

# *Anuario de Derecho Tributario*

DIRECTOR

*Hugo Hurtado Araneda*

COORDINADOR GENERAL

*Cristián Meneses Valenzuela*

COMITÉ EDITORIAL

*Camilo Béjar Landabur*

*Claudia Méndez Massardo*

*Paula Parra Hein*

ASISTENTES EDITORIALES

*Angélica Peñailillo Bonacich*

*Guillermo Vial Yávar*

# ANUARIO DE DERECHO TRIBUTARIO

Nº 2  
Diciembre 2010

---

## NOTA EDITORIAL

---

## ARTICULOS DE DOCTRINA

---

Tributación de los *Trusts* desde la perspectiva de Estados Unidos *por William P. Streng.* 5

Problemas generados por los *Trusts* desde una perspectiva tributaria doméstica chilena *por Arturo Garnham B.* 19

Tributación de los intereses implícitos en las operaciones de descuentos de documentos *por Rodrigo Winter S.* 30

Las sociedades de inversión al interior de la ley de rentas municipales *por Ricardo Walker M.* 45

Nueva versión del modelo de convenio para evitar la doble imposición de la OCDE *por Axel A. Verstraeten.* 71

## TEMAS DE ACTUALIDAD TRIBUTARIA

---

Ley de financiamiento de la reconstrucción 84

Cambio de criterio en cuanto al alcance de la expresión "en la que tengan intereses" del artículo 17 n°8 y 41 de la ley sobre impuesto a la renta en la circular n°20 del 08 de marzo del 2010 89

NORMAS DE PUBLICACIÓN 92

---

## NOTA EDITORIAL

El **Anuario de Derecho Tributario** en su segunda edición pretende dar a conocer a nuestra comunidad jurídica nacional temas relevantes relacionados a la aplicación de tributos en el país. Esta revista depende administrativa y académicamente del Postítulo y futuro Magíster en Derecho Tributario de la Universidad Diego Portales.

Nuestro Anuario cuenta con dos secciones estables. La primera de ellas contempla artículos de doctrina de académicos y profesionales del área, previamente aprobados por nuestro comité editorial.

La segunda sección trata temas de actualidad tributaria, donde esperamos plantear problemáticas que permitan generar un mayor interés en la investigación de esta rama del derecho. En la sección de doctrina de esta edición se incluyen dos ensayos basados en las exposiciones de los profesores Streng y Garnham, en el marco de un Seminario organizado por el Postítulo ya mencionado, en agosto de 2010, denominado "La tributación de los trusts". Los otros tres artículos fueron redactados por abogados y académicos especialistas en materias tributarias y se refieren a temas relacionados a la tributación de intereses implícitos en las operaciones de descuento, a una modificación al modelo de convenio para evitar la doble imposición de la OCDE, y un análisis de la aplicación de las patentes municipales a las sociedades de inversión y la jurisprudencia administrativa y judicial relacionado a ello.

En nuestra sección de actualidad incluimos temas vinculados a la ley de N° 20.455 sobre el Fondo Nacional de Reconstrucción, en sus diversos ámbitos, análisis del artículo 14 quáter, sobre tasa del impuesto territorial y modificaciones al DFL 2; que ha sido objeto de un interesante debate académico y profesional. Asimismo, incluimos temas vinculados al cambio de criterio en cuanto al alcance la expresión "en la que tengan interés" del artículo 17 N° 8 y 41 de la Ley sobre impuesto a la renta.

Con el Anuario de Derecho Tributario, aspiramos mantener activa la discusión académica de temas tributarios, con el fin de proponer cambios y críticas que, en definitiva, mejoren el sistema impositivo chileno.

**EL DIRECTOR**

## **Artículos de Doctrina**

## TRIBUTACIÓN DE LOS TRUSTS DESDE LA PERSPECTIVA DE ESTADOS UNIDOS

*William P. Streng*<sup>\*,†</sup>

### RESUMEN

La ponencia del profesor William P. Streng trata las principales consecuencias tributarias derivadas de la institución anglosajona denominada *Trust*. La presentación del profesor Streng aborda el tema desde la institución en sí y como los *Trusts* son tratados en la Ley de la Renta de Estados Unidos, considerando tanto aquellos que tienen por origen un acto testamentario como aquellos originados por actos entre vivos. La ponencia hace especial referencia a los efectos internacionales tributarios de los *Trusts*, aproximándose al tema considerando el nuevo Tratado de Doble Tributación firmado por Chile y Estados Unidos.

---

\* Vinson & Elkins Professor of Law, University of Houston Law Center, Houston, Texas, USA.

† Esta es una edición de la ponencia presentada el 5 de Agosto de 2010 patrocinada por la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales y por IFA Chile (Inter International Fiscal Association) para examinar la eventual tributación de los Trust bajo el sistema del Tratado de Doble Tributación entre Estados Unidos y Chile. La presentación en formato power point se encuentra disponible en el sitio web: <http://www.law.uh.edu/faculty/wstreng/presentations/santiago-2010>.

## I. INTRODUCCIÓN

He sido invitado a exponer respecto de la tributación a la renta de los *Trusts* en Estados Unidos, particularmente considerando ello como un anticipo a la aplicación del Tratado de Doble Tributación Internacional entre Chile y Estados Unidos. En Estados Unidos ha sido aplicable, desde sus inicios, el sistema de tributación conocido como *Common Law*. En este escenario, me gustaría presentar, en primer lugar, los elementos básicos de la estructura de la tributación de los *Trusts* bajo el sistema del *Common Law*. Luego, mi objetivo será examinar una serie de materias concernientes a las normas que rigen los *Trusts* en Estados Unidos y las normas aplicables a su tributación. Para tratar estas materias, presento tres temas esenciales a considerar:

- 1.- Los elementos básicos de la ley tributaria de Estados Unidos. Ello permitirá realizar una comparación previa a la presentación de los aspectos fundamentales de la ley de tributación de los *Trusts*.
- 2.- Reflexionar acerca de cuáles son los fundamentos de la Ley de la Renta de Estados Unidos, en lo relativo a la tributación a las cuales quedan afectas las transferencias por causa de muerte, especialmente en lo referido a los *Trusts*.
- 3.- Reflexionar acerca de implicancias internacionales, relativas a la tributación de los *Trusts*, tanto desde el punto de vista de la legislación interna americana, como desde el punto de vista de la aplicación de las cláusulas de los Tratados de Doble Tributación Internacional. Este último es un elemento particularmente importante considerando el nuevo Tratado de Doble Tributación Internacional entre Estados Unidos y Chile.

## II. IDENTIDAD JURÍDICA DE LOS TRUSTS

Arribamos a esta pregunta del mismo modo en que arribamos en la presentación anterior de este Seminario, ¿es realmente un *trust* una entidad jurídica distinta y particular?. En este sentido, debemos considerar, que tenemos –por un lado- al dueño del activo mantenido por una “entidad distinta” administrada por alguien denominado fiduciario (o *trustee*) en beneficio de otra persona o múltiples personas (beneficiario (s) ). Estos activos son administrados específicamente bajo el término de “*Trust*” que puede ser reglado, tanto a través de un acto testamentario como a través de un contrato. En el contexto y, sin perjuicio que originalmente el *trust* fue un documento testamentario, hay muchos que se constituyen

en la actualidad a través de un contrato, es decir, a través de un acto entre vivos.

Es difícil precisar una definición de *trust* al alero del sistema del *Common Law*. Sabemos que estamos frente de un *trust* cuando, por ejemplo, identificamos una relación fiduciaria en la cual una persona mantiene la propiedad en favor de otra, sujeto a la obligación de administración de dicha propiedad en favor de un beneficiario. Debemos reconocer que nos encontramos en un doble escenario: por un lado, un *trust* que existe por propósitos de derecho de propiedad (una entidad o un concepto); mientras, por el otro, podríamos identificar el *trust* desde una perspectiva mecánica como un documento o un instrumento legal.

Sin embargo, desde una perspectiva tributaria tenemos una definición más precisa. En tal definición encontramos, una entidad que tiene por fin dar a un patrimonio cierta rentabilidad, en un contexto de una planificación tributaria. Pese a ello, desde el punto de vista tributario, en ciertas situaciones el *trust* podrá ser tratado incluso como inexistente para efectos de la ley federal de la renta y considerada simplemente como "el alter ego" de la persona que crea el acuerdo.

Luego, en nuestro país (Estados Unidos), para efectos tributarios, el Departamento del Tesoro de Estados Unidos (*U.S. Treasury Department*) especifica que el *Trust* es un acuerdo creado tanto por aquellos que van a expresar su última voluntad en un testamento o bien, como un acto inter vivos, significando una declaración en vida con el propósito de la protección y conservación de la propiedad para los beneficiarios. En un momento voy a precisar la diferencia terminológica en cuanto a diferenciar un *trust* de otras figuras, como por ejemplo, una entidad financiera.

### III. POSIBLES USOS DE UN TRUST

En Estados Unidos usamos el *Trust* en muchas situaciones con objeto de una planificación del patrimonio personal. Esa es la razón por la cual muchos de ustedes están hoy aquí, ya que identifican el *trust* como un elemento para la planificación de la administración del patrimonio personal y la transferencia del mismo. En este contexto, tal como revisaremos, tenemos varios tipos de *Trusts* creados para las personas naturales. Adviértase sin embargo, que un *Trust* puede ser utilizado para varios otros propósitos por entidades financieras, pudiendo ser utilizados incluso por sociedades anónimas (sociedades de capital).

Para las personas, éstos *Trusts* pueden ser: (i) revocables o (ii) irrevocables. Ellos podrán ser además, (i) creados en vida o (ii) creados a través de un testamento. Con todo, aquél revocable se torna irrevocable desde la muerte del constituyente del *trust*.

Así, en Estados Unidos usamos la figura del *Trust* en diferentes situaciones.

Tenemos los *Trusts* que van más allá de la administración de una riqueza personal. Por ejemplo, un avión comercial puede ser tomado en un *trust* por el dueño nominal pero sin embargo existir varios socios con interés económico en el activo. Podemos tener un "*trust* comercial", "un *leasing trust*", "un *management trust* o *trust* de administración", o cierto tipo de *trust* de propiedad única de su dueño. Podemos usar este tipo de *trust* para numerosos acuerdos donde, obviamente, el dueño nominal es segregado por el verdadero dueño beneficiario (incluyendo aquellos casos en los cuales hay múltiples dueños económicos del activo tomado en ese *trust*).

Usamos una terminología especial para los *Trusts* de inversión. ¿Cómo llamamos a esta entidad en otros escenarios? Debiesen ser llamados "fondos mutuos" (*mutual funds*) y "*Trust* de inversión en bienes raíces" ("*real estate investments Trusts*"), y algunas veces encontraremos ello, pese a que sea descrito como un *trust*, no necesariamente lo será para efectos de la ley tributaria de Estados Unidos. Por ejemplo, una entidad puede ser organizada en una sociedad de personas o sociedad de capital, pero deberá haber adquirido la designación del *trust* por la manera en que los propietarios consideran la relación económica entre ellos.

Alguna de las más grandes entidades en Estados Unidos se identifican como *Trusts*. Me refiero a aquellas amalgamas de riquezas que contienen fondos para planes de retiro. Bajo el Código Tributario de Estados Unidos estos fondos de pensión pueden ser acumulados a través de una serie de mecanismos, tales como: planes de pensión (*retirements funds*), "*profit sharing plans*"<sup>1</sup>, y planes de compensación ejecutiva (*executive compensation plans*). Sin embargo, la administración de estos fondos segregados es comúnmente implementado a través de un "*Trust*". Obviamente, por tanto, inmensas riquezas son mantenidas en Estados Unidos a través de una institución denominada "*Trust*" y administrada por un "*trustee*".

Podemos, también, usar un *Trust* para mantener los fondos recibidos por un acuerdo judicial, normalmente esto constituye una figura que permite un aplazamiento de cualquier tributación a la renta de los beneficios recibidos. Simultáneamente, este acuerdo asegura la mantención de aquellos fondos por un tercero. Otro tipo de *Trust* desconocido para muchos son aquellos, por ejemplo, creados por una persona que quiere otorgar su dinero no en beneficio de un hijo o un nieto, si no que para beneficiar a su querido perro (o alguna otra mascota familiar). Por ejemplo, en Estados Unidos recordamos el episodio sucedido unos años atrás en que una mujer que no quería a sus hijos, ni a sus nietos, otorgó 12 millones de dólares en un *trust* a favor de su perro. En nuestro país (Estados Unidos), el *Trust* es normalmente solicitado para tener como beneficiario a un ser humano, pero en el contexto expuesto, las normas consideran que los fondos podrán ser recibidos en *trust* por un

---

<sup>1</sup> Sistema o proceso mediante el cual los empleados reciben una parte de las ganancias de su empleador, a las que puede imputar lo que recibirá por concepto de fondo de retiro.



individuo y éste sería el custodio y responsable del cuidado del afortunado perro. Respecto de este punto serán las autoridades locales quienes deberán determinar (desde la perspectiva de las normas de orden público) que el dinero a favor del afortunado perro podrá ser demasiado y, por tanto, el *trust* deberá ser interpretado más ampliamente, por ejemplo, para depositar en una cuenta los fondos a favor de muchos animales (o quizás también los de los nietos). Lo que este resumen nos expresa es que hay una inmensa cantidad de variedades de usos que se le pueden otorgar a los *Trusts*.

En Estados Unidos, otra manera en que un *Trust* puede ser utilizado es para fines de beneficencia. El *Trust* era el mecanismo utilizado comúnmente para facilitar las donaciones de caridad y extenderlas en un periodo prolongado de tiempo. Podemos ver aquello cuando un fondo de caridad creado es tomado por una institución sin fines de lucro organizada para implementar objetivos de beneficencia. La administración de la exención de impuestos para la sociedad es normalmente más fácil y menos riesgosa para los administradores que para aquellas personas naturales que actúan como fiduciarios de un *trust* de beneficencia.

#### IV. TIPOS DE FIDUCIARIOS O TRUSTEES

Debemos notar que un *Trust* puede tener variados tipos de fiduciarios o *trustees*. El fiduciario obviamente puede ser una gran institución financiera, normalmente aquellas que tienen como objetivo primordial la administración de activos de varios tipos de *Trusts*.

Todos los Bancos multinacionales (y la mayoría de los bancos pequeños) de Estados Unidos tienen una función de administración de *Trusts*, operando a puntualmente a través de un departamento específico. En muchas ocasiones, sin embargo, el creador del *trust* no quiere estar vinculado a una institución comercial como su fiduciario. Esta es la situación en que una persona natural, generalmente otro miembro de la familia, es designada como fiduciario (o quizás como co-fiduciario, junto con la institución financiera). En esta situación los miembros de la familia pueden incluso crear sus propias empresas con propósitos de administrar tales *Trusts*. Normalmente dichas empresas son denominadas "Sociedades Privadas de Trust" (*Private Trust Companies*) y se encuentran expresamente permitidas bajo la ley de *trust* en la gran mayoría de los estados de los Estados Unidos.

## V. DIFERENCIAS DEL TRUST DE OTRAS ENTIDADES ESTADOUNIDENSES CON FINES IMPOSITIVOS

En el contexto impositivo de Estados Unidos, uno de nuestros primeros objetivos será determinar si efectivamente estamos en presencia de un *Trust*, y que no se trata de otro tipo o forma de entidad. Considerando el espectro de entidades sujetas a impuestos que en Estados Unidos se presentan, por un lado, las sociedades comerciales con fines lucrativos. Bajo nuestro sistema de tributación a la renta la sociedad comercial con fines de lucro presenta su propio nivel de tributación y un segundo nivel, sobre las utilidades distribuidas a sus socios. Al otro lado del espectro de las entidades sujetas a impuestos están las sociedades de personas (*partnerships*), las cuales constituyen entidades transparentes, donde el impuesto es aplicado exclusivamente al nivel de los dueños del *partnership*.

Luego, en este contexto, una de nuestras primeras preguntas será ¿Tenemos un *Trust* o, en caso contrario, qué tipo de contribuyente tenemos? ¿Tenemos igualmente una "asociación comercial"? Si fuese una asociación comercial ¿sería, por ejemplo, una sociedad de capital o una sociedad de personas? Alternativamente, ¿Tenemos alguna entidad intermedia entre una sociedad de capital y una sociedad de personas, por ejemplo un *Trust*, que tiene su propio estatus tributario?

Para fines de tributación estatal, en Estados Unidos tenemos tests para determinar si estamos en la práctica en frente a una entidad financiera, una sociedad de capital o una sociedad de personas, o bien, si se trata de un *Trust*. Igualmente, tenemos diferente reglamentación según los propósitos de la ley estatal (relativo a los propósitos de la ley financiera) y según el nivel de tributación de una entidad.

En el contexto tributario, uno de los elementos más importantes es el que el *trust* debe mantener solo inversiones pasivas y no podrá ser vinculado a un negocio activo. Cuando un *trust* se vincula a un negocio activo, su status tributario en Estados Unidos cambia. Ello, no necesariamente producirá un resultado adverso, pero necesitaremos reflexionar acerca de las implicancias que conlleva el desarrollo de negocios activos. Si revertimos la situación al estatus de "*Trust*", siendo una sociedad de capital regular, tendremos un sistema de tributación tradicional (o clásico) impuesto en dos niveles (nivel de entidad y nivel de propietario final).

