtienen como contraprestación de dicho desembolso puedan ser calificados como conducentes para producir la renta de la empresa que los deduce, especialmente en cuanto a su naturaleza y monto.

A este respecto, tal como introdujimos anteriormente, creemos irrelevante analizar la obligatoriedad de los gastos cuyo origen es un contrato o convención, en la medida en que, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 1545 del CC, “*todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes*”. En otras palabras, para este tipo de gastos, no será necesario evaluar su obligatoriedad, en la medida en que el pago de una obligación contractual siempre es, valga la redundancia, obligatorio. Por el contrario, en esta clase de desembolsos –que constituyen la regla general en las

¹⁸ De conformidad a los arts. 31 N° 3, N° 5 y N° 5 bis de la LIR.

Ver, para mayor información, SII. Oficio N° 144 de 12.1.1994, en relación a la deducción de intangibles por pérdida total de su valor, y Oficio N° 2.151 de 3.10.2013 que complementa dicho pronunciamiento.

relaciones entre las personas— creemos que, para evaluar la aceptación o rechazo de un gasto, lo relevante está en determinar si su causa atiende razonablemente a la generación de rentas o conduce a su obtención, independientemente de si éstas efectivamente se producen o no.

Así, por regla general, el pago que se realiza en ejecución de un contrato para la obtención de determinados bienes o servicios deberá ser deducido como gasto (cuando no deba contabilizarse como costo del activo), en la medida en que los bienes que se adquieren o los servicios que se reciben sean apropiados para el desarrollo de las actividades del contribuyente y tiendan a contribuir a la obtención de rentas afectas a IDPC.

B) PAGO FORZADO DE OBLIGACIONES CONTRACTUALES

En segundo lugar, una vez que hemos definido que el pago voluntario de la obligación contractual puede calificar como un gasto aceptado para ser deducido de la renta líquida imponible de la empresa pagadora, debemos también concluir que cuando dicho contribuyente realiza el desembolso, a instancias de una determinación judicial, no está pagando algo diferente que lo debido por el contrato originalmente celebrado.

En otras palabras, la causa de dicho pago no tiene su origen en el incumplimiento culpable o doloso del contrato, sino que sólo la encuentra en la convención misma por la que inicial y voluntariamente se ha obligado. Lo anterior, con independencia de si con posterioridad a dicha celebración existe una sentencia judicial que ordena el cumplimiento forzado de la misma o de si las partes finalizan un conflicto por algún equivalente jurisdiccional, en la medida en que la obligación ejecutada sea la misma que sólo se viene a declarar o reconocer en dichos instrumentos, no constituyendo nuevos títulos para exigir nuevas prestaciones.

Por tanto, dado que la obligación inicial no se ve alterada sustancialmente por la decisión jurisdiccional, ni por el acuerdo de las partes, se estará pagando¹⁹ una obligación primitiva, que sólo se viene a declarar, reconocer, definir o aclarar accidentalmente por un título posterior (siendo este título de manera general, ejecutable), y tendrá el carácter de costo o gasto aceptado para la empresa pagadora, hasta la concurrencia de la misma.

¹⁹ Hacemos presente que, para estos efectos, la palabra “pago” se ha utilizado conforme a su concepto señalado en el artículo 1.568 del Código Civil: “*El pago efectivo es la prestación de lo que se debe*”.

De esta manera, en estos casos, deberá asignársele el mismo tratamiento tributario que hubiera correspondido al pago voluntario –no forzado– de la obligación, debiendo aplicar todos los impuestos que se habrían visto involucrados por hechos gravados ya verificados. En consecuencia, deberá también recargarse el IVA correspondiente contra factura de la empresa acreedora que entrega los bienes o presta los servicios, o retenerse el impuesto adicional que sea aplicable, en caso de remesas al exterior. Así, por ejemplo, cuando se adeudan determinadas sumas por obras construidas en ejecución de un contrato de construcción, el hecho gravado con IVA ya se ha verificado, y la determinación del monto, modalidad u oportunidad del pago, entre otras circunstancias accesorias, declarada o modificada posteriormente por un tribunal o por las partes en un acuerdo judicial o extrajudicial, no altera la existencia de una obligación previa, y por tanto, no varía su naturaleza y suerte tributaria por dicha determinación. Por lo tanto, en este escenario, el constructor, debe emitir facturas por los montos originalmente reconocidos (o posteriormente precisados) en la oportunidad correspondiente, y recargar en ellas el IVA que se encuentra envuelto en la operación afecta²⁰.

Ahora bien, este tratamiento no alcanzaría necesariamente a aquellas sumas que se paguen por concepto de multas o recargos, que se adicionen al precio pactado o posteriormente determinado, en la medida en que la causa de este pago estaría radicada exclusivamente en el incumplimiento contractual, y no en carácter de precio de los bienes o servicios, como se explicará en el apartado siguiente.

1.2. Indemnización de perjuicios

En relación con las prestaciones originadas en indemnizaciones de perjuicios –en términos amplios– para un acertado análisis de sus efectos tributarios, es conveniente seguir las distinciones que generalmente realiza el derecho civil:

A) INDEMNIZACIÓN COMPENSATORIA

Tratándose del cumplimiento por equivalencia de una obligación contractual, considerando que, si bien formalmente se representa como

²⁰ Lo mismo se concluye en consulta analizada en SII. Dirección Regional Santiago Oriente. Oficio N°106 de 22.03.2012.

una indemnización de perjuicios en cuanto esta es compensatoria del interés del acreedor, la doctrina civil mayoritaria señala que en realidad ésta sería la misma obligación contratada que dejó de cumplirse y que sólo variaría en su objeto o forma de cumplimiento, no constituyendo para estos efectos una nueva obligación, ni existiendo novación al respecto²¹. Por ello, contablemente su solución o pago efectivo debe considerarse como parte del costo del activo o como gasto necesario para producir la renta, cumpliendo los requisitos analizados en los literales precedentes y en la medida en que los hechos gravados hubiesen ya ocurrido.