Varios años atrás el Servicio de Impuestos Internos de Estados Unidos (*Internal Revenue Service - IRS*) reglamentó el estatus tributario de *Liechtenstein Anstalt and the Stiftung* (entidades creadas bajo la ley de Liechtenstein para la protección de activos). La pregunta a responder era si esas entidades constituían un *Trust* para los efectos de la ley tributaria norteamericana. Ello será importante de determinar puesto que, por ejemplo, la renta podrá ser tratada como "emananda (*flowing out*) del *Trust*" para los beneficiarios desde el punto de

vista tributario.

Respecto a las entidades denominadas *Stiftung*, el Servicio de Impuestos Internos de Estados Unidos (*IRS*) tomó la posición de que se trataba de un *Trust*, y en otro caso, respecto de las entidades en *Anstalt*, tomó la posición de que se trataba de una sociedad de capital regular para los efectos de la ley tributaria.

Estas clasificaciones no son el resultado de reglas universales, podemos encontrar casos en los cuales las características podrán estar tanto en un contexto de planificación tributaria, así como también podremos transformar la entidad de un estado a otro por propósitos tributarios a través de la modificación y ajuste de los documentos orgánicos de la entidad.

## VI. TRUST DE PATRIMONIOS PERSONALES

Uno de los objetivos de esta presentación es reflexionar acerca de los *Trusts* de patrimonios personales, particularmente desde la perspectiva de la ley norteamericana basada en el sistema del *Common Law*, así como identificar sus propósitos principales.

En muchas instancias el objetivo es no tributario, como por ejemplo puede serlo la protección del beneficiario precisamente, del mismo beneficiario, para que este no mal gaste los activos (como si los recibiera de manera directa) o exponer aquellos activos a ciertos acreedores. Muchas otras razones no tributarias pueden ser base de la constitución de un *trust*, incluyendo aquellas para crear una institución multi-generacional que podrá tener como objetivo mantener obligados a los miembros de una familia en una misma administración de los activos por un beneficio común.

Luego, y como parte del análisis general, debemos hacernos la pregunta respecto al tiempo que podrán perdurar estos trusts, particularmente cuando pensamos acerca de transferencias realizadas entre bases multigeneracionales. Bajo las normas inglesas tradicionales del *Common Law*, tenemos una figura denominada regla en contra de las perpetuidades. El objetivo es que existan ciertas limitaciones a la duración de un *Trust* privado, así como un límite no perpetuo a la no transferencia de su propiedad.

En este sentido, y tal como revisamos previamente, Estados Unidos tiene un sistema federal y la ley tributaria de la cual hablamos emana de un nivel federal al igual que el concepto legal de propiedad. En la división de la jurisdicción legal en Estados Unidos, las leyes fundamentales concernientes tanto al derecho de propiedad, como al de los *Trusts* están reservadas a los Estados. En consecuencia y, tal como podrá imaginar, tenemos 50 regímenes de derecho de propiedad y regulación de los *Trusts*. Pese a ello, mucha similitud existe entre la regulación del derecho de propiedad en los Estados, mucha competencia

existe también entre Estados a fin de ser especialmente amigable a los *Trusts* de modo de atraer la administración de los patrimonios a esa jurisdicción. Particularmente, Delaware y Alaska, son Estados donde estas reglas limitan la prolongación en el tiempo de los *Trusts*, son Estados poco amigables con los *Trusts*. En algunos casos podemos tener reglas donde los *Trusts* requieren no tener término o donde los *Trusts* pueden tener una vigencia de 1000 años.

## VII. CONSIDERACIONES DE PLANIFICACIÓN TRIBUTARIA SEGÚN LA LEY NORTEAMERICANA

Para poder comprender las consideraciones de planificación tributaria de los *Trusts*, debemos examinar una serie de impuestos federales, entre ellos: (1) Impuesto Federal a la renta (*Federal Income Tax*), (2) Impuesto Federal a la transferencia de patrimonio (*Federal Wealth Transfer Taxes*), del cual existen además tres tipos. El más importante impuesto a la transferencia de patrimonio es el impuesto a las herencias (*Estate Tax*), un impuesto que grava la renta al momento de producirse la muerte del contribuyente.

Para asegurar de que una persona no transfiera todo inmediatamente antes de la muerte para evadir este impuesto estatal, un sistema alternativo de impuesto a las donaciones, *Gift Tax*. Adicionalmente, puede ser aplicado un "impuesto a la transferencia de patrimonio con salto de ciertas generaciones" (*Generation-Skipping Transfer Tax*). La premisa de este impuesto a la transferencia de patrimonio consiste en que como el patrimonio trasciende a la cadena familiar, este tipo de impuesto debe gravar cada nivel generacional. Claramente, si puede ser creado un *trust* que dure miles de años y mantener aquellos activos lejos del recaudador fiscal no teniendo suficiente conexión con el impuesto a la transferencia de patrimonio, nunca logrará aplicabilidad para ninguno de estos impuestos. Así, esta tercera variedad del régimen de impuesto a la transferencia de patrimonio, podrá ser aplicada incluso si los activos permanecen en el *trust* por un periodo prolongado de tiempo.

### 6.1 El proceso de administración estatal

Cuando tenemos un *trust* constituido por medio de un testamento, es un *trust* creado bajo un acto testamentario ("*the last will and testament*"). Este documento –y los activos transferidos y regidos por este documento quedan sujetos al proceso de prueba o evidencia.

Este es el proceso de la administración de un Estado para facilitar la apropiada transferencia del patrimonio de la persona fallecida. El *Trust* creado bajo un acto testamentario podrá además recibir otros activos que no quedan sujetos al proceso de prueba o evidencia. La transferencia de estos otros activos podrá ser acompañada bajo acuerdos contractuales independientes. Por ejemplo, este *Trust* podrá por si mismo ser designado como beneficiario de un seguro durante la vida del creador de este *Trust*. El *Trust* también podrá ser designado beneficiario de una pensión o de utilidades sociales pagadas por los recursos donde dichos activos se acumularon.

No obstante lo anterior, se debe considerar que con mayor frecuencia, están siendo utilizados los *Trusts* establecidos a través de un contrato, durante vida del constituyente. Un *Trust* puede ser establecido de acuerdo a un contrato y evitar así aquellos mecanismos establecidos en el proceso de prueba o evidencia. Sin embargo, ello no permite proteger aquellos activos del sistema de tributación de la transferencia de patrimonio. No obstante lo anterior, se logra el objetivo de eliminar dichos activos del escrutinio de autoridades locales (y de los intereses de los ciudadanos) quienes tratan de identificar la magnitud del patrimonio de aquel que ha fallecido.

Consecuentemente, *Trusts* contractuales permiten privacidad, asumiendo que previo el fallecimiento del propietario otorgó este a los activos una calidad específica a través de la transferencia previa de aquellos a un *trust* creado contractualmente en vida. Este tipo de *Trusts* creados mediante un contrato puede recibir otros activos luego de la muerte del constituyente. Pese a ello, asumiendo la revocabilidad, al fallecimiento de éste, ello es solo un acuerdo de administración de activos, considerando aquellos activos como adquiridos por la persona que creó el *trust*. Esta consideración del estatus de propietario se aplica tanto para propósitos del impuesto a la renta y para la inclusión en la base estatal para la determinación del impuesto a la transferencia del patrimonio. La próxima pregunta concierne a cuales serán los requerimientos específicos que deberán incluirse en los estatutos de un determinado *trust* –tanto de aquellos creados bajo “*will and death*”, como de aquellos creados en vida. ¿Qué especificaciones debemos incluir en estos documentos constitutivos de *trust*? El elemento esencial será determinar cuáles serán los beneficiarios prioritarios.

Luego podemos, y debemos, incluir un número importante de cláusulas para hacer el proceso de transferencia de patrimonio lo más fácil posible y expedito. Entre las preguntas que deben ser contestadas por los estatutos, podemos señalar: ¿Cómo transferimos dinero a los minoritarios? Como aseguramos que el fiduciario operara en la práctica honestamente, con integridad? ¿Asumimos que este independiente de que tenga en su poder el dinero puede robarlo, o no? respecto a las opciones relativas al tiempo y el alcance de la distribución del patrimonio bajo uno de estos *Trusts*. Podemos considerar, por ejemplo, distribuciones en intervalos. Respecto a la discrecionalidad del fiduciario,

podemos ir desde una total discreción. Un punto intermedio podrá ser concedido con una cierta flexibilidad al fiduciario para realizar las distribuciones, comúnmente orientado a un "standard aceptable" (tal como para salud, educación y mantención). Todas estas opciones también serán importantes en la definición de la aplicación de impuesto a la renta y de la aplicación del impuesto estatal, particularmente cuando la persona que esta transfiriendo el patrimonio en este *trust* también quiere constituirse como fiduciario, y mantener bajo control aquellos activos el mayor tiempo posible.

Preguntas concernientes a la administración de los *Trusts* también deben ser cuidadosamente tratadas. Desde la perspectiva del fiduciario (el administrador de *trust*) ¿Cuáles serán aquellas responsabilidades?, ¿Podemos poner ciertas limitaciones en el fiduciario?. Si el fiduciario tiene cierta discreción en la distribución del *trust* (mandatos de administración no son específicos), ¿Cómo se ejercerá dicha discreción?

Luego, ¿Cómo los activos mantenidos por el *Trust* deberán ser invertidos prudencialmente de modo de maximizar el retorno de utilidades? Adicionalmente, ¿quién va a guardar todos los registros de esta administración? Pese a que podamos tener una confianza en la institución del fiduciario, tal como un banco en su calidad de fiduciario, podemos esperar que el fiduciario tenga ciertos consejeros, particularmente al momento de realizar distribuciones a los beneficiarios. Varias alternativas existen para cumplir con este objetivo tal como un comité de asesores o "protectores de *trust*" (*trust protectors*) de modo de asegurar que la discrecionalidad del fiduciario se utilice apropiadamente.

## 6.2 El impuesto federal estatal

He precisado que nos encontramos hoy aquí de modo de reflexionar acerca de los impuestos como un elemento muy importante dentro de la estructura de un *Trust*.

Los *Trusts* no son necesariamente motivados enteramente con fines de evitar impuestos, pero sin perjuicio de ello, evitar el impuesto a la transferencia de patrimonio es un propósito importante en este proceso. Durante el año 2010 se ha presentado la siguiente situación anómala: debido a conflictos en el Congreso de Estados Unidos, nuestro impuesto a las herencias, el cual dejó de estar vigente al término del año pasado, no ha sido renovado. Por problemas políticos perdió su vigencia –quizás un ejemplo de legislación mal practicada. En todo caso, este impuesto sería repuesto en enero 2011, algunos señalan que con ensañamiento, ya que contemplaría una tasa mayor a la que registraba en el 2009 y tendría una base imponible exenta menor.

Es importante hacer presente que pese a que los impuestos federales son muy importantes en los estratos ricos, ellos son aplicables, aproximadamente, solo a un medio

por ciento de la población que fallece en Estados Unidos por año. Pese a ello, aquellas personas gravadas con este impuesto obviamente tienen enormes riquezas, están muy interesadas en esta materia, y sus beneficiarios estarán más interesados en recibir dicha riqueza lo menos reducida posible a causa del impuesto federal de transferencia de patrimonio.

#### 6.2.1 Tributación a la renta de los *Trusts*

Para muchos otros constituyentes de *Trusts* y beneficiarios, el real interés está en la responsabilidad incurrida por el *Trust* y sus beneficiarios respecto del impuesto a la renta. La pregunta a la que debemos apuntar entonces es relativa a la tributación a la renta que afecta a los *Trusts*. Dicha pregunta requerirá identificar apropiadamente al contribuyente, el cual puede ser el *trust* o el beneficiario? Ello asume que el constituyente del *trust* se deshizo de los bienes que lo podrían hacer tributar, por lo que la responsabilidad de la tributación del *Trust* ira tanto a este como a los beneficiarios.

En muchas instancias, podremos tener un *Trust* "trust/propiedad" para propósitos de ley local, pero el constituyente del *Trust* será aun el propietario de la renta para efectos del impuesto a la renta por el poder retenido sobre el *Trust* y sus propiedades. El constituyente del *Trust* podrá querer que los activos desaparezcan nominalmente del propietario mientras igualmente mantendrá el control económico respecto de la distribución de dichos activos.

Las leyes tributarias federales, es decir, las leyes sobre impuesto a las herencias y normas de tributación a la renta, no son precisamente paralelas. Algunas veces, en el contexto de la planificación tributaria podemos quedar afectados a una norma determinada sometiéndonos a ciertos impuestos, mientras evitamos otra. En muchas instancias la planificación será trata de evitar la exposición al impuesto a las herencias mientras igualmente podrán ser utilizados ciertos beneficios bajo las normas de la tributación a la renta. Luego, tenemos varias reglas para instruirnos cuando el creador de un *Trust* permanece siendo el propietario de la renta del mismo, para efectos de la ley federal a la renta, pero no para efecto de la ley federal de herencias.

Si hemos evadido las reglas de la tributación a la renta del propietario/constituyente, procede que nos hagamos la siguiente pregunta: ¿quién será luego el dueño de la renta del *Trust* si el constituyente de este no es tratado como dueño para los efectos de la ley federal de la renta? Aquí arribamos al punto relacionado a plantear el tema de un "verdadero *trust*" ("*true trust*") para los propósitos de la ley federal de la renta.

Bajo la estructura de nuestra ley federal de tributación a la renta, para un "verdadero *trust*" tenemos dos alternativas para atribuir la renta: la renta es gravada tanto

para el propietario (el beneficiario) como para el *Trust* en sí mismo (como entidad). Podrán imaginar que si el *trust* recibe renta y no la distribuye, aquella renta para los beneficiarios (y no está obligado a ello), no tendrán ordinariamente obligación alguna de pagar un impuesto a la renta por aquella renta no recibida.

Luego, la renta será solo sujeto gravado a nivel de entidad. Si la renta ha sido distribuida o es requerido que sea distribuida a los beneficiarios, la responsabilidad en el pago del impuesto a la renta ordinariamente corresponderá a los beneficiarios. Pese a ello, en el contexto de la ley de la renta, y bajo el régimen de tributación corporativo, tenemos una figura del régimen de una sociedad de personas modificada, es decir, de la renta es distribuida, la tributación es aplicada a nivel de beneficiario. Si la renta no es distribuida (y no es requerida dicha distribución) la tributación de la renta se aplica a nivel de *trust*. Cuando dicha tributación ocurre a nivel de *trust* luego, cuando la renta es distribuida a los beneficiarios, no será nuevamente grabada, ahora respecto de aquellos.

#### 6.2.2 Consideraciones respecto de las tasas del impuesto a la renta

Un elemento importante a considerar será que actualmente bajo el sistema de tributación a la renta, las tasas más onerosas, excepto para las sociedades de capital, es aplicable a los *Trusts*. Llegamos a un alto tramo en un nivel monetario bajo, en contraste con la aplicación de tramo más alto a una persona natural. Obviamente en esta situación, al menos para efectos de la ley federal, existe un incentivo al distribuir la renta del *trust* (y así baja la responsabilidad respecto de la ley de la renta de los beneficiarios). Un incentivo también se presenta al vincular dicha renta a políticas de inversión, así como invertir en activos que van a ser apreciados pero no van a producir renta que sería sujeto de ley federal a la renta.

En estas instancias, varias preguntas pueden salir a colación en relación a la asignación de la renta en los beneficiarios. Una de las preguntas esenciales a las que arribaremos será que aquella persona que está administrando el *Trust* decidirá como el impuesto a la renta será cargado mientras sea distribuido entre múltiples beneficiarios. Aquí es donde tenemos un tema complicado en relación a aquellos *Trusts* que proveen beneficios para múltiples generaciones. La pregunta que deviene será ¿Cómo dividir la renta (y la consecuente obligación al pago del impuesto) respecto de aquellas generaciones?

Una alternativa compensatoria es que debemos tratar de maximizar el retorno de la inversión (particularmente para los beneficiarios) pero ¿Cómo podremos cumplirlo en el mundo actual de inversión donde las tasas de retorno de intereses son tan bajas? El *Trust* podrá invertir en bonos o instrumentos de deuda, pagando arduamente un alto interés a la renta. En Estados Unidos, en esta situación cualquier persona puede perder desde la primicia que el beneficiario recibe una renta pequeña y los valores de los activos están



congelados cuando están invertidos en instrumentos de deuda, para los futuros beneficiarios no se refleja ningún beneficio desde ningún punto de vista de los activos. Si la inversión se realiza equitativamente cuando el mercado de valores se encuentra incrementando, el valor de los activos se incrementara también. Pero, todo ello es una apreciación de capital y no es, luego, renta asignada al beneficiario. En Estados Unidos, estamos gradualmente introduciéndonos en un sistema más sofisticado, para incentivar fiduciarios a invertir en un sistema de retorno total "*total return*", incluso si todos (o casi todos) aquellos retornos son atribuibles a una apreciación de capital. El acuerdo podrá ser estructurado de tal modo que el actual beneficiario podrá ser parte de aquel beneficio. El objetivo será tener un total retorno, algo de lo cual podrá ser compartido con el beneficiario, pese a que dicha ganancias sea atribuible desde una apreciación de capital y no un dividendo muy limitado o un ingreso por interés corriente.