Al igual que en el caso del cumplimiento forzado o en naturaleza, deberán aplicarse los impuestos que hubiesen correspondido de haberse cumplido oportunamente las obligaciones pactadas en el contrato, especialmente en la medida en que dichos valores constituyan la base imponible de algún tributo involucrado en la operación y cuyo hecho gravado ya se encuentre verificado

Concordando con este análisis, el SII ha señalado, en contextos de IVA, que cuando un *“fallo judicial ordena pagar distintas sumas en compensación, éstas vienen a remunerar el servicio prestado en ejecución de las obras, no pudiéndose entender que constituyen indemnización”* y que, en este sentido, *“tal precio será la base del impuesto, correspondiendo aplicarle la tasa respectiva y recargarla en el valor a pagar”*²².

Por el contrario, cuando los hechos imponibles no hubiesen nacido, nos encontraremos en la situación de indemnización de perjuicios de carácter sancionatorio –generalmente, por incumplimiento de obligaciones de hacer o no hacer–, la que se analizará en el literal (b) siguiente.

Asimismo, creemos que esta conclusión alcanza sólo a la extensión del daño emergente producido directamente por el incumplimiento de la obligación primitiva, es decir, hasta la concurrencia del monto acordado originalmente en el contrato, o el fijado posteriormente por las partes o por el tribunal, siempre que por dicho monto se esté compensando la misma obligación convencional, como podría ocurrir por ejemplo, cuando el tribunal interpreta la fórmula contractual según la cual debe calcularse

²¹ FUEYO LANERI, Fernando. Cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones. Ed Jurídica de Chile, 1991. P. 335: *“Con todo, no se trata de una nueva obligación, extraña a la incumplida que da origen a la reparación. Es la misma, con el solo cambio de objeto; pero conservando sus demás elementos”*.

²² SII. Dirección Regional Santiago Oriente. Oficio N° 191 de 29.09.2014.

el precio u otros casos en que éste determine el *quantum* de la obligación primitiva²³. Ahora bien, esta afirmación podría ser menos clara y abrirse más a la discusión cuando lo que se paga es calificado como una indemnización de algún daño diferente al daño emergente estrictamente limitado a la obligación original, o cuando se establece una cláusula penal o multa contractual que se estipula para reemplazar dicha obligación (resolviendo el contrato), ya que el SII ha tratado expresamente dichos pagos como gastos rechazados, en cuyo caso, debiésemos observar el tratamiento que se señalará en el literal (b) siguiente.

B) INDEMNIZACIÓN MORATORIA Y OTRAS INDEMNIZACIONES SANCIONATORIAS

A diferencia de lo que hemos señalado en los apartados precedentes, las indemnizaciones moratorias, otras indemnizaciones sancionatorias, y aquellas que exceden la entidad –no necesariamente su monto– de obligaciones originalmente pactadas, tienen su origen ya no en el contrato o convención del cual deriva la responsabilidad contractual, sino que en la falta imputable de cumplimiento exacto, íntegro y oportuno de dichos deberes²⁴.

En este ámbito, si bien la ley nada ha señalado sobre el tratamiento tributario que corresponde darles a los pagos que constituyen indemnizaciones de perjuicios, en sentido estricto, el SII ha sostenido interpretativamente y de forma casi invariable, que éstos desembolsos constituyen gastos rechazados para el pagador de los mismos.

Lo anterior, fundado en que el origen de estos gastos es el daño proveniente del actuar culpable o doloso de los contribuyentes, y que no puede ser necesario

*“en términos que haya sido menester incurrir en el para obtener la renta, toda vez que en la especie se trata de un desembolso que ninguna empresa requiere para producir sus rentas, y que no las produce. Asimismo, no parece procedente admitir que la reparación del daño inferido a terceros pueda transformarse en un beneficio para disminuir la tributación”*²⁵.

²³ A la misma conclusión se llega para caso similar en SII. Dirección Regional Santiago Oriente. Oficio N° 106 de 22.03.2012.

²⁴ ABELIUK MANASEVICH, René. Las obligaciones Tomo II. Editorial Jurídica de Chile, 3° Edición, 1993. P. 668.

²⁵ SII. Oficio N° 355 de 20 de enero de 1994.

Así, el Servicio sostiene que la indemnización o interés moratorio accesorio a una obligación contractual tiene una finalidad compensatoria del daño producido a la parte diligente, y se trata consiguientemente como un gasto rechazado, por cuanto busca otorgarle al acreedor una probable ganancia que habría obtenido si la cantidad principal hubiese sido invertida en el mercado financiero²⁶.

De la misma manera, la CS ha señalado que

“La realización de actos desleales, ilegales y antirreglamentarios son absolutamente evitables, aun cuando se realicen con motivo u ocasión de desarrollar el giro de la empresa, el cual no puede comprender la realización de hechos ilícitos”²⁷.

Por consiguiente, podríamos preliminarmente señalar que, bajo la opinión del SII y la CS, no admiten deducción y se afectan con el IUGR, aquellos gastos que corresponden a indemnizaciones de perjuicios de carácter compensatorias que exceden la obligación principal, y aquellas que tienen carácter moratorio.

Sin perjuicio de ello, creemos que esta conclusión –generalmente acertada– omite pronunciarse sobre si el resultado de incurrir efectivamente en esta responsabilidad, corresponde o no a un riesgo asumido por la empresa obligada cuyo motivo de creación hubiese contribuido o no a la potencial generación de utilidades. Asimismo, no concordamos con la consideración de que la deducción de una pérdida patrimonial efectiva de la empresa sea un beneficio tributario para la misma, según señalaremos en detalle más adelante.

c) CLÁUSULAS PENALES Y MULTAS

• Penas convencionales

Bajo el mismo criterio recién expresado, las penas establecidas por la ley o por las partes, en forma de multas o cláusulas penales, constituyen un gasto no deducible para la empresa que las paga, por las razones ya expuestas, en la medida en que (a) excedan la entidad de la obligación originaria, o bien, (b) cuando se apliquen a modo de cláusula resolutoria

²⁶ SII. Oficio N° 163 de 27 de diciembre de 2016.

²⁷ CS. 29.12.2016. Rol N° 7.419-2016. Considerando N° 12, citado por ESCOBAR RUIZ, Jorge. Aspectos tributarios de las indemnizaciones de perjuicios. Revista del Consejo de Defensa del Estado (12): 2004.

del contrato²⁸. Lo anterior, dado que en el último caso, el fundamento del pago es exclusivamente el incumplimiento doloso o culpable del pagador, no existiendo posibilidad para el acreedor de demandar el cumplimiento forzado de la obligación, puesto que ha optado por la resolución del contrato.

Así, aun cuando no está expresamente regulado, en caso de resolución, considerando sus retroactivos²⁹, no podrá observarse el tratamiento propio de obligaciones contractuales originarias, por lo que en sus demás efectos deberá regirse por las reglas particulares que señala cada ley que establece un impuesto o las reglas generales contenidas en el CT para estos casos. Así, cuando por medio de la resolución el contrato, se produce la extinción de la obligación que servía de título lícito para la deducción del gasto representativo de su cumplimiento, no podría predicarse el mismo régimen a aquellas indemnizaciones que derivan de la resolución, los que deberán analizarse en concreto, según las circunstancias del caso.

- Multas a beneficio fiscal

Tratándose de multas a beneficio fiscal la ley contempla un tratamiento tributario especial, ya que según se establece en el inciso segundo del art. 21 de la LIR, si bien no admiten deducción, no deben gravarse con el IUGR aplicable sobre gastos rechazados “*los intereses, reajustes y multas pagadas al Fisco, Municipalidades y a organismos o instituciones públicas creadas por ley*”.

No obstante, y a pesar de que la ley no distingue, el Servicio ha señalado que dicha norma sólo tendría aplicación cuando las entidades públicas beneficiarias de las multas actúen en el ejercicio de potestades sancionatorias conferidas por ley, en la medida en que “*las multas fiscales tienen la naturaleza de acto unilateral y administrativo sancionador por el incumplimiento de un deber o una prohibición*”³⁰. Por lo tanto, este tratamiento no sería aplicable cuando los órganos públicos actúen como entidades privadas en carácter de parte de un contrato. Por tanto, conforme a la

²⁸ Así, en otros asuntos, el SII ha calificado que los pagos que el Fisco haga a un concesionario, conformarán parte del precio de la convención afecta a impuesto, excepto cuando se hagan para solucionar una indemnización de perjuicios pactada en una cláusula penal como condición resolutive del contrato (SII. Circular N° 44 de 2.8.1996).

²⁹ MEZA BARROS, Ramón. Manual de Derecho Civil. De las fuentes de las obligaciones. Tomo I. Editorial Jurídica de Chile, 2010. P. 31.

³⁰ SII. Oficio N° 561 de 15 de marzo de 2017.

opinión del SII, también calificarán como gastos rechazados aquellas multas a beneficio fiscal pagadas a organismos públicos que celebren contratos con particulares, en la medida en que las multas se demanden en calidad de parte de dichos acuerdos³¹. Así,

“Cuando el fundamento que origina una multa aplicada por un organismo Estatal es un incumplimiento contractual y no una infracción legal o reglamentaria, no reviste la naturaleza jurídica de una multa fiscal como sanción administrativa; por lo que más bien se trata de una consecuencia jurídica de una situación expresamente prevista en las bases y en el contrato, lo que no implica el ejercicio del ius puniendi o potestad sancionatoria del Estado”³².

Asimismo, la CS ha señalado que no puede considerarse una multa un pago realizado por un contribuyente al Fisco, en cumplimiento de un acuerdo conciliatorio con la Fiscalía Nacional Económica, en la medida en que ésta

“debe ser impuesta por una autoridad del Estado, dotada de facultades sancionatorias en el ámbito de lo jurisdiccional y conforme a los procedimientos establecidos por la ley al efecto, o bien por una autoridad judicial en el ámbito penal, que en ejercicio de la jurisdicción y, dentro de su competencia, puede obligar a un sujeto a pagar una determinada suma de dinero. Es claro, entonces, que de acuerdo con el sentido natural y obvio de la palabra multa, no es posible comprender en su significado el pago realizado en virtud de un acuerdo de voluntades (...) pues aún incluso puede de ser denominada esa obligación como una multa, lo cierto es que ha sido impuesta por las propias partes que, en uso de su autonomía de voluntad, han convenido dicho pago”³³.

Sobre la opinión de la CS que se expresa en esta sentencia, es posible sostener que efectivamente existe una diferencia en cuanto a las multas que constituyen ejercicio de facultades sancionatorias estatales y aquellas que provienen de la actuación del Estado en carácter de particular. No obstante, en el caso que se analiza, creemos que la Fiscalía Nacional Económica no actuó en tanto ente privado, ya que estaba transando –de acuerdo con sus facultades legales– con responsabilidades administrativas

³¹ Ver, por ejemplo, SII. Oficio N° 1695 de 24 de septiembre de 2010.