### 6.3 Consideraciones internacionales

En el contexto de las implicancias internacionales tenemos normas de impuestos a los *Trusts* complicadas aplicables para ambos casos, inversiones hacia el interior por *trust* foráneo e inversiones hacia el exterior por *Trust* constituidos en Estados Unidos.

Cuando *Trusts* extranjeros invierten en Estados Unidos, quedan sujetos al mismo régimen de tributación a la renta de Estados Unidos al ser personas naturales invirtiendo en nuestro país. Quedan gravados bajo las normas de la ley de impuesto a la renta usualmente actuando como agente retenedor la fuente la mayoría de las veces retenidas en la jurisdicción de la fuente, pero similar a la tributación de personas naturales extranjeras, podrán tener ciertos beneficios en el tratamiento tributario de la renta. En esta situación particularmente consistente en inversión en Estados Unidos a través de instrumentos de deuda, la inmunidad tributaria respecto de los intereses pagados existe en razón de nuestra reglamentación doméstica. Si una persona natural extranjera o bien un *trust* extranjero invierte en negocios estadounidenses, la responsabilidad en el pago del impuesto a la renta va a ser generado en el lugar donde esté ubicado el negocio.

Por otro lado, para el contexto de los *Trusts* constituidos en Estados Unidos que invierten fuera de sus fronteras, existe un sistema global de tributación a la renta. Consecuentemente, un aspecto importante a considerar será la aplicación de las normas de recursos, es decir, determinar si los recursos que producen la renta se encuentran fuera de Estados Unidos y, si ello es así, donde se encuentra aquel recurso. Estados Unidos normalmente adscribe, desde el punto de vista de las normas de tributación a la renta, al derecho preferente de la jurisdicción de destino de cobro de renta por aquellos ingresos,

manteniendo un derecho secundario para gravar las mismas. El alivio a la doble tributación es provisto a través de un sistema de crédito respecto de aquel impuesto (*international tax credit*). Si existiese alguna disputa respecto de la jurisdicción tributaria esperamos pueda ser resuelta a través de la referencia a reglas aplicables en un tratado de tributación internacional, o al menos, bajo un sistema de resolución de conflictos especificado en dicho instrumento.

#### VII NOTA RESUMEN

En este contexto, será importante volver a la interrogante inicial respecto cuál es la caracterización y status de un *Trust*, con especial énfasis en las consideraciones internacionales. Cuál es el status nacional de un *trust*, ¿es doméstico o es extranjero? Con mayor frecuencia el régimen regulatorio de Estados Unidos se ha expandido permitiendo resolver si un *Trust* va a ser tratado como doméstico o no. Ello será la situación normal al menos que el *Trust* se encuentre claramente situado fuera de Estados Unidos y sus beneficiarios no sean estadounidenses. Fuera de dicha situación, normalmente el *trust* va a encontrarse bajo el alcance del régimen de tributación a la renta de Estados Unidos desde que se busca expandir el régimen tributario estadounidense lo más lejos posible bajo normas usuales de derecho internacional incluyendo aquello para los *Trusts*.

## PROBLEMAS GENERADOS POR LOS TRUSTS DESDE UNA PERSPECTIVA TRIBUTARIA DOMÉSTICA CHILENA

Arturo Garnham B.\*

### RESUMEN<sup>†</sup>#

Este trabajo tiene por objetivo introducir, desde una perspectiva doméstica, las principales dificultades al momento de determinar el régimen tributario aplicable a los *Trust*. Dado a que ésta es una institución ajena a nuestro ordenamiento jurídico, la presentación pretende, de manera sucinta, acercarnos a la compleja estructura de los *Trust*, proponer a las normas del Derecho Civil como las que deben regular la forma y contenido de la institución y, además, dar ciertas luces sobre la naturaleza jurídica de las relaciones que genera entre sus partícipes, abordado en cada caso las problemáticas en su tributación.

---

\* Abogado, Universidad de Chile y Magíster en Derecho, Universidad de Georgetown (E. E.U.U.). Socio de Noguera, Larraín y Dulanto y profesor de Derecho Tributario Universidad Diego Portales.

<sup>†</sup> Artículo basado en transcripción de segunda ponencia con ocasión del Seminario “Tributación de los *Trust*”, Santiago de Chile, 5 de Agosto de 2010 (Organizado por la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales y por IFA Chile –Inter International Fiscal Association).

# Con el objeto de facilitar al lector el entendimiento del artículo he considerado oportuno definir, de manera preliminar, algunos conceptos de uso frecuente.

-*Settlor*: Persona que entrega y transfiere determinadas cosas, valores o derechos con el fin de constituir un *Trust* que genere beneficios a sí mismo o a otros individuos.

-*Trustee*: Titular de la propiedad del *Trust* quien la administra, en la forma establecida por el constituyente, con miras a beneficiar a otros.

-Beneficiario: Persona o personas en cuyo favor se administran los activos y que se verán beneficiadas de las futuras atribuciones de los activos, de sus frutos o de ambos a la vez.

## I. INTRODUCCIÓN

Comencé desarrollando esta presentación con el título "Tributación de los *Trusts* desde una perspectiva doméstica", y al terminarla, me di cuenta que el título claramente no correspondía al contenido. Por eso tuve que cambiarlo a "Problemas generados por los *Trusts* desde una perspectiva doméstica".

¿Por qué, como abogados ajenos al *Common Law*, nos cuesta tanto comprender la figura de los *Trusts*? Principalmente porque, de lo que he visto, los *Trusts* son completamente ajenos no sólo a nuestra tradición, sino que a todas las instituciones de derecho que conocemos y manejamos.

Si uno le consulta por un *Trust* a un abogado que practica el *Common Law*, éste responderá que el *Trust* es una maravilla, que es la invención más increíble que han hecho los ingleses en términos legales y que sin el *Trust*, prácticamente no habría civilización. Por el contrario, si uno pregunta qué es un *Trust* a un abogado como nosotros, probablemente éste dirá "es un enredo inentendible, consistente en una mezcla entre lo que es reglamentación de propiedad, con cierta reglamentación hereditaria y de propiedad medieval, con algo de derechos contractuales y con el ejercicio de un cargo" (porque el *Trustee* tiene un encargo, ya que no se trata simplemente de una relación contractual privada, lo que queda de manifiesto que en el caso de dudas, el *Trustee* concurre al Tribunal y pide instrucciones de como desempeñar su encargo).

En virtud de lo anterior, la institución del *Trust* desde la perspectiva tradicional del *Civil Law* es muy difícil de entender.

## II. TIPOS DE TRUST

Existen aquellos llamados de Interés Fijo (*Fixed Interest Trust*), en el que se identifica tanto a las personas de los beneficiarios como el monto y oportunidad en que los beneficios serán distribuidos a estos (también pueden ser los beneficios condicionados a la ocurrencia de algún evento, por ejemplo "que se reciba de Antropólogo" en cuyo caso recibe el nombre de *Contingent Interest Trust*). Existen los Trusts Discrecionales (*Discretionary*), en los que se define una "clase" de beneficiarios (por ejemplo mis nietos vivos al 1 de enero de 2040) respecto de los cuales, el *Trustee* determina como los beneficios de la propiedad en *Trust* se reparten entre ellos, teniendo el *Trustee* libertad para marginar a algunos de los beneficiarios.

Otra clasificación distingue entre Trust Expresos (*Express Trusts*), esto es,

generados intencionalmente por el *Settlor*, y los Implícitos (*Implied Trusts*), esto es, generados legalmente a propósito de una combinación de hechos (en algunos casos se generan al transferir activos a un valor inferior al de mercado, transformándose quien recibe dicho activo en *Trustee*).

## II. ALGUNOS PROBLEMAS GENERADOS POR EL TRUST

### 1.1 Separación de los atributos de la propiedad.

¿Cuál es el problema o razón por la cual es tan difícil para nosotros como abogados chilenos comprender la institución del *Trust*?

A mi juicio, esto se debe principalmente a que existe una separación de los atributos de la propiedad, que es distinta a la que estamos acostumbrados, en uso, goce y disposición.

En el caso de los *Trusts*, la separación es distinta y es completamente ajena a nuestra tradición. Por un lado, el *Trust* nace de la transferencia de un activo por el constituyente al *Trustee*, y, este último, es "legalmente" dueño. El *Trustee*, como titular, tiene poder de administración y disposición sobre los bienes en *Trust*, de acuerdo a lo indicado en el instrumento de constitución (normalmente el "*Trust Deed*").

Sin embargo, los beneficios normalmente asociados al titular de la propiedad, pertenecen al Beneficiario, que no es titular de la propiedad, sino que es el "dueño en equidad" ("*beneficial owner o equitable owner*"), por lo que el *Trustee* no puede servirse de los bienes en su propio beneficio.

### 1.2 "Confusión" de roles

Así entonces, desde la perspectiva del derecho chileno, nos vemos enfrentados a una confusión de roles porque, frente a terceros, el *Trustee* es el dueño legal absoluto. Ahora bien, es cierto que los acreedores personales del *Trustee* no pueden dirigirse contra los activos del *Trusts* para hacer efectivos sus créditos, pero legalmente hay una propiedad del *Trustee*, originalmente, de acuerdo a la ley extranjera.

Por otra parte el *Trustee*, a pesar de tener facultad de disposición, no tiene los beneficios de la propiedad. Esto es lo que genera una diferencia con el fideicomiso

chileno.

A diferencia del propietario fiduciario chileno, quien si falla la condición se queda con los bienes, el *Trustee* nunca será dueño de los bienes del *Trust*. Tiene el goce de los beneficios de la propiedad fiduciaria. Incluso en el *Trust* puede no existir el beneficiario o existiendo, tal beneficiario puede no saber que hay un *Trust* en su favor.

En otro orden de cosas, el *Trustee* puede excluir a los beneficiarios lo que nos aleja muchísimo de la figura del Mandato. Podríamos tratar de equiparar la figura del *Trust* a la del Mandato, señalando que en realidad el *Trustee* es un mero administrador de bienes ajenos, argumentando que en realidad el dueño es el beneficiario. Pero en el *Trust* la figura es más compleja. El *Trustee* puede excluir a los beneficiarios o agregar beneficiarios, además de administrar los repartos discrecionalmente.

¿Cuándo se ha visto que el mandatario le diga al mandante "ustedes hoy son mandantes pero mañana puedo excluirlos de la capacidad de tales", o diga, "a ustedes dos les hago un reparto y a usted no"? Simplemente, esto no es posible.

Por esto, es una institución que al ser muy ajena, es muy difícil para el derecho nacional calificarla.

### 1.3 La historia del Trust.

En este punto aparece la típica caricatura del Señor Feudal que se iba a las cruzadas y dejaba su fundo y sus vacas a cargo de una persona de su confianza, quedando él mismo como beneficiario. Al volver el señor feudal, solicitaba la restitución de los bienes cedidos en *Trust*. En ocasiones, el *Trustee* se negaba a dicha restitución, señalando que él era el dueño legal.

¿Qué camino tenía el constituyente del *Trust*? Si iba a la Corte, la respuesta sería negativa. Entonces, debía acudir al Rey o posteriormente a su delegado (el Canciller) y luego a las Cortes de la Cancillería (*Chancery Courts*), no para que aplicaran el derecho, sino que para que aplicaran reglas de equidad. Por lo que, en este caso, entramos en un divorcio inexistente para el sistema del Derecho Civil Clásico, donde una especie de árbitro arbitrador, que iba en contra del derecho y que como era el poder del Rey, pasaba por sobre el derecho.

Es por ello que, a pesar de que el *Trustee* era legalmente el dueño, por aplicación de normas de equidad finalmente despojaban al *Trustee* de la propiedad. Ello porque el constituyente del *Trust* era el *equitable owner*, es decir, el dueño en equidad, a pesar que en derecho no lo era. Lo anterior, a pesar de que el *Trust* nace por la transferencia de propiedad de los activos al *Trustee*, es lo que constituye una de las piedras angulares de

ésta construcción.

### III. ¿QUE OCURRE EN CHILE?

#### 3.1. *Trust* extranjero, con beneficiario y el *Trustee* extranjero<sup>2</sup>.

Si hay una sociedad chilena y activos chilenos bajo un *Trust*, ¿a quién se le cobra?, ¿tenemos un contribuyente?, ¿es el *Trust* o el *Trustee* un contribuyente?

Afortunadamente el Código Tributario nos otorga una salida muy fácil, ya que en la definición del contribuyente del artículo 8 números 5, 6 y 7 del Código señalado, se incluyen los representantes, los administradores fiduciarios y, por ende, no tengo que responder la pregunta de quién es el dueño para cobrar el impuesto.

Desde la perspectiva chilena, simplemente cobro el Impuesto Adicional sobre las rentas repartidas al *Trust/Trustee* y la Sociedad chilena, por los dividendos o el pagador por las rentabilidades de los activos va a tener que retener (existe normativa de retención artículos 74 y 79 de la Ley de Impuesto a la Renta "LIR"), sin necesidad de responder la pregunta de quién es el dueño.

#### 3.2 *Trust* extranjero, con beneficiario chileno.

Imaginen que existen activos extranjeros y un *Trust* en el extranjero que recibe rentas, ¿esas rentas, son del *Trust* o son de los beneficiarios?, ¿podemos hacer un análisis de acuerdo a ley chilena exclusivamente? A mi juicio, no. Debemos obligatoriamente acudir a la ley extranjera. Esta última nos señalará que criterio debemos usar.

No seremos esclavos de ésta, ya que estamos haciendo una determinación de ley chilena. Pero, ¿qué aplico?, ¿la Ley Civil o la Ley Tributaria extranjera?

En este punto debo hacer una aclaración. En Estados Unidos, no existe el artículo 2° del Código Tributario que señala que en todos los términos no definidos, se debe acudir a la ley común. ¿Por qué? Porque es un sistema federal, por lo que si hubiera un "artículo 2°", ¿a qué ley común nos acudimos? Estamos hablando de un impuesto

<sup>2</sup> Utilizo la expresión *Trust* o *Trustee*, como superpuestos, ya que entiendo que en Estados Unidos el *Trust* es visto como una entidad. Por el contrario en Inglaterra, entiendo que el *Trust* no existe como tal, los bienes son del *Trustee*.

federal, hay 49 o 50 leyes comunes. Por esto, en el caso de impuestos federales, el *Internal Revenue Service (IRS)* tiene mayores facultades que las que tiene el Servicio de Impuestos Internos chileno (*SII*). El *IRS* puede señalar qué es una sociedad, qué es un *Trust*, qué es una persona, qué es un trabajador, un contrato de trabajo, etc. En el caso chileno no. El *SII* no puede crear, administrativamente, un concepto de sociedad distinto del que provee la Ley.

Por esto, ¿qué tengo que hacer yo, como tributarista, para interpretar?, ¿puedo acudir a la Ley Tributaria o debo acudir a la realidad legal de las cosas sin importar como se califican tributariamente? Me refiero a la realidad de las cosas ya que, si una entidad es un *Trust*, de acuerdo a su legislación y tributariamente es tratado como una corporación, ¿preferiré la Ley Tributaria o la Ley Civil? Estimo que debo preferir ésta última, ya que la Ley Tributaria muchas veces recalifica un hecho o situación jurídica de un modo ajeno a su naturaleza, por razones recaudatorias.

La Ley Tributaria, lo que en la mayoría de los casos hace, es generar normas antiabuso. Sin embargo, cuando la Ley chilena señala a modo de ejemplo, en el artículo 21 de la LIR, que los préstamos de la sociedad al socio o muchas veces de la sociedad al accionista, son retiros ¿eso implica que dejaron de ser préstamos? No es así. Legalmente siguen siendo préstamos.

¿Qué hago con los *Discretionary Trusts*?, ¿considero que la renta es del *Trust* o de los beneficiarios?, ¿puedo decir que los dueños son los beneficiarios siendo que éstos últimos tienen, a lo más, meras expectativas (no tienen la acción reivindicatoria, no tienen la posibilidad de obligar al *Trustee* a repartirles beneficios)?

Cabe recordar que en el *Trust* no hablamos de una simple administración de bienes ajenos. No es un simple mandato donde el mandante tiene el control.

¿Qué ocurre con los *Trusts* revocables?, ¿qué ocurre con muchos *Trusts* que no se utilizan como herramientas de planificación de fortunas?, ¿qué hago con el *Uni-Trust* (que se utiliza como un vehículo para fondos mutuos) o los *Private Trusts*?, ¿Puedo distinguir entre uno y otro?, ¿es la posición del *Trustee*, en estos distintos tipos de *Trust*, distinta en uno y otro caso? Y si es la misma, ¿los puedo tratar en forma distinta?

Estimo que es muy discutible que pueda discriminarse respecto de casos en que las posiciones jurídicas son similares. Por ello es difícil desnaturalizar la operación, tratando al *Trust* como un ente transparente en todos los casos para efectos, por ejemplo, de cobrar un impuesto automáticamente a los beneficiarios en Chile.

La tentación, en este punto, es pensar que los *Trusts* son simplemente instrumentos de planificaciones tributarias agresivas sin sentido en sí mismos, por lo que la solución es aplicar principios de forma sobre substancia o el principio de la Realidad Económica, que fue lo que ocurrió en el caso de Eduardo Eurnekian en Argentina. ¿Existe base legal para hacer esto en Chile? Estimo que no.



Es muy difícil hoy, en un caso como éste, señalar en Chile que me voy a olvidar que existe un *Trust* y voy a partir de la base de que el beneficiario chileno ha recibido todos los ingresos del *Trust* en forma directa, obligándolo a tributar, aunque no haya repartos efectivos.

### 3.3. Activos chilenos, un *Trust* extranjero y beneficiarios chilenos.

#### 3.3.1 Rentas recibidas por el *Trust* o el *Trustee*

¿Qué ocurre con las rentas extranjeras recibidas por el *Trust*?, ¿quién es mi contribuyente relevante?, ¿considero que el *Trust/Trustee* es el contribuyente relevante y aplico el Impuesto Adicional respecto de las rentas repartidas desde Chile?, ¿considero alternativamente que el *Trust/Trustee* es simplemente un administrador fiduciario de bienes ajenos por lo que aplico el Impuesto Global Complementario a los Beneficiarios, por las rentas repartidas desde Chile?

Es más complejo cuando el *Trust* no sólo tiene activos en Chile, sino que en el extranjero. ¿Qué ocurre si recibe el *Trust* ingresos extranjeros e internos?, ¿tributará el beneficiario? Una tercera alternativa podría ser aplicar ambos impuestos, es decir, el Impuesto Adicional por las rentas de activos chilenos recibidos por el *Trust*, que a su vez doy por repartidas al beneficiario, gravando lo que queda de esas mismas rentas con impuesto Global Complementario. En este contexto me parece difícil olvidar al *Trust* o considerarlo inexistente para efectos tributarios.

¿Qué ocurre con el fraude a la Ley? Aquí podemos servirnos de una herramienta más compleja que simplemente olvidarnos de la existencia del *Trust*, y aplicarla en forma selectiva, sólo en presencia de operaciones claramente abusivas y carentes de sustancia legal.

#### 3.3.2 Rentas recibidas por los Beneficiarios.

¿Qué ocurre con las rentas de los beneficiarios? En este caso es el *Trust* quién distribuye estas rentas a los beneficiarios ¿Qué impuesto aplico?, ¿las considero renta y aplico el impuesto Global Complementario, con tasa progresiva de hasta 40% sobre las 150 UTA partiendo de la base que se trata de personas naturales residentes o domiciliadas en Chile? Alternativamente, ¿las considero una donación, y aplico el impuesto correspondiente, con tasa progresiva de hasta 35% sobre las 1.200 UTA?

Los beneficiarios tuvieron un incremento de patrimonio, de esto no hay duda, pero ¿hubo una transferencia a título gratuito en favor de un beneficiario?, ¿se trata de una donación indirecta del constituyente? Si fuera así, debo aplicar el impuesto de donaciones pero sin el recargo a la tasa de 40% que se generaría si se entendiera que es una donación efectuada por el *Trustee*.

Aún más, ¿cuál es la regla de fuente? En la ley sobre impuesto a la renta y en el caso de los impuestos a la herencia (Ley N° 16.271) son bastante claras, pero no en el caso del impuesto a las donaciones.

¿Se afecta con impuesto en Chile a donaciones efectuadas por extranjeros, de bienes situados en el extranjero a donatarios chilenos? Estimo que afectarlos con este impuesto es, a lo menos, muy discutible, ya que no hay norma especial. Es decir, aún a pesar de caracterizar este incremento de patrimonio como donación, resulta muy discutible la aplicación del impuesto a las donaciones por un tema de extraterritorialidad.

#### 3.4 Constituyente chileno, que transfiere activos chilenos a un Trust extranjero

Tres alternativas pueden ocurrir en este caso. Uno, es un chileno con residencia y domicilio en Chile. Dos, es un extranjero domiciliado en Chile. Tres, es un chileno que reside en el exterior. ¿Son iguales los tres casos?, ¿aplicaré los mismos impuestos? Nada señala sobre esto la Ley de donaciones.

Ahora bien, en primer lugar, hago la transferencia, ¿fue real?, ¿realmente, el constituyente, se deshizo de la propiedad de esos activos? Aquí surge el problema de los *Trusts* revocables y el de aquellos en que el constituyente es el propio beneficiario de los mismos. Son discusiones que debemos tener. ¿Son discusiones donde se debe mirar exclusivamente la Ley chilena? No me parece, ya que se trata de una institución de Ley extranjera que parece imposible regularla sólo por el ordenamiento nacional.

¿Aplico la Ley Civil o la Ley Tributaria extranjera? A mi juicio, como ya señalé, debemos aplicar la realidad jurídica que determina la Ley Civil, no la manera como ha tributado esto en el extranjero. Sobre todo en el caso de Estados Unidos, donde el criterio para aplicar el impuesto muchas veces no se condice con la realidad legal.

### 3.5 Constituyente chileno con activos extranjeros

Esta transferencia, ¿califica de donación? Si el constituyente es a la vez beneficiario, creo que es muy discutible. En segundo lugar, ¿qué dice el artículo 1.386 del Código Civil?, “La donación entre vivos, es un acto por el cual una persona transfiere gratuita e irrevocablemente una parte de sus bienes a otra persona que la acepta”. ¿Hay aquí una transferencia gratuita?, ¿hay un incremento de patrimonio por parte del *Trustee*?

Si el *Trustee* es legalmente el dueño yo concluiría que sí, sin embargo, existe un conflicto con el artículo 1.398 del mismo cuerpo legal que dice “no hay donación, si habiendo por una parte disminución de patrimonio, no hay por otra aumento, como cuando se da para un objeto que consume el importe de la cosa donada”. Si revisamos los libros que tratan la donación, existe un clásico ejemplo donde Lucio le entrega tantas toneladas de mármol a Cayo para que éste construya una estatua al dios Marte. Si la estatua consume todo el mármol, no existe donación. La misma cosa ocurre en el *Trust*, donde el *Trustee* que recibe los bienes por parte del constituyente, tiene una carga de transferir dichos beneficios, por lo que no existe donación.

¿Hay donación para los beneficiarios? Si no puede haber una donación de acuerdo a lo señalado por el artículo 1.398 del Código Civil, no podremos aplicar el impuesto. A diferencia del Impuesto sobre el Valor Agregado, donde la venta como hecho gravado se encuentra definida, en este caso la Ley de donaciones nada dice, por lo que debemos recurrir al concepto de donación que entrega el Código Civil. De esta forma, si la transferencia no califica de donación para efectos del Código Civil, no es posible aplicar el impuesto.

Si estimamos que el beneficiario es el donatario, ¿qué ocurre en un *Trust* revocable? Si el beneficiario no ha aceptado los beneficios del *Trust*, ¿existe donación? De acuerdo al artículo 1.386 del Código Civil “La donación entre vivos es un acto por el cual una persona transfiere gratuita e irrevocablemente una parte de sus bienes a otra persona, que la acepta”, por lo que la donación es un acto bilateral. El donatario debe aceptar, de lo contrario, no hay donación o presunta donación, ya que para señalar que existe donación debemos, en primer lugar, ignorar o pretender que no existe un *Trust*, lo que estimo equivocado, según ya he señalado.

Si el *Trustee* fuera el donatario ¿cuál sería el monto tributable?, ¿dónde está el incremento de patrimonio para el *Trustee* en términos de la Ley chilena? Una vez más, no puedo aplicar el principio argentino de la Realidad Económica. Tampoco puedo regularlo tributariamente olvidándome de la Ley Civil.

3.6 Activos extranjeros por un constituyente chileno que los aporta a un Trust extranjero

Digamos que es donación. Aún más, olvidemos lo que he señalado anteriormente y digamos que es una donación respecto de la cual puede conceptualmente aplicarse el impuesto a las donaciones.

¿Aplicaremos el impuesto a la donación chileno en base a un acto ocurrido en el extranjero, respecto de activos ubicados en el extranjero y de donatario "extranjero"?

¿Hasta dónde llega el "largo brazo" de la Ley Tributaria chilena?, ¿está reglamentado esto? No.

En el evento que aplicáramos el impuesto, ¿qué nos dice el artículo 52 de la Ley sobre impuesto a la Herencia y Donaciones? El impuesto es pagadero por el donatario, es decir, tenemos el caso del "Sr. Rico Mc Pato", chileno domiciliado y residente en Chile, que transfiere todos sus activos a un Trust y afirma "es una donación, vayan a cobrarle al Trustee". Difícil.

¿Podemos aplicar la figura del Art 63 de la Ley N° 16.271, en el sentido que lo que transfiere el constituyente no guarda relación con lo que recibe, y esa operación tiene por objeto encubrir una donación o anticipo a cuenta de herencia? No dice "el Sr. donó", dice "el Sr. transfirió activos, recibió algo a cambio, que es muy inferior, y en realidad esto encubre una donación". Yo estimo que es factible, sin embargo, si esto se hace en fraude a la ley se puede impugnar mediante las reglas generales. Además, tenemos el problema de decir "la intención fue encubrir" cuando muchísimas veces existen otras intenciones para generar un Trust.

#### IV. EL CASO DE FRANCIA

Francia es un caso especial, ya que por su cercanía geográfica con Inglaterra, ha estado muy expuesta a los Trusts. Este país tiene un impuesto de herencia y uno a las donaciones, de la misma manera que nosotros. Nuestro derecho está modelado, en parte importante, por el derecho Francés.

Hay un caso del año 1996 (caso *Ziesennis*), donde la Corte planteó que un Trust revocable es una donación indirecta al beneficiario que se hace efectiva al momento de la muerte del constituyente. En este caso, la Corte se olvidó del Trustee. Señaló que a pesar de no existir una equivalencia del fenómeno del Trust en Francia (es decir, a la separación de la propiedad entre el Trustee y el beneficiario), se reconoce la validez del vehículo, salvo que atente contra el orden público o constituya fraude a la Ley. Esto es

perfectamente aplicable en nuestro país.

En un caso más reciente, del año 2007 (caso *Tardieu de Maleissye*), también se planteó la tesis de la donación indirecta a los beneficiarios, sin embargo, señala que se completa cuando el activo es transferido a los beneficiarios (ya que deben aceptar la donación para que produzca efectos). Pero, de aplicar tal criterio en Chile, lo que ocurriría es que tendríamos que suspender la tributación hasta que el beneficiario recibe la distribución. Debido al concepto de valor presente del dinero, el Fisco sería muy perjudicado si aplicáramos este criterio. En este mismo caso, respecto a una posible donación al *Trustee*, señala la Corte que no existe tal donación porque no hay una intención del constituyente de beneficiarlo. Nuestra definición de donación no tiene el concepto de intención involucrado de una manera tan determinante, sin embargo, el Art 1.398 del Código Civil nos permitiría afirmar esta tesis.

Finalmente, en un caso del año 2004 (caso *Evelyne Poillot*), la Corte planteó que en un *Trust* discrecional, los beneficiarios tienen meras expectativas, no derechos adquiridos sobre los bienes del *Trust*, lo que hace mucho más difícil que generen el hecho gravado.

Señalo que para el análisis de ésta jurisprudencia, debí leer reportes de los mismos, pero creo que su análisis permitiría obtener interesantes conclusiones. No estoy sugiriendo aplicar estos criterios, porque por mucho que nuestro sistema sea más similar al francés que al inglés, las normas que regulan ambos son distintas.

# TRIBUTACIÓN DE INTERESES IMPLÍCITOS EN LAS OPERACIONES DE DESCUENTO DE DOCUMENTOS

*Rodrigo Winter S.\**

## RESUMEN

Este trabajo tiene por objeto analizar el tratamiento tributario del descuento de documentos cuando su valor de adquisición es inferior al valor nominal o valor par. Asimismo, se analizarán las consecuencias tributarias en la adquisición de documentos a un valor superior al valor nominal o valor par. La falta de una regulación integral de la materia por el legislador arroja ciertas interrogantes que intentarán ser despejadas a lo largo de este trabajo.

---

\* Abogado Pontificia Universidad Católica de Chile; LLM en Tributación Internacional Universidad de Florida; Magíster (c) Derecho de la Empresa Universidad Católica de Chile; Magíster (c) Derecho Tributario Universidad de Chile. Abogado de Pricewaterhouse Coopers.

## I. INTRODUCCIÓN

A menudo vemos en la práctica comercial que el acreedor de una obligación que consta en un documento representativo de dinero como una letra, cheque, pagaré, bono o carta de crédito; está dispuesto a ceder dicha cuenta por cobrar a un tercero, a cambio de una cantidad de dinero la que, por regla general, será menor al valor nominal de dicho crédito.

Las razones que podría tener el cedente para desprenderse de dicha cuenta por cobrar a cambio de un valor inferior a su valor nominal pueden ser de diversa especie.

Por ejemplo, si la obligación es a plazo, el acreedor podrá cederla a efectos de contar con recursos frescos que le permitan cumplir con sus obligaciones más inmediatas (razón de liquidez). Otra razón podría encontrarse en que, en algunos casos, el cedente podría no hacerse responsable de la responsabilidad del deudor (razón de riesgo). Finalmente el cedente podría ceder la cuenta por cobrar a una tasa de descuento, con la intención de liberarse de las gestiones de cobro con el deudor (razón de gestión de cobro).

Por su parte, el cesionario de la cuenta por cobrar, podría verse interesado en adquirir el documento dado que, al pagar un valor menor nominal, podrá realizar una utilidad en la operación, equivalente a tal diferencia.

Ahora bien, en caso que el documento cedido devengue un interés explícito, financieramente la tasa de descuento del documento, deberá sumarse a dicho interés explícito, obteniéndose la tasa de rendimiento al vencimiento del documento o *yield to maturity*, que sería la tasa de interés real del documento.

Por otro lado, la adquisición de cuentas por cobrar a un valor superior a su valor nominal o valor par, resultará conveniente para el cedente pues éste obtendrá una utilidad igual a dicha diferencia.

Por otro lado, el cesionario podría verse interesado en dicha cesión si los intereses explícitos que paga el instrumento, superan al sobreprecio pagado por su adquisición. Es decir, si la tasa de rendimiento al vencimiento del documento o *yield to maturity*, resulta ser positiva dado que los intereses explícitos que paga el documento superan a los intereses implícitos pagados por su adquisición.

A través de este trabajo, se analizarán las diferentes consecuencias tributarias que afectan al tenedor y al emisor de documentos adquiridos a un valor inferior o superior a la par, enunciándose las principales interrogantes que se presentan en algunas situaciones.

## II. ADQUISICIÓN DE INSTRUMENTOS A UN VALOR INFERIOR A LA PAR

Desde el punto de vista del cesionario o descontante de un documento representativo de dinero como una letra, pagaré, cheque, bono o carta de crédito, cuando éste ha sido adquirido a un valor inferior a su valor nominal o par, estimamos que se producirían las siguientes consecuencias tributarias.

### *2.1 Reconocimiento del descuento como una utilidad tributable para el adquirente*

El descuento es un contrato en virtud del cual una persona llamada descontado o cedente se obliga a transferir el dominio de un crédito no vencido a otra llamada descontante o cesionario, quien a su vez se obliga a adelantarle de inmediato a su contraparte el valor del crédito transferido, con deducción de una cantidad de dinero llamada tasa de descuento<sup>2</sup>.

En este tipo de operaciones, el descontante o adquirente experimenta un incremento patrimonial equivalente a la diferencia entre el valor nominal de documento (i.e, \$100) y el precio pagado por éste (i.e, \$80).

Al respecto, estimo que, salvo que exista alguna disposición que exima a esta diferencia (i.e. \$20) expresamente de tributación, ésta se encontraría sujeta a impuestos en Chile, en la medida que se trate de una renta de fuente chilena o sea percibida por un residente o domiciliado en el país.

En este sentido, artículo 104 N° 3 de la Ley de Impuesto a la Renta establece un impuesto específico a los emisores de bonos que cumplan con ciertos requisitos<sup>3</sup>, cuando

<sup>2</sup> MARRÉ VELASCO, Agustín "El contrato de Factoring", Editorial Jurídica de Chile, Primera Edición, 1995, p. 182.

<sup>3</sup> El Artículo 104 establece que no constituirá renta el mayor valor obtenido en la enajenación de instrumentos de deuda de oferta pública, en cuanto se cumplan los requisitos que copulativos que a continuación se establecen:

a) Que se trate de instrumentos de deuda de oferta pública previamente inscritos en el Registro de Valores conforme a la ley N° 18.045; b) Que hayan sido emitidos en Chile por contribuyentes que determinen su renta efectiva afecta al Impuesto de Primera Categoría por medio de contabilidad completa; c) Que hayan sido aceptados a cotización por a lo menos una Bolsa de Valores del país; d) Que hayan sido colocados a un valor igual o superior al valor nominal establecido en el contrato de emisión o que el emisor haya pagado o deba pagar el impuesto a que se refiere el número 3 siguiente, por el menor valor de colocación, y e) Que en el respectivo contrato de emisión, se haya indicado expresamente que los instrumentos se acogerán a lo dispuesto por este artículo. Asimismo, dicha disposición agrega que podrán acogerse a las disposiciones de este artículo, los contribuyentes que enajenen los instrumentos indicados en el número anterior y que cumplan con los siguientes requisitos copulativos:



ellos hayan sido colocados a un valor inferior al valor nominal, pudiendo deducirse este impuesto como gasto por el emisor, en la proporción que representen las amortizaciones de capital pagado en cada ejercicio, respecto del total del capital adeudado por la emisión.