³² SII. Oficio N° 561 de 15 de marzo de 2017.

³³ CS. 29.12.2016. Rol N° 7.419-2016. Considerando N° 12.

para la empresa originadas por una presunta infracción de ley, de tal forma que este acuerdo reemplaza las sanciones que de terminar el juicio podrían haberse aplicado, cuestión que evidentemente sólo puede hacer el Estado a través de sus diversos organismos.

Esta interpretación es incluso más grave desde el punto de vista orgánico en la armonía del sistema jurídico, dado que –como es de público conocimiento– para evitar la judicialización prolongada de controversias de toda clase y permitir la solución satisfactoria de los conflictos entre particulares, e incluso entre particulares y el Estado, el legislador ha promovido la creación y aplicación de soluciones autocompositivas eficientes que no requieren –necesariamente– la intervención de un tribunal. En este sentido, la interpretación de la CS expresada en el fallo precedente supone un gran desincentivo para la utilización de estos mecanismos, contrariando el impulso de solución alternativa existente en forma general en nuestro derecho, y en particular, de la efectividad de la delación compensada como resguardo al sistema de libre competencia. Lo anterior, dado que, si la empresa hubiese continuado el juicio hasta su término, podría haber obtenido un fallo favorable, o en el peor de los casos, haber recibido una sanción en forma de multa, que por ello no se habría gravado con el referido IUGR de tasa 40%.

Tal como anunciamos en la introducción del presente artículo, creemos que la dificultad que representa esta interpretación radica en que tanto el SII, como los tribunales, tienden a confundir la obligatoriedad del gasto con su tendencia a producir rentas. No debemos olvidar que también se mantiene la integridad patrimonial en los términos del art. 2° N°2 de la LIR, cuando se realizan desembolsos que conllevan la disminución de futuros gastos. De esta manera, es lógico pensar que los contribuyentes optarán por aquellas alternativas legales que impliquen evitar o aminorar sus disminuciones patrimoniales, lo que también se traduce en una mayor recaudación en términos de IDPC.

Nuevamente, sostenemos que no existe algún antecedente de mayor irrelevancia para el análisis de la deducción de un gasto que la fuente en dónde se consagra o establece, sea esta legal, judicial o convencional. En efecto, ello en nada altera su fuerza vinculante o naturaleza legal. En el mismo sentido, reiteramos, desde luego, que nuestros esfuerzos deben dirigirse a analizar la susceptibilidad de generar rentas –o disminuir gastos– de cada desembolso, y en mayor medida, a la causa o motivo que los origina.

II GASTOS DE RÉGIMEN EXTRANCONTRACTUAL

Conforme a lo que ya hemos analizado, de acuerdo a la tesis del SII, dado que en el régimen de responsabilidad extracontractual no existe obligación previa entre las partes, los desembolsos que el pagador realice para reparar el mal causado, tendrán el carácter de gasto rechazado afecto al IUGR, toda vez que por su naturaleza, este tipo de indemnización sólo puede provenir por el hecho o culpa del mismo, replicando el tratamiento descrito en el apartado 2.2 b) precedente, lo que ha sido también confirmado por la opinión del SII³⁴.

No obstante lo anterior, es relevante señalar que el Servicio en un pronunciamiento particular, ha señalado que

“las primas pagadas en virtud de un seguro contratado para indemnizar perjuicios provenientes de acciones ejecutadas por dependientes de la clínica, respecto de los cuales debe responder civilmente sin ser el causante de los hechos dañosos, cumpliría con los requisitos indicados en el N° 1 del análisis, atendido que dichos desembolsos precaven incurrir en un mayor dispendio del cual la clínica debe hacerse cargo por mandato legal, y no por estar conectado directamente con su efectivo actuar o proceder negligente o culposo”³⁵.

En este sentido, el citado oficio distingue entre el (i) régimen de responsabilidad directa o por el hecho propio, cuando deviene *“de una conducta negligente o culpable imputable de manera directa”* de la empresa, y (ii) el de responsabilidad por el hecho de tercero, cuando existe *“un acto u omisión culpable de un dependiente, a partir del cual deviene la culpa”* del contribuyente legalmente responsable. En otras palabras, no considera que los pagos por dichas primas tengan el carácter de gasto rechazado cuando la responsabilidad es indirecta, procediendo su deducción de la renta líquida imponible, cumpliendo los demás requisitos del art. 31 de la LIR.

Según puede observarse, el Servicio en esta oportunidad se aparta de la aplicación estricta del IUGR, cuando la responsabilidad es indirecta (aun pudiendo existir *culpa in vigilando*), aceptando su deducción. Presumiblemente, esta conclusión se funda en el hecho que la ley civil

³⁴ En este sentido, SII. Oficio N° 355 de 20.1. 1994 y Oficio N° 1489 de 22.8.2014.

³⁵ SII. Oficio N° 1489 de 22.8.2014.

contempla la responsabilidad vicaria, para facilitar el resarcimiento y cobro de los perjuicios experimentados por la víctima, por sobre un nexo causal directo entre el obligado a la indemnización y el daño producido³⁶.

Nada obstaría, por los motivos señalados, que la misma conclusión podría aplicarse para el pago, ya no de una prima de seguro, sino que de la indemnización en sí misma, cuando ésta se origina en responsabilidad de terceros por los que la empresa es civilmente responsable, en los términos del art. 2.320 del CC, bajo el supuesto que podemos predicar idénticos fundamentos a los aducidos por el SII en este pronunciamiento, en cuanto la empresa se hará cargo de obligaciones por mandato legal, no conectadas inmediatamente con algún actuar negligente o culposos de la misma.