Es decir, de acuerdo a dicha disposición, los emisores de bonos colocados a un valor inferior a su valor nominal, esto es, a una tasa de descuento, se encontrarán sujetos al pago de este impuesto en la emisión, el que posteriormente podrá ser deducido como gasto durante la vigencia del instrumento.

En relación a los adquirentes de los bonos descontados, la citada ley establece expresamente que siempre que los posean desde su adquisición hasta su pago total o rescate, dicha diferencia o descuento será tratada como un ingreso no constitutivo de renta para el tenedor.

A *contrario sensu*, podemos concluir que, no existiendo disposición expresa que exima de tributación a la diferencia positiva entre el valor de adquisición del documento y su respectivo valor par, ella deberá ser considerada como un incremento patrimonial sujeto a tributación para el adquirente y como una pérdida para el emisor.

## 2.2 Naturaleza jurídica de esta utilidad tributable para el adquirente

Una vez determinado que, salvo disposición en contrario, la diferencia positiva entre el valor de adquisición de un documento y su respectivo valor par, es un incremento patrimonial sujeto a tributación para el descontante o adquirente, se hace necesario determinar su naturaleza jurídica efectos de determinar su tratamiento tributario.

Al respecto, estimo que existen dos alternativas de caracterización, una consistente en considerarla una renta ordinaria del artículo 20 N° 5 de la Ley de Impuesto a la Renta para el descontante o adquirente u otra de considerarla como un interés implícito en la operación, esto es, una renta del artículo 20 N° 2 de la Ley de Impuesto a la Renta.

En este sentido, el artículo 1° de la Ley 18.010 sobre Operaciones de Crédito de Dinero señala que *“son operaciones de crédito de dinero aquellas por las cuales una de las partes entrega o se obliga a entregar una cantidad de dinero y la otra a pagarla en un momento distinto*

---

a) Hayan adquirido y enajenado los instrumentos en una Bolsa local, en un procedimiento de subasta continua, que contemple un plazo de cierre de las transacciones que permita la activa participación de todos los intereses de compra y de venta que b) Hayan adquirido y enajenado los instrumentos por intermedio de un corredor de bolsa o agente de valores registrado en la Superintendencia de Valores y Seguros, excepto en el caso de los bancos, en cuanto actúen de acuerdo a sus facultades legales.

*de aquel en que se celebre la convención”.*

A su vez, el inciso segundo de dicha Ley agrega que *“constituye también operación de crédito de dinero el descuento de documentos representativos de dinero, sea que lleve o no envuelta la responsabilidad del cedente”.*

Finalmente, la citada Ley señala en su artículo segundo que, en los operaciones de crédito de dinero constituye interés toda suma que recibe tiene derecho a recibir el acreedor por sobre el capital o el capital reajustado, en su caso.

Así, en la medida que el documento a ser descontado sea considerado como representativo de dinero, y el precio pagado por el adquirente sea inferior al valor nominal del documento, estimo que dicha diferencia o descuento deberá ser considerada como interés por el adquirente o descontante, para todos los efectos legales.

Dicho interés, al no encontrarse expresamente pactado en el contrato, tendrá el carácter de un interés implícito en la operación de descuento que se sujetará a las reglas de reconocimiento que se describirán más adelante.

El Servicio de Impuesto Internos ha reconocido este carácter de interés implícito al señalar expresamente que *“los intereses provenientes de operaciones e instrumentos financieros se encuentran exentos de IVA y siendo el descuento de documentos una forma de interés, constituye ésta una operación exenta de IVA”*<sup>4</sup>.

### 2.3 Momento de reconocimiento

La caracterización del descuento de documentos representativos de dinero, como interés implícito en lugar de renta ordinaria del artículo 20 N° 5 de la Ley de Impuesto a la Renta, puede resultar relevante a efectos de determinar el momento de reconocimiento de esta utilidad por el adquirente.

Así, tratándose de instrumentos pagaderos a la vista, no existirá mayor diferencia ya que, de acuerdo a las reglas generales, dicha utilidad debiese ser reconocida como un ingreso tributable al momento de adquisición del documento sobre base devengada<sup>5</sup>. Ahora bien, si el documento representativo de dinero es pagadero a plazo, estimamos que existen tres alternativas de reconocimiento del interés implícito por el tenedor o adquirente del instrumento.

La primera consiste en que el adquirente reconozca el interés implícito sobre base devengada al momento de adquisición del instrumento. Sin embargo, dicha alternativa podría originar doble tributación si el adquirente enajena el instrumento antes de su

<sup>4</sup> Ver Oficio N° 6897, de 2001.

<sup>5</sup> Artículo 15 y 29 de la Ley de Impuesto a la Renta.

maduración a un valor inferior al valor par.

Así por ejemplo, si A adquiere un bono a un valor de \$80 y su valor nominal es de \$100, bajo esta alternativa A debería reconocer inmediatamente un interés de \$20. Si posteriormente A vende el bono a B a un precio de \$90, entonces A debería reconocer una ganancia de capital de \$10 (precio de venta \$90 menos costo \$80), la cual ya se había encontrado gravada como interés.

Una segunda alternativa consistiría en el reconocimiento de este interés implícito sobre base percibida al momento de vencimiento de dicho instrumento. Esta alternativa no genera doble tributación, sin embargo, si el instrumento es enajenado antes de su maduración por el adquirente a un valor inferior a la par, el impuesto por el interés implícito a pagar por el último tenedor del bono será menor.

Así por ejemplo, si A adquiere un bono a un valor de \$80 y su valor nominal es de \$100, bajo esta alternativa A no deberá reconocer inmediatamente una utilidad tributable, salvo que lo conserve hasta su maduración. Si posteriormente A vende el bono a B a un precio de \$90 y éste lo conserva hasta su maduración, entonces B deberá reconocer un interés de \$10 al momento de recibir el pago del capital. Es decir, en esta alternativa, la base imponible de impuesto por el descuento ha disminuido de \$20 a \$10.

Finalmente, existe la alternativa de que el descontante reconozca dicho interés implícito sobre base devengada a prorrata durante la vida del instrumento. En mi opinión ésta parece ser la alternativa escogida por el legislador dado que, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 11 de la Ley 18.010 "los intereses (ya sea implícitos o explícitos) se devengan día a día"<sup>6</sup>.

A mayor abundamiento, el artículo 16 inciso tercero del Código Tributario establece que "salvo disposición en contrario, los ingresos y rentas tributables serán determinados según el sistema contable que haya servido regularmente al contribuyente para computar su renta de acuerdo con sus libros de contabilidad".

En este sentido, tanto el Boletín Técnico N° 21 del Colegio de Contadores, como la Norma Internacional de Contabilidad N° 39 establecen la obligación de reconocimiento de los intereses implícitos sobre base devengada en forma diferida durante la vida del instrumento.

Según Agustín Marré<sup>7</sup>, este tratamiento diferido se corroboraría por el Servicio de Impuestos Internos mediante instrucciones aplicables específicamente a pagarés descontables de Tesorería<sup>8</sup>, los cuales aún cuando tratan el descuento en las especiales condiciones de emisión de dichos pagarés, sus alcances serían de general aplicación y,

<sup>6</sup> En el mismo sentido se pronuncian los artículos 790 y 648 del Código Civil.

<sup>7</sup> MARRÉ VELASCO, Agustín. Op. Cit. páginas. 188 y 189.

<sup>8</sup> Ver Circular del Servicio de Impuestos Internos N° 12 de 23 de Enero de 1975 y Oficio del Servicio de Impuestos Internos N° 142, de 1977.

por ende, podrían aplicarse al descuento de todo tipo de documentos.

Finalmente, cabe agregar que, bajo esta alternativa, también puede existir doble tributación si el instrumento es enajenado antes de su maduración a un precio inferior a su valor par.

Por ejemplo, si A adquiere un bono a un valor de \$80 y su valor nominal es de \$100, bajo esta alternativa A deberá reconocer la diferencia de \$20 como interés implícito sobre base devengada durante la vida del instrumento. Si posteriormente A vende el bono a B antes de su maduración a un precio de \$90, se encontrará sujeto a tributación por la ganancia de capital de \$10. Sin embargo, parte de esta ganancia de capital de \$10 puede haberse encontrado ya gravada como interés implícito.

#### 2.4 Tasa

La caracterización del descuento de documentos como interés implícito puede resultar también relevante a efectos de determinar la tasa del impuesto final a aplicar.

Así por ejemplo, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 59 N° 1 y 74 N° 4 de la Ley de Impuesto a la Renta, por regla general, los intereses pagados al exterior se encontrarían gravados con impuesto adicional sujeto a retención de tasa 35%. En algunos casos esta tasa se puede ver reducida a un 15% si el acreedor es residente o domiciliado en un país que ha suscrito un Convenio para Evitar la Doble Tributación con Chile. Finalmente, el impuesto de retención puede verse reducido a un 4% si el crédito ha sido otorgado por instituciones bancarias o financieras extranjeras o internacionales.

Ahora bien, dado que ni la Ley de Impuesto a la Renta, ni los Convenios para Evitar la Doble Tributación suscritos por Chile distinguen entre intereses implícitos o explícitos, en mi opinión, los intereses implícitos generados en una operación de descuento de documentos representativos de dinero, se podrían ver beneficiados por las tasas reducidas descritas anteriormente, cuestión que no ocurriría en caso que el descuento sea caracterizado como una renta ordinaria del artículo 20 N° 5 de la Ley de Impuesto a la Renta, la cual se encontraría afecta a las tasas generales que establece la Ley de Impuesto a la Renta, esto es, Primera Categoría a un tasa de 17%<sup>9</sup> y Global Complementario o Adicional en su caso.

<sup>9</sup> El artículo 1° de la Ley 20.455 publicada en el Diario Oficial el 31 de julio de 2010 estableció un alza transitoria de la tasa del impuesto de Primera Categoría de 20% por las rentas que se perciban o devenguen durante el año calendario 2011 y de 18,5% por las rentas que se perciban o devenguen en el año calendario 2012. Las rentas que se perciban o devenguen a partir del año calendario 2013 en adelante, volverían a la tasa de impuesto de Primera Categoría de 17%.

### *2.5 Relación entre intereses implícitos e intereses explícitos.*

Como ya hemos señalado previamente, puede ocurrir que un documento representativo de dinero adquirido a una tasa de descuento devengue, asimismo, intereses explícitos. En dicho caso, el adquirente deberá reconocer diariamente y sobre base devengada, una utilidad tributable equivalente a la suma entre los intereses implícitos y los intereses explícitos.

Asimismo, en caso que el adquirente del documento sea extranjero, el impuesto adicional a retener por el pagador del instrumento, deberá aplicarse en forma diferida durante la vida del instrumento, tanto a los intereses explícitos pagados al exterior<sup>10</sup>, como a los intereses implícitos que se devenguen día a día durante la vigencia del documento.

### *2.6 Impuesto de Timbres y Estampillas*

Conviene señalar que, de acuerdo a lo dispuesto por el D.L. 3475 de 1980 sobre Ley de Impuesto de Timbres y Estampillas, el descuento de documentos podría quedar gravado con dicho impuesto, dado que el N° 3 del artículo 1° de la ley del ramo, grava a los documentos que contengan operaciones de crédito de dinero.

Asimismo, el artículo 1° inciso segundo de la Ley 18.010, señala que constituye operación de crédito de dinero, el descuento de documentos representativos de dinero.

Por lo tanto, cuando el descuento de documentos representativos de dinero como letras, pagarés, bonos, cheques y cartas de crédito, conste en un documento, estaremos en presencia de un documento que contiene una operación de crédito de dinero.

De esta forma, la tasa que afectaría a dicho descuento correspondería a un 0,05% sobre el monto de la operación por cada mes o fracción de mes que medie entre la fecha de suscripción del documento y su vencimiento, con un máximo de un 0,6%. Dicha tasa correspondería a un 0,25% sobre su monto, si la operación es a la vista<sup>11</sup>.

<sup>10</sup> Conviene señalar que la regla general, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 74 N° 4 de la Ley de Impuesto a la Renta, es la de aplicar el impuesto de retención sobre las cantidades remesadas al exterior, retiradas, distribuidas o pagadas. Sin embargo, tratándose de los instrumentos de oferta pública a que se refiere el artículo 104, el artículo 74 N° 7 establece que la retención de tasa 4% aplica sobre los intereses devengados, independientemente de su pago o remesa al exterior.

<sup>11</sup> De acuerdo al artículo 4° y 8° transitorio de la Ley 20.455 de 31 de julio de 2010, las tasas descritas comenzaron a regir a partir del 30 junio de 2010.

Conviene señalar que el Servicio de Impuestos Internos ha señalado en diversas oportunidades que, para que se configure la existencia de operación de crédito de dinero, es necesaria la concurrencia de ambas partes en el contrato<sup>12</sup>.

Por lo tanto, si la formalización del descuento de cheques, letras o pagarés sólo se realiza mediante el endoso traslativo de dominio de ellos, no se configuraría el hecho gravado, dado que no se emitiría un documento firmado por ambas partes que diera cuenta del descuento efectuado, sino que sólo se trataría de una declaración unilateral de voluntad en el sentido de manifestar la intención de endosar el documento<sup>13</sup>.

#### *2.7 Tratamiento tributario por el emisor de los documentos adquiridos a una tasa de descuento.*

Dado que, tal como hemos señalado, el adquirente de un instrumento a un valor inferior a su valor nominal, deberá reconocer un abono a resultados que se encontrará sujeto a impuestos, de acuerdo a las reglas ya señaladas, como contrapartida, el emisor de dicho documento deberá reconocer un cargo a resultados por un monto equivalente.

En la medida que dicho cargo a resultados cumpla con los requisitos enunciados por el artículo 31 de la Ley de Impuesto a la Renta, dicho desembolso sería deducible de la renta líquida del emisor, salvo que se trate de la colocación de instrumentos contemplados por el artículo 104 de la Ley de Impuesto a la Renta, a un valor inferior a su valor nominal, caso en el cual el emisor resultará gravado con un impuesto cuya tasa será la del Impuesto de Primera Categoría, tributo que deberá declarar y pagar dentro del mes siguiente a dicha colocación y que podrá ser deducido como gasto por el emisor durante la vigencia del instrumento.

Respecto a la posibilidad de deducir dicha tasa de descuento de la renta líquida imponible del emisor, el Servicio de Impuestos Internos ha señalado expresamente que *"la liquidación o rescate anticipado de un crédito, que consta en un pagaré endosable, operación que, como todo descuento, importa un costo o pérdida para quien lo realiza"*<sup>14</sup>.

Ahora bien, tratándose de instrumentos emitidos con una fecha de vencimiento distinta a la de su emisión, se presenta la interrogante acerca de si el emisor podría deducir este gasto inmediatamente al momento de enajenar el documento o si podría encontrarse sujeto al sistema de reconocimiento diferido que hemos expuesto para el adquirente de dicho documento.

<sup>12</sup> En este sentido ver Oficio del Servicio de Impuestos Internos N° 114, de 2006; Oficio del Servicio de Impuestos Internos N° 3558, de 2006 y Oficio del Servicio de Impuestos Internos N° 902, de 1993.

<sup>13</sup> MARRÉ VELASCO, Agustín. Op. Cit. p. 184.

<sup>14</sup> Oficio del Servicio de Impuestos Internos N° 1699, de 2010.

Si seguimos la regla contable sobre la debida correlación entre ingresos y gastos, podríamos pronunciarnos por el reconocimiento diferido del gasto por el emisor, dado que el tenedor también habría reconocido un ingreso diferido.

El artículo 104 N° 3 de la Ley de Impuesto a la Renta pareciera confirmar esta tesis al establecer un impuesto específico al emisor del documento cuando el bono ha sido colocado bajo la par, permitiéndosele la deducción como gasto de dicho impuesto durante la vida del instrumento.

Por otro lado, podría argumentarse que la operación no podría ser calificada como descuento para el emisor, ya que éste no habría adquirido un documento representativo de dinero, a un valor inferior a la par, de manera que, siendo el reconocimiento diferido de ingresos y gastos, una norma excepcional en la Ley de Impuesto a la Renta, el emisor debiese reconocer el gasto por el descuento desde el momento mismo de su enajenación.

Otro argumento en favor del reconocimiento inmediato del gasto por la enajenación de instrumentos bajo la par por el emisor, podría encontrarse en el artículo 31 de la Ley de Impuesto a la Renta, dado que, de acogerse la tesis de reconocimiento de gasto diferido, el Servicio de Impuestos Internos podría rechazar la deducción argumentando que no se trataría de un desembolso del ejercicio.

Como ya hemos señalado, existen argumentos para una u otra tesis, sin embargo, frente al riesgo de fiscalización por parte del Servicio de Impuestos Internos por el rechazo de un gasto que podría estimarse que no es del ejercicio, nos pronunciamos por la segunda alternativa, esto es el reconocimiento inmediato del gasto por el emisor del documento.

## *2.8 Situaciones especiales*

### *2.8.1 Descuento de Facturas*

Previo a la dictación de la Ley N° 19.983 de 2004, se sostenía que la cesión de éstas a un valor inferior al nominal, no constituía una operación de crédito de dinero, pues no se trataba de un documento representativo de dinero sino sólo de un documento que servía de comprobante de las ventas realizadas y/o servicios prestados<sup>15</sup>.

De esta forma, dicha cesión no se gravaba con impuesto de timbres y estampillas y el adquirente debía reconocer como renta ordinaria del artículo 20 N° 5 de la Ley de Impuesto a la Renta, la totalidad de la tasa de descuento en la compra, sin posibilidad de

---

<sup>15</sup> En este sentido ver Oficio del Servicio de Impuestos Internos N° 4207, de 1990.

reconocer este ingreso en forma diferida durante la vida del instrumento.

Con posterioridad a la dictación de la Ley N° 19.983 de 2004, se reguló la transferencia y se le otorgó mérito ejecutivo a la copia de la factura a que dicha ley se refiere, esto es, en la actualidad se considera que la copia de las facturas, cumpliendo con ciertos requisitos, tienen el carácter de títulos ejecutivos expresamente cesibles, no existiendo impedimento para considerarlas documentos representativos de dinero, especialmente porque cuando entran en circulación, deben ser pagadas independientemente del negocio al que acceden<sup>16</sup>.

Ahora bien, dado que con posterioridad a la dictación de la Ley N° 19.983, las facturas podrían considerarse documentos representativos de dinero, entonces la diferencia entre su valor de adquisición y al valor nominal, podría considerarse como interés implícito para el adquirente sujeto al régimen de ingreso diferido descrito anteriormente y afecto a impuesto de timbres y estampillas.

Sin embargo, la propia Ley N° 19.983 decidió excluir expresamente el descuento de facturas como una operación de crédito de dinero al indicar expresamente que, la cesión de facturas no constituye operación de crédito de dinero para ningún efecto legal.

En consecuencia, dado que por expresa disposición de la ley, la cesión de facturas no constituye una operación de crédito de dinero, la utilidad obtenida por el adquirente y que es igual a la diferencia entre el valor nominal y su valor de adquisición, no podrá ser considerada como un interés implícito y, por ende, será una renta ordinaria para el adquirente, clasificada en el artículo 20 N° 5 de la Ley de Impuesto a la Renta, no susceptible al tratamiento diferido, debiendo reconocerse como un ingreso devengado desde el momento mismo de su adquisición.

Asimismo, al no tener la cesión de facturas, la naturaleza de una operación de crédito de dinero, tampoco su cesión a un valor inferior al valor nominal se encontrará gravada con impuesto de timbres y estampillas aún cuando se emita un documento suscrito por ambas partes.

### 2.8.2 Descuento de Cheques

En relación a los cheques, si bien es cierto no existen dudas de que se trataría de un documento representativo de dinero de manera que su adquisición a un valor inferior al nominal, sería considerada interés implícito sujeto a las reglas de reconocimiento diferido descritas anteriormente

Sin embargo, aún cuando el descuento de cheques es considerado un interés

---

<sup>16</sup> Oficio del Servicio de Impuestos Internos N° 3646, de 2008.



implícito, no podríamos aplicar las normas sobre reconocimiento diferido, aún cuando dicho documento tenga una fecha de vencimiento distinta a la de su emisión.

Lo anterior debido a que la práctica comercial permite la existencia de los cheques a fecha, el artículo 10 del D.F.L. N° 707 sobre Cuentas Corrientes Bancarias y Cheques de 7 de octubre de 1982 establece que *"el cheque es siempre pagadero a la vista, teniéndose por no escrita cualquier mención en contrario"*.

En consecuencia, dado que el cheque es siempre pagadero a la vista, la diferencia entre su valor nominal y el valor de adquisición deberá reconocerse como interés implícito por el adquirente desde el momento mismo de su adquisición, sin posibilidad de reconocimiento diferido.

2.8.3 Descuento de bonos del artículo 104 de la LIR cuando dichos instrumentos hayan sido colocados a un valor inferior al valor nominal establecido en el contrato de emisión.

Tal como hemos adelantado, el artículo 104 de la Ley de Impuesto a la Renta, introducido por Ley N° 20.343 de 28 de abril de 2009 estableció como ingreso no constitutivo de renta al mayor valor obtenido en la enajenación de los instrumentos de deuda individualizados en dicha disposición y siempre que se cumpla con los requisitos copulativos que ésta señala.

Asimismo, el N° 3 de la citada disposición establece que si dichos instrumentos son colocados a un valor inferior al valor nominal, dicha diferencia o descuento se gravará con un impuesto cuya tasa será la del Impuesto de Primera Categoría, tributo que el emisor deberá declarar y pagar dentro del mes siguiente a dicha colocación y que podrá ser deducido como gasto por el emisor durante la vigencia del instrumento.

La misma disposición señala que para el tenedor dicha diferencia constituirá un ingreso no constitutivo de renta, siempre que lo posea desde dicha adquisición hasta su pago total o rescate.

Es decir, para el exclusivo caso de documentos sujetos al régimen especial del artículo 104 de la Ley de Impuesto a la Renta y siempre que ellos hayan sido colocado a un valor inferior a su valor nominal, dicha diferencia o descuento será gravada con impuesto de Primera Categoría en manos del emisor, pudiendo éste deducir como gasto dicho impuesto a lo largo de la vigencia del instrumento. Por su parte, el tenedor del documento deberá considerar dicha diferencia como un ingreso no constitutivo de renta, siempre que lo conserve hasta su pago o rescate.

### III. ADQUISICIÓN DE INSTRUMENTOS A UN VALOR SOBRE LA PAR.

Desde el punto de vista del adquirente de un documento representativo de dinero como una letra, pagaré, cheque, bono o carta de crédito, cuando éste ha sido adquirido a un valor superior a su valor nominal o valor par, estimamos que se producirían las siguientes consecuencias tributarias.

#### *3.1 Reconocimiento del sobreprecio en la compra como una pérdida para el adquirente*

En caso que el cesionario de un documento representativo de dinero, lo adquiriera a un valor superior a su valor nominal o par, dicha diferencia deberá ser reconocida por el tenedor como un cargo a resultados o pérdida.

En la medida que dicha pérdida cumpla con los requisitos enunciados por el artículo 31 de la Ley de Impuesto a la Renta, podrá ser deducida de la renta líquida imponible. De lo contrario, dicha pérdida podría ser considerada como un gasto rechazado.

#### *3.2 Momento de reconocimiento*

En relación al momento u oportunidad de reconocimiento de esta pérdida para el tenedor del instrumento, estimamos que existirían dos alternativas de reconocimiento.

La primera de ellas es la sostenida por Agustín Marré y que es similar al tratamiento diferido de los intereses implícitos. Según Marré, la diferencia negativa entre el costo de adquisición y el valor par del documento, deberá ser reconocida por el adquirente como una pérdida diferida que se deberá llevar a resultados durante la vigencia del documento<sup>17</sup>.

En mi opinión, dicho tratamiento diferido del gasto, no se ajustaría a las reglas generales de reconocimiento de ingresos y gastos de la Ley de Impuesto a la Renta, ni a las reglas especiales establecidas por la Ley 18.010 sobre Operaciones de Crédito de Dinero.

En efecto, de acuerdo a las reglas generales de la Ley de Impuesto a la Renta, los contribuyentes de Primera Categoría deben reconocer los ingresos tributables sobre base

---

<sup>17</sup> MARRÉ VELASCO, Agustín. Op. Cit. p. 188.

percibida o devengada, lo que ocurra primero<sup>18</sup> y los gastos, una vez que éstos se encuentren pagados o adeudados<sup>19</sup>.

En forma excepcional los artículos 1, 2 y 11 de la Ley 18.010 permiten, el reconocimiento diferido de intereses implícitos en las operaciones de descuento.

Ahora bien, para que dicha norma excepcional tenga aplicación, es necesario que exista un descuento de documentos representativo de dinero, es decir, que la suma pagada por la adquisición del documento, sea menor a su valor nominal y que el documento sea representativo de dinero.

En el caso en cuestión, ocurre precisamente lo contrario, ya que el cesionario del documento, lo adquiere a un valor superior a su valor par, es decir, no podría sostenerse que existe un descuento de documentos para el tenedor.

Así, siendo el reconocimiento diferido de ingresos en las operaciones de descuento, una excepción a la regla general, y no cumpliéndose con los requisitos necesarios para el descuento de documentos en la especie, estimamos que el gasto que reconozca el tenedor por la adquisición de instrumentos sobre la par, no podría llevarse a resultados en forma diferida.

A mayor abundamiento, de adoptarse el método de reconocimiento diferido del gasto por la adquisición de instrumentos sobre el valor par, el tenedor tendría que asumir el riesgo de rechazo del gasto y afectación con impuesto de control del artículo 21 de la Ley de Impuesto a la Renta, en el caso que el Servicio de Impuestos Internos estime que no se trata de un gasto del ejercicio.

Como consecuencia de lo anterior, estimo que el reconocimiento del gasto por el tenedor, deberá realizarse al momento mismo de la adquisición del documento, ya que sería en dicho momento en el cual el gasto se encontraría pagado o adeudado para los efectos de la Ley de Impuesto a la Renta.

### *3.3 Impuesto adicional sobre intereses explícitos y sobreprecio en la adquisición de documentos*

Si consideramos que el exceso pagado sobre el valor nominal de un instrumento, es calificado como un menor interés para efectos tributarios, podría concluirse que los intereses explícitos que se paguen a un tenedor residente o domiciliado en el extranjero, podrían verse reducidos por dicho sobreprecio en la adquisición.

Lo anterior resulta ser doblemente errado dado que, en primer lugar, la diferencia negativa entre el costo de adquisición y el valor par del documento, no puede

<sup>18</sup> Artículos 15 y 29 de la Ley de Impuesto a la Renta.

<sup>19</sup> Artículo 31 de la Ley de Impuesto a la Renta.

ser considerada un menor interés para efectos tributarios, ya que, al no verificarse una operación de descuento de documentos en la especie, dicho cargo a resultados no podría ser caracterizado como interés.

En segundo lugar, el impuesto adicional se aplica sobre base bruta, es decir, sin deducciones de ninguna especie. De esta forma, el impuesto adicional por los intereses explícitos que deba pagar el deudor al exterior, no podrá ser deducido del sobreprecio pagado por la adquisición del documento.

### *3.4 Tratamiento tributario del cedente de documentos a un valor superior a la par.*

Por último, de acuerdo a lo expuesto anteriormente, estimo que el emisor del documento enajenado a un valor sobre la par, deberá reconocer la diferencia entre el precio de enajenación y su valor nominal, como renta una ordinaria del artículo 20 N° 5 de la Ley de Impuesto a la Renta, sobre base devengada y desde el momento mismo de su enajenación.

## LAS SOCIEDADES DE INVERSIÓN AL INTERIOR DE LA LEY RENTAS MUNICIPALES

*Ricardo Walker M.\**

### RESUMEN<sup>†</sup>

Este artículo aborda los requisitos que impone el Decreto Ley 3.063 de 1979 sobre Rentas Municipales para gravar una actividad con el tributo denominado patente municipal. Específicamente el autor analiza si una sociedad de inversión cuyo objeto social únicamente es realizar actividades de índole civil, como es el caso de las actividades meramente rentísticas, debe soportar este tributo. Asimismo, el autor analiza el estado actual de la jurisprudencia judicial y administrativa en relación con las patentes municipales y las sociedades de inversión.

---

\* Ricardo Walker M. es abogado. Magíster en Dirección y Gestión Tributaria. Socio de la firma de abogados Lecaros, Garcés & Walker. Ex Director del Instituto Chileno de Derecho Tributario. Integrante de la Comisión Tributaria del Colegio de Abogados de Chile A.G. Profesor de la Cátedra de Tributación de la Empresa, Facultad de Derecho, Universidad Finis Terrae, Profesor del Programa de Diplomado de Tributación de los Contratos de la misma Facultad. Profesor del Programa de Magíster de Derecho Tributario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Autor del Libro Los Contratos y su Tributación. Editorial LexisNexis, 2005.

<sup>†</sup> El presente trabajo corresponde a la exposición que don Ricardo Walker M. hizo en la Charla Técnica organizada por el Instituto Chileno de Derecho Tributario con fecha 26 de Mayo de 2010, y a los posteriores comentarios que su autor ha incorporado. Se prohíbe su reproducción sin el consentimiento de su autor.

## NOTA DE INICIO

Ante todo, quisiera agradecer al Directorio del Instituto Chileno de Derecho Tributario la cordial invitación que me ha extendido para exponer sobre este tema, como asimismo, a todos y cada uno de ustedes por su asistencia.

Ya son varias las oportunidades en que me ha correspondido exponer ante los socios del Instituto sobre distintos tópicos de interés tributario, y ciertamente, es una verdadera distinción seguir contando con vuestra permanente compañía, entusiasmo y apoyo.

Vamos a lo nuestro.

## I. INTRODUCCIÓN

Más allá de los efectos económicos que del análisis de este tema se puedan concluir -los cuales también abordaremos al final de esta exposición- esta materia, es ante todo, un asunto de naturaleza y efectos jurídicos. Es más, estoy convencido que los efectos económicos no son posibles de dimensionarse correctamente sin que previamente se tenga claridad acerca de cuáles son los alcances jurídicos que sobre esta materia son necesarios de tenerse en consideración.

Para lo anterior, iniciemos nuestro estudio por el análisis de la normativa legal aplicable, esto es el Decreto Ley 3.063 de 1979 sobre Rentas Municipales, y en particular, los artículos 23 y 24 que se refieren al Hecho Gravado (hecho descrito por el legislador como obligatorio de verificarse para el nacimiento de la obligación tributaria).

Por lo extensas de dichas disposiciones, me voy a permitir transcribir únicamente aquellas partes de dichos artículos que guardan estricta relación con el tema de nuestro estudio, esto es, cuál es el tratamiento impositivo que de acuerdo con la normativa aplicable se le debe dar a las sociedades de inversión al interior de la Ley de Rentas Municipales, destacando y subrayando asimismo, aquellas partes que considero importante de tenerse presente a lo largo de nuestro análisis.

La parte pertinente del artículo 23 del Decreto Ley 3.063 dispone lo siguiente:

**Artículo 23.-** *El ejercicio de toda profesión, oficio, industria, comercio, arte o cualquier otra actividad lucrativa secundaria o terciaria, sea cual fuere su naturaleza o denominación, está sujeta a una contribución de patente municipal, con arreglo a las disposiciones de la presente ley.*

*Asimismo, quedarán gravadas con esta tributación municipal las actividades primarias o extractivas en los casos de explotaciones en que medie algún proceso de elaboración de productos..... y cuando los productos que se obtengan de esta clase de actividades primarias, se vendan directamente por los productores, en locales, puestos, kioscos o en cualquiera otra forma que permita su expendio también directamente al público o a cualquier comprador en general..... El Presidente de la República reglamentará la aplicación de este artículo.*

Por su parte, el artículo 24, en su inciso primero, dispone que:

**Artículo 24.-** *La patente grava la actividad que se ejerce por un mismo contribuyente, en su local, oficina, establecimiento, kiosco o lugar determinado con prescindencia de la clase o número de giros o rubros distintos que comprenda.*

*Tratándose de sociedades de inversiones o sociedades de profesionales, cuando éstas no registren domicilio comercial, la patente se deberá pagar en la comuna correspondiente al domicilio registrado por el contribuyente ante el Servicio de Impuestos Internos. (Párrafo incorporado por la Ley 20.033 de 2005)*

*Para estos efectos, dicho Servicio aportará esta información a las municipalidades, por medios electrónicos, durante el mes de mayo de cada año. (Párrafo incorporado por la Ley 20.288 de 2008)*

## II. REQUISITOS

### 2.1 Ejercer

No hay mucho que avanzar en la lectura del artículo 23 de la ley de Rentas Municipales, para advertir que la primera y principal preocupación de legislador, fue el destacar que lo gravado es "el ejercicio" de toda profesión, oficio, industria, comercio, arte, o cualquier otra actividad lucrativa secundaria o terciaria, sea cual fuere su naturaleza o denominación.

Desde este punto de vista, el verbo rector al interior del artículo 23 de la ley, es el ejercicio de la actividad descrita por la ley, siendo su sujeto pasivo cualquiera que ejerce la actividad descrita por la ley.

No importa si del ejercicio de dicha actividad se obtiene como resultado una utilidad, una ganancia o una pérdida. Eso será preocupación de otra ley, no de esta. Esta

ley grava el ejercicio de la actividad que el legislador describe como obligatoria de verificarse, y en la medida que ella efectivamente se realice será gravada, y en caso contrario, no.

¿Ahora bien, que significa ejercer?