En nuestra opinión, esta última aseveración reconocería una realidad económica correcta, en la medida en que las presunciones por responsabilidad sustituta se sustentan en un deber de vigilancia o de correcta selección, cuando no existe nexo causal directo entre el actuar del sujeto que produce el daño y el perjuicio en sí mismo.

III ILICITUD COMO FUNDAMENTO DEL RECHAZO A LA DEDUCCIÓN DEL GASTO

Como puede observarse del análisis de los acápites anteriores, el elemento común en el rechazo del gasto y la consecuente aplicación del IUGR en esta materia, implica la sanción desde el punto de vista tributario al actuar doloso o negligente de un contribuyente que debe concurrir a reparar los daños causados.

Sobre esta conclusión, es posible concordar con el SII en el sentido que la negligencia o el dolo deben ser repudiados por nuestro sistema jurídico, permitiendo que las personas que sufren daños sean indemnizadas por sus autores. No obstante, no debe olvidarse que la generalidad de los sujetos no busca causar daños intencionalmente, ni tampoco de forma permanente actúa imprudentemente. Por el contrario, la racionalidad de las personas las hace actuar evitando estas situaciones.

³⁶ CORRAL TALCIANI, Hernán. *Op. Cit.* P. 231.

Tampoco creemos que, ante una situación de pago de indemnizaciones de perjuicios, se esté beneficiando a un contribuyente por su propio dolo o culpa –como se ha señalado por el Servicio para denegar la deducción de estos gastos– dado que, en estricto rigor técnico, no recibe ningún beneficio tributario. En efecto, a pesar de tratarse la deducción de gastos generalmente como un beneficio tributario, la verdad es que poco tiene de tal, dado que sólo se trata de un elemento para la determinación de la cuantía de la base imponible de IDPC. En otras palabras, es la forma de la determinación del hecho gravado del contribuyente, según se define por el art. 2 N°2 de la LIR. Nadie podrá negar que por el pago de indemnizaciones el patrimonio del contribuyente no se ve efectivamente empobrecido. Un beneficio tributario, propiamente tal, sería, por ejemplo, la deducción de gastos *per se* no necesarios para producir rentas (como es, por ejemplo, el pago de becas a hijos de trabajadores contenido en el art. 31 N°6 bis de la LIR), o establecer exenciones o franquicias para rentas existentes (por ejemplo, la no tributación de ciertas ganancias de capital, la consideración de tramos exentos en impuestos progresivos, o los regímenes de depreciación acelerada e instantánea).

Incluso, en un nivel macro de análisis recaudatorio, no podría señalarse que existe perjuicio fiscal neto para el Fisco por dicha deducción, ya que entre la mayoría de los contribuyentes de IDPC, cuando los montos sean relevantes, existirá una empresa beneficiaria de la indemnización que deberá tributar por ese ingreso con este mismo impuesto, de conformidad a lo señalado en el artículo 17 N°1 de la LIR³⁷.

Por lo anterior, es conveniente analizar si existen otros criterios que permitan alejarse de la tesis estricta que implica aplicar la regla de responsabilidad subjetiva para dilucidar cuándo un gasto realizado por este concepto debe ser aceptado, o bien, éste debe ser rechazado.

Así, por ejemplo, el mismo Servicio ha dejado abierta la puerta para la deducción de pagos por indemnizaciones de perjuicios –cuando se excluye la negligencia, culpa o falta de servicio– “*acaecidos por los riesgos a que está sujeta la prestación de los servicios que constituye su objeto social*”³⁸. En

³⁷ Probablemente, dadas las reglas tributarias de contabilización y depreciación o amortización de activos, aun en el caso de restringirse a la indemnización únicamente del daño emergente, la empresa receptora de la indemnización verificará un aumento patrimonial por la diferencia entre el valor del activo registrado y el monto de la reparación que le es pagada.

³⁸ SII. Oficio N°871 de 6.4.2016.

otras palabras, se reconoce que existen riesgos usuales en los negocios que pueden producir daños a terceros, pero que no requieren sanción especial, diferente al respectivo resarcimiento. Asimismo, como se señaló anteriormente, el SII reconoce en el caso del régimen extracontractual, la deducción de gastos vinculados con responsabilidad indirecta.

Probablemente, aunque no contribuya a la certeza, nuestro sistema tributario deberá tender hacia la eliminación de las calificaciones apriorísticas de determinados desembolsos, recayendo tanto en el contribuyente como en el SII, el analizar en concreto, si la consecuencia de reparar el mal causado, (a) reviste caracteres de razonabilidad³⁹, (b) sigue criterios de realidad económica, (c) si corresponde o no al acaecimiento de riesgos propios de la industria respectiva, y finalmente, (d) si se origina o no en motivos lícitos.

Adicionalmente, estimamos que aún en caso de denegar la deducción de los gastos originados en responsabilidad civil, este efecto es suficiente sanción para repudiar los actos culposos del contribuyente. No será conveniente la aplicación del IUGR cuando no se cumplan los criterios expresados en el párrafo precedente –o se verifiquen sólo parcialmente–, y no medie dolo o elusión fiscal por parte del contribuyente. Cabe recordar que el IUGR se estableció con el fin de establecer una medida de control para la sanción a la deducción de gastos que, generalmente, debían atribuirse ficticiamente a los dueños de las empresas que tenían carácter de contribuyentes de impuestos finales⁴⁰. Luego, con la incorporación del inciso tercero del art. 21 de la LIR, el inciso primero pasó a convertirse en una sanción a los gastos propios de la empresa que no sean necesarios para producir la renta en los términos estudiados⁴¹, sin perjuicio de que el SII sigue tratando el IUGR como norma antielusiva especial⁴².

En consecuencia, de dicho análisis parece improcedente aplicar el IUGR, a pesar de cumplirse alguno de sus supuestos fácticos, a desembolsos que constituyan pagos por indemnizaciones de perjuicios, mientras éstos no tengan por objeto eludir o defraudar el pago del IDPC.

³⁹ Por ejemplo, en la proporcionalidad que exista entre los montos pagados y el tamaño de la empresa, el análisis teórico de las decisiones que habría tomado un tercero en esas circunstancias, o comportamientos normales de otros agentes en la misma industria.

⁴⁰ SII. Circular N° 45 de 24.10.1984. P. 1.

⁴¹ SII. Circular N° 45 de 23.9.2013. P. 2.

⁴² De acuerdo a lo señalado expresamente en SII. Circular N° 65 de 23.7.2015. P. 8, por la que se excluye el ámbito de los gastos rechazados cubierto por el artículo 21 de la LIR de las esferas de la norma general antielusión.

IV MODIFICACIONES PROPUESTAS POR EL GOBIERNO

Durante el período que abarcó la presente investigación, el Gobierno presentó el Mensaje N°107-366 de fecha 23 de agosto de 2018, introduciendo importantes propuestas de modificación y modernización en materia de deducción de gastos, y en particular, a aquellos relacionados con los desembolsos originados en responsabilidad civil de la generalidad de los contribuyentes de IDPC.

Si bien escapa a la materia específica de este análisis, debemos señalar primeramente que este proyecto de ley constituye, a nuestro juicio, un gran avance para modernizar nuestra legislación en materia de gastos tributarios, eliminando las ineficiencias obvias que se producen por las diferencias entre las reglas financieras para deducción de gastos y las que rigen en materia fiscal.

Aunque parezca innecesario, muchas veces tendemos a olvidar que las reglas financieras o contables para deducción de gastos también protegen intereses de terceros –los socios o accionistas, y en particular, las de los minoritarios–, de la misma manera que las normas establecidas en el art. 31 de la LIR buscan amparar el interés fiscal en el patrimonio del contribuyente. Por esta razón, debemos evitar recurrir a aquellos criterios que presumen que los antecedentes financieros de una empresa no son útiles para reflejar realidades tributarias o la idea de que las empresas buscarán realizar la mayor cantidad de gastos posibles –casi en forma irresponsable, arbitraria o antojadiza–, con el objeto de evitar el pago de tributos asociados a sus utilidades. Evidentemente, ello no implica dejar de establecer requisitos de racionalidad, control o normas antielusión para desincentivar y castigar aquellos casos en que se abuse de las normas generales –de la misma manera en que la ley corporativa sanciona a la administración de una sociedad como responsable ante sus dueños por sus actos realizados en perjuicio del patrimonio social–.

En el mismo sentido, el nuevo art. 31 propuesto por el Ejecutivo, señalaría que:

“La renta líquida de las personas referidas en el artículo anterior se determinará deduciendo de la renta bruta todos los gastos que cumplan las siguientes condiciones: (a) que se encuentren vinculados directa o indirectamente al desarrollo del giro, entendiéndose por tal el que se realiza para el desarrollo de las operaciones o negocios de la empresa o el que se efectúa en el interés de

la misma; incluyendo gastos ordinarios, extraordinarios, habituales, excepcionales, voluntarios u obligatorios; (b) que sean razonables en cuanto a su monto, atendidas las circunstancias particulares del caso; (c) que no hayan sido rebajados en virtud del artículo 30; (d) que se encuentren pagados o adeudados durante el ejercicio comercial correspondiente; (e) que tengan una causa lícita y no tengan su origen en comportamientos dolosos; y (f) que se acrediten o justifiquen en forma fehaciente ante el Servicio, en caso de fiscalización, a través de los medios de prueba que corresponda conforme a la naturaleza de los respectivos desembolsos”.

Independientemente de su aprobación y redacción final, queremos destacar algunos puntos que contribuirían a morigerar las incongruencias y dificultades que hemos hecho presente en los acápite anteriores. Probablemente, la redacción resultante requerirá de grandes esfuerzos tanto del Servicio, como de los contribuyentes, la doctrina y los tribunales de justicia para regular las nuevas exigencias que sustituirían las establecidas en nuestro sistema tributario, casi invariablemente desde 1924⁴³. No obstante, en un esfuerzo inicial, y respecto de las materias tratadas en el presente artículo, creemos relevante resaltar brevemente los elementos que analizaremos a continuación.

4.1. La eliminación del concepto de necesidad de los gastos

En primer lugar, estimamos altamente beneficioso el hecho de prescindir del carácter necesario u obligatorio de los gastos para admitir su deducción fiscal. Como ya hemos señalado durante nuestro análisis, esta exigencia es altamente anacrónica, de total desconexión con la realidad económica mundial y de evidente carencia de integración legislativa con el derecho común –y en particular, con las tendencias actuales para la solución de controversias–.

Las empresas –salvo por sus obligaciones establecidas directamente por el legislador en relación con su naturaleza⁴⁴– contraen todas

⁴³ GALLARDO BURGOS, Pablo. Análisis de la evolución histórica del concepto gastos necesarios para producir la renta - Costas judiciales como gasto necesario para producir la renta. Revista de Estudios Tributarios. N° 17. Centro de Estudios Tributarios, 2017. pp. 74 y 93.