Atendido que el legislador no nos dio una definición de lo que debe entenderse por la expresión ejercer, debemos entenderlo en su sentido natural y obvio, según el uso general que se le da a dicha expresión, esto es, "*poner en práctica formas de comportamiento atribuible a una determinada condición*".<sup>2</sup>

De lo expuesto, podemos concluir primeramente que no es suficiente la realización de un acto, o de algunos actos esporádicos para gravar las actividades descritas por la ley. Se requiere el ejercicio de actividades que reflejen el desarrollo de un giro, esto es, actos permanentes o habituales.

Desde este punto de vista, el que se constituya una sociedad -de inversiones o cualquier otra- no es suficiente para gravarla al interior de la Ley de Rentas Municipales. Se requiere que se ejerza (en forma continua y no ocasional o esporádicamente) algunas de las actividades descritas por la ley.

Así las cosas, dejemos en claro, que lo que la Ley grava no son los objetos sociales, o a las sociedades por lo que sus estatutos disponen. Ella grava el ejercicio, el giro, vale decir, la actividad efectivamente desarrollada por el contribuyente cuando este la realiza en forma permanente o habitual. De hecho, y refuerza lo anterior, lo dispuesto en el artículo siguiente de la ley, esto es, en el artículo 24, en donde es el propio legislador el que emplea las palabras "giro" y "rubros" como sinónimas del conjunto de operaciones o negocios que realiza el contribuyente.

Llevando lo anterior al campo tributario, podemos entonces concluir que la situación en virtud de la cual una sociedad que inicia actividades ante el Servicio de Impuestos Internos, en virtud de lo dispuesto en el artículo 68 del Código Tributario (que inician actividades susceptibles de producir rentas de primera o segunda categoría), no es por sí sola, una circunstancia que habilite al sujeto activo de la obligación tributaria, en este caso las Municipalidades, para aplicar este tributo. Estas últimas, deberán tener que acreditar previamente, para la procedencia en el cobro del tributo, que dicho contribuyente efectivamente ejerce, habitual y permanente una actividad gravada en la ley, con absoluta prescindencia del objeto estatutario.

---

<sup>2</sup> De acuerdo con el artículo 20 del Código Civil "*las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras; pero cuando el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias, se les dará en éstas su significado legal.*"



## 2.2 Las Actividades

¿Y cuáles son las actividades cuyo ejercicio ha establecido el legislador como obligatorias de verificarse para gravarlas con este tributo?

El legislador se refiere a ellas –también en el artículo 23, inciso primero, de la Ley de Rentas Municipales- señalándolas expresamente. Ellas son (el ejercicio) de toda profesión, oficio, industria, comercio, arte, o cualquiera otra actividad lucrativa secundaria o terciaria, sea cual fuere su naturaleza o denominación.

Como primera cosa, advirtamos que la actividad de "invertir" no está expresamente señalada en el artículo 23. Asimismo, concebida ella (de acuerdo a su sentido natural y obvio, según el uso general que a dicha expresión se le da) como sinónima de colocar un caudal para percibir sus frutos, o de la adquisición de toda clase de bienes con fines rentísticos –también llamada actividad rentística- tampoco puede entenderse comprendida en el artículo 23 referido.

Ella es ajena al ejercicio de alguna profesión, oficio, arte o industria.

Ella tampoco puede ser entendida como una actividad comercial, toda vez que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 3 del Código de Comercio, "*son actos de comercio, ya de parte de ambos contratantes, ya de parte de uno de ellos*" los que expresamente se indican en los diversos numerales de dicha disposición, y en ninguno de ellos se señala que el invertir y/o adquirir y/o colocar bienes con fines rentísticos constituye un acto de comercio.

En lo que concierne a las actividades lucrativas descritas en esta disposición legal, resaltemos ante todo, que de acuerdo con lo que nos señala la norma *no se trata de una actividad lucrativa en términos genéricos*. Muy por el contrario, el legislador no queriendo gravar cualquier actividad lucrativa o la actividad lucrativa en general, gravó, específicamente, esto es, *con nombres y apellidos* a las actividades lucrativas cuando –y siempre y cuando- ellas sean además *secundarias o terciarias*.

En cuanto a las primeras, esto es las actividades secundarias, la actividad de inversión y/o rentística, *no* es una actividad lucrativa secundaria, puesto que éstas de acuerdo con lo señalado en la letra b), del artículo 2, del Decreto Supremo 484 de 1980 del Ministerio del Interior, que contiene el Reglamento para la aplicación de los artículos 23 y siguientes de la Ley de Rentas Municipales, consisten en la transformación de materias primas en artículos, elementos o productos manufacturados o semi manufacturados y en general todas aquellas en que interviene algún proceso de elaboración, tales como industrias, fábricas, refinerías, ejecución y reparación de obras materiales, instalaciones, actividades todas muy distintas a la actividad de inversión y/o rentística.

En cuanto a las segundas, esto es las actividades terciarias (letra c) del artículo 2, del Decreto Supremo 484 de 1980 del Ministerio del Interior), la actividad de invertir y/o rentística tampoco está comprendida en ella, según explicaremos a continuación.

La letra c), del artículo segundo, del Decreto Supremo 484 de 1980 del Ministerio del Interior, dispone que:

*"Actividades terciarias: Son aquellas que consisten en el comercio y distribución de bienes y en la prestación de servicios de todo tipo y, en general, toda actividad lucrativa que no quede comprendida en las primarias y secundarias, tales como comercio por mayor o menor, nacional o internacional, representaciones, bodegajes, financieras, servicios públicos o privados estén o no regulados por leyes especiales, consultorías, servicios auxiliares de la administración de justicia, docencia, etc."*

Como ya se ha señalado, la actividad que consiste en la adquisición y/o colocación de toda clase de bienes con fines rentísticos, esto es, la actividad consistente en invertir y/o rentística no es una actividad comercial. Tampoco a través de ella se distribuyen bienes o prestan servicios.

¿Entonces, la actividad que consiste en invertir y/o rentística puede quedar gravada en virtud de lo dispuesto en la parte final de la letra c), del artículo 2 del Reglamento aludido, esto es, por lo que se señala en aquella parte que dispone que también son actividades terciarias *"en general, toda actividad lucrativa que no quede comprendida en las primarias y secundarias, tales como ....."* ?

A nuestro juicio de ninguna manera.

Al igual que en materia penal no hay más delitos que aquellos que la ley tipifica expresamente, en materia tributaria rige el principio constitucional de que no hay más tributos que aquellos que la ley señala expresamente (principio de legalidad del tributo). Aceptar que una actividad puede ser gravada en virtud de los vagos, imprecisos y genéricos términos que utiliza la letra c) del artículo 2 del Reglamento referido, sería lo mismo que aceptar que en el Código Penal se incluyera un artículo final que dispusiera que *"en general quedarán sancionadas con la pena de ..... todas aquellas conductas no tipificadas expresamente en los artículos precedentes"*. Algo absolutamente impensable y, por cierto, contrario a nuestra Constitución Política.

A nuestro entender, el criterio anterior finalmente ha sido entendido en iguales términos por la Contraloría General de la República, toda vez que en su reciente Dictamen N° 25.825 de fecha 13 de Mayo de 2010 por el que dicha Contraloría General ha debido abstenerse de tomar razón -por cuanto no se ajusta a derecho- del Decreto Supremo 734, de 2009, del Ministerio del Interior, que aprueba el Reglamento para la aplicación de los artículos 23 y siguientes del Título IV del Decreto Ley N° 3.063, de 1979,

sobre Rentas Municipales, ha señalado expresamente que respecto de la frase "y, en general, toda actividad lucrativa que no quede comprendida en las primarias y secundarias" contenida en la letra f) del citado artículo 2º, es del caso manifestar que ella se aparta de los términos exactos con que deben ser definidas las "actividades lucrativas terciarias" para los efectos del pago de la patente municipal"

Asimismo, como veremos más adelante, existen algunos fallos dictados por nuestro máximo tribunal de justicia, que han considerado similar criterio.

2.3 Que (la actividad ejercida) se desarrolle o realice habitualmente en un local, oficina, establecimiento, kiosco o lugar determinado.

Este es el tercero de los requisitos copulativos (junto a los señalados en los numerales 2.1 y 2.2 precedentes) que exige la Ley de Rentas Municipales para gravar el ejercicio de la actividad descrita por el legislador. Este requisito lo encontramos señalado en el artículo 24, inciso primero, (repetiendo lo mismo que exige para las actividades primarias cuando excepcionalmente son gravadas) que dispone:

*"La patente grava la actividad que se ejerce por un mismo contribuyente, en su local, oficina, establecimiento, kiosco o lugar determinado, con prescindencia de la clase o número de giros o rubros distintos que comprenda."*

En nuestro parecer, lo anterior debe entenderse en términos tales, que la actividad que se desarrolla por el contribuyente debe estar vinculada física y **materialmente** a un local o establecimiento determinado, que es el que se ocupa para el ejercicio de la actividad de que se trata.

Implica que la "actividad" gravada, se **expresa y concreta** en un "lugar".

Consecuente con este criterio, cuando la ley da ejemplos de "lugares", ocupa las palabras "local", "oficina", "establecimiento" y "kiosco", es decir todos lugares de atención de público o de terceros.

El lugar debe tratarse del *medio o instrumento necesario y fundamental* para realizar la actividad, de tal modo que si para realizarla no se requiere de dicho escenario, la actividad no debe quedar gravada.

En los mismos términos creemos que lo ha entendido la Contraloría General de la República, toda vez que habiéndose solicitado por un contribuyente un pronunciamiento que precisara si, en su caso, se ajustaba a la ley el cobro de patente

municipal, efectuado por la Municipalidad de Providencia<sup>3</sup>, atendida la circunstancia de que realizaba la actividad de venta de libros puerta a puerta, vale decir, en los domicilios particulares o de trabajo de las personas compradoras, por tratarse de una venta que exige ser personalizada, la Contraloría señaló:

*"Al respecto, el inciso primero del artículo 23 del decreto Ley N° 3.063, de 1979, sobre Rentas Municipales, dispone que el ejercicio de toda profesión, oficio, comercio, arte o cualquier otra actividad lucrativa secundaria o terciaria, sea cual fuere su naturaleza o denominación, está sujeta a una contribución de patente municipal, con arreglo a las disposiciones de la presente ley. Por su parte, el inciso primero del artículo 24 del mismo texto legal, establece que la patente grava la actividad que se ejerce por un mismo contribuyente, en su local, oficina, establecimiento, kiosco o lugar determinado con prescindencia de la clase o número de giros o rubros distintos que comprenda.*

*Interpretando las citadas disposiciones legales, este Organismo Superior de Control ha establecido en situaciones similares, que la municipalidad debe eximir a una persona del pago de patente comercial por ejercicio de una actividad lucrativa, porque presta servicios a domicilio, de manera esporádica y sin contar con oficina instalada para tales fines, atendido a que conforme a las disposiciones citadas de la Ley de Rentas Municipales, se grava con patente municipal a profesionales o personas que trabajen lucrativamente, en la medida que cuenten con estudio, consulta u oficina instalada. (Dictamen N° 43.759 de 2001 que aplica dictamen N° 18.992, de 1994)."*

Trasladando lo precedentemente dicho al escenario de la actividad rentística –y no obstante recalcar que en nuestro parecer dicha actividad no está gravada por la ley por cuanto no cumple con los requisitos precedentemente expuestos, en el evento que se considerara que así lo está (como en la especie –y a nuestro juicio erradamente- se ha declarado en varias oportunidades por los tribunales de justicia), este tercer requisito que establece la ley jamás se verifica tratándose de la actividad consistente en invertir o rentística, puesto que para desarrollarla no se requiere de un lugar, oficina, local o establecimiento. Me explico. El acto de invertir o la actividad rentística, no es más que el ejercicio del derecho de propiedad traducido en la disposición que los particulares hacemos de nuestro patrimonio para obtener de ello sus frutos. Es una actividad privada, que si bien la podemos realizar en nuestras casas u oficinas, esos lugares con

---

<sup>3</sup> La Municipalidad respectiva, mediante el Oficio N° 6897, de 2001, había informado que de acuerdo a las disposiciones legales que invoca y a la declaración efectuada por la recurrente ante el Servicio de Impuestos Internos, fijando domicilio comercial postal y tributario en esa comuna, en el domicilio que indica, la ocurrente tiene la obligación de pagar patente comercial ante ese municipio.

*arreglo a las disposiciones de esta ley* no pueden asimilarse o entenderse como comprendidos en aquellos que ella señala, puesto que los que ella indica, son todos lugares en los que la actividad gravada, para poder ser ejercida, requiere necesariamente de un establecimiento que la vincule con el público.

Desde esta perspectiva, me resulta difícil entender el planteamiento que han sostenido muchas municipalidades, si no la mayoría, o todas, en que para gravar a una determinada persona (una sociedad de inversiones por ejemplo) sostienen que por el sólo hecho de registrar un domicilio en una determinada comuna (aunque no sea más que para dar cumplimiento a una de las obligaciones tributarias que son necesarias de cumplirse para iniciar actividades y obtener el RUT), se califique esa circunstancia como el local, oficina, establecimiento, kiosco o lugar donde se ejerce la actividad que se entiende gravada.

2.3.1 Tratándose de sociedades de inversiones o sociedades de profesionales, cuando éstas no registren domicilio comercial, la patente se deberá pagar en la comuna correspondiente al domicilio registrado por el contribuyente ante el Servicio de Impuestos Internos.

Esta parte del inciso primero del artículo 24 de la Ley de Rentas Municipales, fue incorporada en virtud de la Ley 20.033 publicada en el Diario Oficial con fecha 1 de Julio de 2005.

Como primera cuestión, digamos que hasta esta oportunidad -el año 2005- la Ley de Rentas Municipales nunca se había referido a las "sociedades de inversiones" Asimismo, la nueva disposición tampoco nos indica qué es lo que se debe entender por ellas, lo cual no deja de representarnos varios problemas.

¿Si la Ley de Rentas Municipales no hace distinciones entre los contribuyentes. Si ella grava a cualquiera que cumpla con el hecho gravado (personas naturales o jurídicas), para qué incluir expresamente a las sociedades de inversión si a ellas se les aplicará igualmente el tributo en el evento de que se considere que ejercen las actividades descritas por la presente ley?

¿Será que el legislador quiso establecer un sujeto pasivo especial con independencia de las actividades que ejerza?

¿Entonces, desde esa fecha y para el futuro, la Ley de Rentas Municipales gravará a las sociedades por la única circunstancia de incluir ellas en su objeto las actividades de inversión con prescindencia del giro?

¿Una sociedad que no tenga incluido en su objeto la actividad de invertir se excluye del gravamen (por no mencionar en sus estatutos la inversión), aunque en el hecho ejerza actividades gravadas?

Ni lo uno ni lo otro.

No se trata de un nuevo sujeto pasivo especial.

De haber sido ese el deseo del legislador lo tendría que haber señalado expresamente. Recordemos lo dicho precedentemente, en orden a que en nuestro sistema jurídico rige el principio de legalidad del tributo, en el cual los elementos del tributo no admiten su inclusión por presunción, o –como en algunas partes se expresa– por una interpretación extensiva o analógica.

¿Ahora bien, que significa aquello de que "cuándo no registren domicilio comercial"? ¿Qué es el domicilio comercial? Me disculparán, pero yo no he encontrado el significado legal del "domicilio comercial".

Conozco lo que señala el artículo 62 del Código Civil que dispone que "*el lugar donde un individuo está de asiento, o donde ejerce habitualmente su profesión u oficio, determina su domicilio civil o vecindad.*" Reconociendo que en esto pueden haber otras opiniones, creemos que lo que tal vez el legislador ha querido decir por domicilio comercial, puede ser entendido como el lugar donde el individuo ejerce habitualmente su comercio. Si se comparte esta idea, entonces tendremos que coincidir en que lo que el legislador ha querido señalar al incluir esta expresión en el artículo 24, es reforzar la idea de que una sociedad cuyo objeto sea el rentístico o de inversiones, únicamente estará gravada con el tributo de la ley **cuando ella ejerza habitualmente actos de comercio**.

Esto es, en nuestro parecer, la parte de la disposición que analizamos, si se entiende en los mismos términos que lo hemos expuesto, tendremos también que concluir que una sociedad, independientemente de su objeto, naturaleza, nombre o razón social, quedaría gravada con el tributo de esta ley únicamente cuando ejerza habitualmente actividades mercantiles, lo que a nuestro juicio guarda armonía con lo que hemos dicho, es la correcta forma de entender lo dispuesto en el artículo 23 y el artículo 2 letra c) del Reglamento.

A nuestro juicio, esta parte del artículo 24 no es más que una norma que tiene por propósito facilitar la fiscalización de este tributo. Se trata de otorgar a las Municipalidades una mayor información (que le proporcionará el Servicio de Impuestos Internos) relativa a un determinado tipo de contribuyente (que ejerce el comercio en forma habitual) y que en el hecho tiene un domicilio comercial (en cualquier parte) pero que no lo declara a ninguna Municipalidad. En este caso, dispone la norma, deberá pagar el tributo en la Comuna correspondiente al domicilio registrado ante el Servicio de Impuestos Internos.