⁴⁴ Como por ejemplo, el llevar contabilidad, pagar sus tributos, cumplir con las regulaciones legales o administrativas que afectan a su industria, entre otros.

sus obligaciones representativas de desembolsos de dinero o retiro de especies por medio de la expresión de su voluntad contractual. Incluso otras obligaciones legales indirectas provienen de su consentimiento contractual previo. Así, por ejemplo, es la decisión de una empresa de contratar a un trabajador la que genera deberes legales de retención de impuestos, pago de cotizaciones previsionales, indemnizaciones por años de servicios, entre otros. Por ello, mediante la eliminación de este requisito, se reconoce que, en las democracias modernas, las empresas –y en general, las personas– adquieren la mayoría de sus obligaciones de forma voluntaria, al menos presumiblemente, de forma eficiente y de buena fe.

Asimismo, la nueva redacción da cuenta de una realidad innegable, consistente en que la necesidad de realizar un desembolso no dice ninguna relación con los fines recaudatorios o antielusivos buscados por la norma –a esta fecha– vigente. Un gasto obligatorio puede no contribuir a generar rentas, de la misma manera que un gasto voluntario puede generar bastantes. En otras palabras, de acuerdo con lo ya analizado, la obligatoriedad no dice relación directa, ni indirecta, con la mayor o menor obtención de rentas o recaudación por concepto de IDPC. Es por ello, que estimamos que es urgente dejar de lado la interpretación que sustenta los gastos en la medida en que sean obligatorios o indispensables para los contribuyentes.

4.2. *La redefinición del concepto del giro del contribuyente*

En segundo lugar, se complementa dicha supresión con la nueva definición de qué debe entenderse por el giro del contribuyente. Ya no será relevante recurrir a los inútiles criterios de giro corporativo o de la actividad informada ante el SII, para calificar la aceptación o rechazo de un gasto. Ya hacíamos presente que, en consideración a que tributan los ingresos de cualquier naturaleza que constituyen aumentos de patrimonio, tampoco debiese ser relevante si los gastos son propios del giro legal o tributario de la empresa.

A mayor abundamiento, el concepto de giro propuesto sustituye la norma de control hasta ahora consistente en ser “*necesarios para producir la renta*”, por el hecho de que el gasto se realice “*para el desarrollo de las operaciones o negocios de la empresa o el que se efectúa en el interés de la misma*”. En otras palabras, los gastos podrán ser aceptados, en la medida en que se

realicen en interés –*provecho, utilidad, ganancia*⁴⁵– de la empresa. En otras palabras, creemos que bajo esta redacción cobrará especial relevancia el ánimo lucrativo del contribuyente para sustentar sus gastos, dejando de lado la discutida referencia a la denominada “vinculación ingreso-gasto”⁴⁶.

4.3. *La incorporación del criterio de razonabilidad y de licitud de la causa*

En tercer lugar, se incorpora el criterio de razonabilidad para la determinación del monto que puede ser aceptado como deducible de la renta líquida imponible del contribuyente. Si bien, la razonabilidad es un elemento de análisis no determinado, conlleva la posibilidad de ser determinable, por ejemplo, mediante la comparación con la evaluación que habría realizado un tercero en dichas circunstancias⁴⁷, la proporción que representen los gastos en el patrimonio de la empresa, las expectativas probables de ganancias, el riesgo de la industria, la aversión al riesgo de la administración social, entre otros.

Finalmente, en términos genéricos, la exclusión de la ilicitud de la causa y comportamientos dolosos de los contribuyentes para erosionar la base del IDPC, constituye un gran avance en reconocer el hecho de que son los motivos que llevan a realizar un gasto los relevantes para determinar si el Estado puede admitir o no su rebaja. Es un principio general de nuestro derecho, el hecho que nadie puede aprovecharse de su propio dolo o actuar negligente⁴⁸, y como contrapartida, el Fisco no puede sufrir un perjuicio en su recaudación por el hecho de existir motivos ilícitos del contribuyente para producirlo.

No obstante, creemos que este nuevo requisito puede resolver varias de las problemáticas aquí planteadas, en la medida en que la ilicitud de la conducta dañosa y que origina la obligación de indemnizar perjuicios, no necesariamente irá acompañada de una causa ilícita. Es perfectamente posible que una empresa, con motivos lícitos y en interés de la misma,

⁴⁵ Según la definición de la Real Academia Española.

⁴⁶ Ver, por ejemplo, SII. Oficio N° 2013 de 6.9.2017.

⁴⁷ En términos similares a los que se establece en el artículo 41 E de la LIR, el principio de plena competencia en materia de precios de transferencia.

⁴⁸ RODRÍGUEZ GREZ, Pablo. Responsabilidad Contractual. Editorial Jurídica de Chile, 2012. P. 109.

incurra en riesgos que finalmente puedan originar perjuicios a terceros, y que puedan generar la obligación de indemnizarlos. Pero ello no implica necesariamente que el gasto resultante en sí mismo posea una causa ilícita, según analizaremos en el apartado 4.4 siguiente.

4.4. La incorporación de los nuevos numerales 13 y 14 del propuesto art. 31

En cuarto lugar, de conformidad a los propuestos numerales 13 y 14 del art. 31, se aceptarían como gastos:

- a) Gastos medioambientales obligatorios: Las exigencias, medidas o condiciones medioambientales que deban incurrir ciertas empresas en la ejecución de un proyecto o actividad, mientras éstos estén contenidos en una resolución dictada por una autoridad competente de acuerdo a ley medioambiental vigente;
- b) Gastos medioambientales de responsabilidad social empresarial: Limitadamente, los compromisos ambientales que, entre otros requisitos, consten en un contrato o convenio suscrito con una autoridad pública, corporaciones, fundaciones, organizaciones comunitarias, comunidades indígenas, y que guarden relación con grupos, sectores o intereses de la localidad respectiva;
- c) Responsabilidad objetiva: Los desembolsos o descuentos, ordenados por entidades fiscalizadoras, que efectivamente pague el contribuyente en cumplimiento de una obligación legal de indemnizar o compensar el daño patrimonial a sus clientes o usuarios, cuando dicha obligación legal no exija probar la negligencia del contribuyente (responsabilidad objetiva). Si se determina la negligencia del contribuyente por autoridad competente, los desembolsos o descuentos pagados no serán aceptados como gasto deducible de la renta líquida imponible, pero no se gravarán con el impuesto establecido en el IUGR;
- d) Gastos por infracción a los derechos del consumidor: Los gastos de reposición o restitución de un producto, la bonificación o devolución de cantidades pagadas a sus clientes o usuarios en los términos de los arts. 19, 20 y 21 de la ley número 19.496 sobre Protección de los Derechos de los Consumidores, cuando no provengan de culpa infraccional. Si se determina la negligencia del contribuyente por autoridad competente, estos conceptos no serán aceptados como

- gasto deducible de la renta líquida imponible, pero no se gravarán con el IUGR;
- e) Gastos del tercero responsable: Las sumas que pague el tercero responsable para reembolsar a pagador las cantidades a las que se refieren las letras c) y d) precedentes, no serán aceptados como gasto deducible de la renta líquida imponible del tercero responsable, pero no se gravarán con el IUGR; y
 - f) Indemnizaciones convencionales: Los desembolsos acordados entre partes no relacionadas que tengan como causa el cumplimiento de una transacción, judicial o extrajudicial, o el cumplimiento de una cláusula penal.

Como puede observarse, la consagración expresa de las consecuencias de incurrir en este tipo de gastos, no hace más que asegurar la deducción de gastos referentes a riesgos de los giros de la actividad de los contribuyentes, eventualidades a las que el Fisco también debe concurrir en parte.

Así, los primeros literales se encargan de dar certeza de la deducción del gasto en ciertas prestaciones obligatorias, en las que no media culpa, o en las que ésta es indirecta. Luego, se señala que, en dichos casos, de comprobarse culpa del contribuyente (o del tercero responsable del daño) por la autoridad competente, no procederá su deducción, pero no se sancionará con el IUGR. Ello, presumiblemente por el hecho de no constituir conductas elusivas, aceptando también tácitamente que constituyen riesgos del giro, los cuales no son posibles de prevenir por completo.

Finalmente, se establece que las indemnizaciones convencionales –entre no relacionados– constituyen gasto aceptado. Creemos que este es un importante elemento que puede aliviar varios de los problemas ya enunciados durante el presente análisis, que hasta hoy impiden la implementación cabal de resolución de conflictos entre particulares, mediante soluciones autocompositivas. Ello, especialmente considerando que, en estas circunstancias, no existe una resolución judicial que establezca, en derecho, la existencia y prueba de los perjuicios, el nexo de causalidad, la imputabilidad del pagador o la concurrencia de eximentes –como el caso fortuito o la imprevisión.

CONCLUSIÓN

En general, conforme a lo que hemos señalado, para la correcta relación entre el desarrollo económico y la recaudación fiscal, creemos altamente conveniente, desechar la interpretación que considera que los gastos necesarios son aquellos obligatorios para el contribuyente, utilizándolo como método para discriminar los gastos fiscalmente deducibles. Aunque no prospere finalmente el proyecto de reforma que ha planteado el Gobierno, estimamos que el vocablo “gastos necesarios” contenido en nuestra legislación vigente debe entenderse como un requisito de ánimo o tendencia subjetiva del agente con miras a la obtención de utilidades.

Ello no quiere decir, que el gasto debe ser directa e indirectamente obligatorio para el contribuyente. Pensar lo contrario, y bajo ciertos argumentos de nuestros tribunales, implicaría ciertas situaciones de absurdo o arbitrariedades en que cualquier pago hecho en virtud de un contrato no podría ser considerado un gasto necesario, porque siempre las partes voluntariamente se obligan a realizarlo en esta clase de instrumentos, asumiendo riesgos que pueden traducirse en eventuales pérdidas.

Por ello, creemos que carece de cualquier clase de relevancia en el análisis de deducibilidad de un gasto, el hecho de si la obligación consta en la ley, una resolución judicial, o en un acuerdo judicial o extrajudicial de las partes. Todas estas fuentes legales son igualmente obligatorias para el pagador.

Asimismo, en relación al pago de lo debido y a las indemnizaciones por responsabilidad civil, estimamos conveniente recurrir a criterios más acordes con el desarrollo de las actividades económicas que se regulan. Así, por ejemplo, el reconocer criterios de razonabilidad en las decisiones empresariales, reconocer la realidad económica y riesgos propios del giro, y analizar la licitud de la motivación que lleva a la aceptación de dichos riesgos, son elementos que pueden colaborar con la correcta determinación del tratamiento tributario de cada uno de los desembolsos incurridos por los contribuyentes en esta materia.

Probablemente, sea también conveniente dejar de lado los criterios apriorísticos que implican que por el solo hecho de existir –eventualmente– responsabilidad subjetiva, se niega la deducción del gasto, y además, se aplica la tributación sancionatoria del IUGR, aun cuando la conducta no reviste necesariamente características de elusión.

En este sentido, consideramos correcto el camino seguido por el Gobierno para introducir otros elementos de análisis y dar certeza para ciertos rubros que, por la naturaleza de sus actividades, se ven constantemente expuestos al pago de indemnizaciones. También estimamos que, en las futuras discusiones de la legislación propuesta, también tendrán lugar aquellos criterios que el SII tímidamente ha enunciado, como la aceptación de gastos en caso de responsabilidad indirecta, o en asumir riesgos propios de la actividad que se desarrolla.