Sin embargo, recalamos, para lo anterior la Municipalidad respectiva necesaria y previamente tendrá que probar que el contribuyente ejerce habitualmente una actividad comercial y que ella, de acuerdo con los requisitos legales, es realizada en un lugar vinculante con el público.

2.3.2 Para estos efectos dicho Servicio aportará esta información a las municipalidades, por medios electrónicos, durante el mes de mayo de cada año.

Esta parte del inciso primero del artículo 24 de la Ley de Rentas Municipales, fue incorporada en virtud de la Ley 20.288 publicada en el Diario Oficial con fecha 4 de Julio de 2008.

Se trata de una norma complementaria de la anterior, en cuanto precisa la forma y oportunidad en la que el Servicio de Impuestos Internos proporcionará la información (los domicilios comerciales) del contribuyente.

### III. NUESTRAS CONCLUSIONES

Habiendo analizado las disposiciones legales del Decreto Ley 3.063 de 1979 sobre Rentas Municipales, y en particular, los artículos 23 y 24 que describen el Hecho Gravado, como asimismo el artículo 2, del Decreto Supremo 484 de 1980 del Ministerio del Interior, que contiene el Reglamento para la aplicación de los artículos 23 y siguientes de la Ley de Rentas Municipales, en particular sus letras b) y c) que se refieren a las actividades secundarias y terciarias, creemos que podemos -acorde con las normas legales y reglamentarias de nuestro ordenamiento- arribar a ciertas conclusiones en cuanto a la actividad de invertir, como también a las sociedades que tienen por objeto y/o por giro el invertir. Ellas a nuestro juicio serían las siguientes:

- a) La ley grava el ejercicio de actividades lucrativas secundarias y terciarias cuando ellas son realizadas habitualmente por un mismo contribuyente, en su local, oficina, establecimiento, kiosco o lugar determinado.
- b) La ley no distingue si la actividad es ejercida por una persona natural o jurídica. Basta que ella se realice habitualmente con la concurrencia copulativa de los demás requisitos legales para gravarla.

- c) En cuanto a las llamadas sociedades de inversión, ellas no pueden ni deben gravarse con el tributo de esta ley por la sola circunstancia de lo que disponga su objeto social o por la naturaleza jurídica de las mismas. A ellas se les aplicará el tributo cuando tengan por giro o rubro el ejercicio permanente y habitual de actividades lucrativas secundarias y terciarias en su local, oficina, establecimiento, kiosco o lugar determinado, cuestiones de hecho que necesaria y previamente deberán tener que acreditarse por la Municipalidad respectiva.
- d) En cuanto a la actividad de invertir, entendida ella como el acto de colocar un caudal para percibir sus frutos, o en la adquisición de toda clase de bienes con fines rentísticos, ella no forma parte del hecho gravado descrito por la ley, ni en su reglamento. Nadie duda que la actividad rentística es una actividad que persigue el lucro. Sin embargo –subrayamos– el lucro que grava esta normativa es el lucro proveniente del ejercicio de actividades secundarias y terciarias, y según se ha explicado, la actividad que nos ocupa no está incluida, no forma parte, es ajena, a las actividades secundarias y terciarias, puesto que no es una actividad comercial (es civil), como tampoco ella involucra la distribución de bienes, ni la prestación de servicios.

Finalmente, y como hemos señalado, para ejercerla, no se requiere de un lugar determinado. La actividad de invertir es una actividad privada, que si bien la podemos realizar en nuestras casas u oficinas, "esos lugares" *con arreglo a las disposiciones de esta ley* no pueden asimilarse o entenderse como comprendidos en aquellos que ella señala.

#### IV. REVISIÓN DE LA INTERPRETACIÓN ADMINISTRATIVA DE LA CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA.

A nuestro juicio, el parecer de la Contraloría en esta materia, ha sido contradictorio, y a veces, confuso.

Si revisamos los distintos Dictámenes que sobre esta materia ha emitido la Contraloría General de la República –los que son obligatorios de acatar por parte de las Municipalidades de acuerdo a lo señalado en el artículo 9 de la ley 10.336– podremos apreciar que la interpretación de dicho Organismo a los preceptos legales por nosotros analizados, es en varios de sus dictámenes, coincidente en muchos aspectos.



Así, por ejemplo, y en lo referente a (i) la necesaria concurrencia copulativa de los requisitos legales señalados en los artículos 23 y 24 de la Ley de Rentas Municipales que deben verificarse para poder gravar con dicho tributo a un determinado individuo, como también, (ii) que lo anterior es una cuestión de hecho que deben acreditar las Municipalidades en cada caso particular, tenemos el Dictamen N° 51.815 de 15 de Octubre de 2004<sup>4</sup> que en su parte pertinente señaló:

*"En relación a las disposiciones legales transcritas, la jurisprudencia administrativa, ha señalado que la ley ha previsto como requisito para el ejercicio de una determinada actividad afecta al pago de patente comercial -en virtud de los artículos 23 y 24 del Decreto Ley N° 3.063, de 1979- que se cumplan determinados supuestos, a saber: a) que se trate de una actividad gravada con dicho tributo; b) que efectivamente aquélla se ejerza por el contribuyente, y c) que se realice en un local, oficina, establecimiento, kiosco o lugar determinado.*

*De este modo, según se advierte, un elemento fundamental para determinar si una persona domiciliada en la comuna se encuentra afecta a contribución, es establecer si efectivamente se realiza una actividad afecta a gravamen.*

*Sobre este punto, debe anotarse que la jurisprudencia de esta Contraloría General ha sostenido en el dictamen N° 29.751, de 2003, entre otros, que la determinación de si una empresa ejerce efectivamente una actividad lucrativa gravada con patente municipal es una cuestión de hecho que compete verificar al municipio ponderando los antecedentes aportados por el particular afectado y los que reúna mediante sus procedimientos de inspección.*

*En ese contexto, cabe consignar que la declaración de domicilio postal para los efectos de la comunicación con el Servicio de Impuestos Internos, si bien constituye un indicio de que una persona puede efectuar una actividad comercial gravada con patente comercial, no demuestra, sin embargo, por sí misma, el ejercicio efectivo de esa actividad, por lo que de esa sola manifestación no puede inferirse que una persona tenga un domicilio u oficina en que ejerza una actividad afecta al gravamen pertinente. (Aplica criterio contenido en el dictamen N° 32.292, de 2002).*

*Por lo mismo, la sola mención en la escritura social, de un objeto social que se corresponda con alguna de las actividades afectas a gravamen, no prueba por sí mismo que esa sociedad se encuentre afecta al pago de patente municipal, toda vez que debe acreditarse el ejercicio efectivo de la actividad económica.*

*Ahora bien, en la especie, se debe destacar, por una parte, que el municipio sólo funda su posición en el cambio de domicilio y en lo establecido en los estatutos de la empresa*

<sup>4</sup> Aplica Dictámenes N° 43.759 de 23 de Noviembre de 2001, 32.292 de 21 de Agosto de 2002, 57.488 de 16 de Diciembre de 2003 y 29.751 de 15 de Julio 2003.

recurrente -sin hacer alusión alguna a la circunstancia de si dicha empresa ejerce o no su giro-, y, por la otra, que el principal argumento de la recurrente consiste, precisamente, en el hecho de que no está realizando actividades de ningún tipo.

En mérito de lo expresado, no cabe sino sostener que atendidos los antecedentes aportados por la recurrente y el propio municipio, no se desprende que la entidad edilicia haya podido formarse la convicción acerca de la realización efectiva de una actividad lucrativa por parte de la sociedad de que se trata, a contar del período tributario respectivo, esto es, el segundo semestre del año 2003, siendo irrelevante el eventual ejercicio de actividades económicas de esa sociedad en la comuna de Santiago, en los períodos anteriores, toda vez que esa es una materia que de acuerdo a lo informado se encuentra en sede jurisdiccional y, por lo mismo, debe resolver el tribunal respectivo.

En consecuencia, atendidas las consideraciones precedentemente expuestas, la Municipalidad de Las Condes deberá abstenerse de exigir que la sociedad Servicios Financieros Legales Limitada, deba obtener y pagar patente municipal, en tanto la referida empresa no realice efectivamente actividades lucrativas en esa comuna, circunstancia que el representante de la empresa deberá comunicar oportunamente al municipio."

En los mismos términos se expresa en su Dictamen 20.655 de 2005, el que en su parte pertinente señaló:

"Por su parte, es dable señalar respecto del hecho de que la entidad en comento haya efectuado una declaración de inicio actividades ante el Servicio de Impuestos Internos, que ello no constituye un argumento suficiente para considerar que efectivamente se está desarrollando una actividad lucrativa de aquéllas gravadas con la contribución por concepto de patente comercial, toda vez que tal determinación es una situación de hecho que corresponde verificar al municipio a través de los antecedentes que le proporcione el propio interesado como asimismo a través de los mecanismos de que disponga para comprobar la efectividad del hecho." (Aplica dictamen N°. 26.524, de 2000).

Sin embargo, y particularmente cuando se le ha consultado en lo referente a las sociedades de inversiones, el criterio sostenido por la Contraloría -al menos hasta hace un par de meses- fue el siguiente:

"Dictamen N° 54.106 de 14 de Noviembre de 2006<sup>5</sup>.

---

<sup>5</sup> En los mismos términos se ha pronunciado la Contraloría en los Dictámenes N° 60.459 de 19 de Diciembre 2008, 15.104 de 24 de Marzo de 2009, 37.529 de 13 de Julio y 37.957 de 15 de Julio de 2009.

La Municipalidad de Vitacura ha solicitado a esta Contraloría General la emisión de un pronunciamiento acerca de la procedencia de gravar con la contribución de patente municipal a las sociedades de inversiones que en sus estatutos o pactos sociales contemplen que su objeto será solamente efectuar actividades de inversiones en instrumentos financieros.

Expresa el municipio que la interrogante planteada tiene su origen en la solicitud que le efectuara una sociedad para exonerarse del pago de patente municipal, invocando para ello un fallo emanado de los Tribunales de Superiores de Justicia que respecto de una sociedad de similares características habría resuelto que no resulta procedente el pago de patente respecto de una empresa que realiza inversiones denominadas pasivas.

Al respecto, cabe señalar que atendido el carácter genérico de la consulta, corresponde que esta Contraloría General precise los criterios emanados de la jurisprudencia de esta Contraloría General, en relación al cobro de patente respecto de sociedades de inversiones. En primer término, debe destacarse que acorde a la definición de actividad terciaria contenida en el artículo 2º, letra c), del decreto N° 484, de 1980 del Ministerio de Hacienda -Reglamento para la aplicación de los artículos 23 y siguientes del Título IV de la Ley de Rentas Municipales-, como de lo concluido en la jurisprudencia administrativa contenida, entre otros, en los dictámenes números 28.667, de 1997 y 12.607, de 2006, la actividad realizada por las sociedades de inversión constituye una actividad lucrativa terciaria, por lo cual se encuentra afecta a la contribución de patente municipal, en conformidad con lo dispuesto en el artículo 23 del decreto ley N° 3.063, de 1979.

Confirma el hecho de que las sociedades de inversiones están afectas al pago de patente municipal, la modificación introducida por el artículo 4º, N° 6), de la ley N° 20.033, al inciso primero del artículo 24 del decreto ley N° 3.063, de 1979, en cuanto expresa que tratándose de sociedades de inversiones o sociedades de profesionales, cuando éstas no registren domicilio comercial, la patente se deberá pagar en la comuna correspondiente al domicilio registrado por el contribuyente ante el Servicio de Impuestos Internos.

Siendo así, debe recordarse que el cobro de patente municipal resulta procedente en la medida que concurren copulativamente los siguientes requisitos: a) que la actividad esté gravada con ese tributo; b) que ésta sea efectivamente ejercida por el contribuyente y c) que se realice en un local, oficina, establecimiento, kiosco o lugar determinado.

Asimismo, cabe tener presente que la circunstancia de si un particular desarrolla efectivamente una actividad lucrativa, es una cuestión de hecho que corresponde establecer a la municipalidad de acuerdo a los antecedentes acompañados por el contribuyente y los que logre reunir mediante sus procedimientos de inspección. (Aplica dictamen N° 54.471, de 2004).

Por último, es necesario precisar que cuando existe contradicción entre un criterio establecido en la jurisprudencia de esta Entidad de Control y lo resuelto por los

*Tribunales de Justicia en un proceso específico, atendido el efecto relativo de la sentencia, lo resuelto en ella debe ser aplicado exclusivamente al caso concreto, sin perjuicio de mantenerse vigente la doctrina señalada por esta Contraloría General respecto de las personas que no han sido parte de la acción judicial. (Aplica criterio contenido en el dictamen N° 45.833, de 2003).*

*En consecuencia, corresponde que la Municipalidad de Vitacura proceda al cobro de patente municipal respecto de las sociedades de inversión de acuerdo a los criterios señalados precedentemente.*

Por las razones que hemos expuesto en la primera parte de este trabajo, en el que hemos analizado las disposiciones legales y reglamentarias en lo referente a las sociedades de inversión, como a la actividad de invertir, huelga señalar nuestra total disconformidad con el criterio anteriormente transcrito.

Como hemos anunciado, este fue el parecer del Organismo Contralor hasta este año, pues con fecha 25 Mayo último se ha emitido el Dictamen N° 27.677 (ratificado por el Dictamen N° 43.843 de 3 Agosto), por el que –según se ilustrará– se cambió el criterio imperante hasta la fecha reconsiderándose expresamente algunos de los Dictámenes emitidos hasta la fecha.

A continuación, transcribimos la parte pertinente del referido Dictamen, en el se contiene la nueva doctrina de la Contraloría General de la República, criterio que por cierto, compartimos plenamente, tanto por sus consideraciones, como por sus conclusiones.

*"Ahora bien, sobre la materia es menester señalar, en primer término, que de acuerdo con lo establecido en los artículos 19, N° 20, 63, N° 14, y 65, inciso cuarto, N° 1, de la Constitución Política, la imposición, supresión, reducción o condonación de tributos de cualquier clase o naturaleza es materia de ley, de la iniciativa exclusiva del Presidente de la República.*

*Por su parte, el referido artículo 23 del decreto ley N° 3.063, dispone que el ejercicio de toda profesión, oficio, industria, comercio, arte o cualquier otra actividad lucrativa secundaria o terciaria, sea cual fuere su naturaleza o denominación, está sujeta a una contribución de patente municipal, con arreglo a las disposiciones de ese cuerpo legal.*

*El inciso segundo de dicho precepto agrega que quedarán gravadas con esta tributación municipal, las actividades primarias o extractivas en los casos de explotaciones en que medie algún proceso de elaboración de productos, aunque se trate de los exclusivamente provenientes del respectivo fundo rústico, tales como aserraderos de maderas, labores de separación de escorias, moliendas o concentración de minerales, y cuando los productos que se obtengan de esta clase de actividades primarias, se vendan directamente por los*

productores, en locales, puestos, kioscos o en cualquiera otra forma que permita su expendio también directamente al público o a cualquier comprador en general, no obstante que se realice en el mismo predio, paraje o lugar de donde se extraen, y aunque no constituyan actos de comercio los que se ejecuten para efectuar ese expendio directo.

El artículo 24 del citado decreto ley N° 3.063, de 1979, establece que la patente grava la actividad que se ejerce por un mismo contribuyente, en su local, oficina, establecimiento, kiosco o lugar determinado con prescindencia de la clase o número de giros o rubros distintos que comprenda. Tratándose de sociedades de inversiones o sociedades de profesionales, cuando éstas no registren domicilio comercial, la patente se deberá pagar en la comuna correspondiente al domicilio registrado por el contribuyente ante el Servicio de Impuestos Internos. Para estos efectos, dicho Servicio aportará esta información a las municipalidades, por medios electrónicos, durante el mes de mayo de cada año.

Por su parte, el citado artículo 2°, letra c), del decreto N° 484, de 1980, del Ministerio del Interior, prescribe que se entenderá por actividades terciarias aquellas que consisten en el comercio y distribución de bienes y en la prestación de servicios de todo tipo y, en general, toda actividad lucrativa que no quede comprendida en las primarias y secundarias, tales como comercio por mayor y menor, nacional o internacional, representaciones, bodegajes, financieras, servicios públicos o privados estén o no regulados por leyes especiales, consultorías, servicios auxiliares de la administración de justicia, docencia, etc.

Luego, y en orden a establecer si la actividad de las sociedades de inversión pasiva queda gravada con patente municipal, es necesario indicar que el citado artículo 23 del decreto ley N° 3.063, de 1979, no grava toda actividad lucrativa, sino que sólo a aquellas de carácter secundario, terciario y las de naturaleza primaria que en dicho cuerpo normativo se detallan.

Enseguida, con relación a las expresiones primaria, secundaria y terciaria que emplea el anotado precepto, es necesario indicar que ellas aluden a una clasificación de las actividades económicas que atiende a las fases de extracción, elaboración y producción de bienes y la prestación de servicios para satisfacer necesidades de carácter económico, idea que se colige tanto de la asimilación de las actividades primarias con las extractivas que contempla el inciso segundo del citado artículo 23, como del significado que les asigna la ciencia económica a los referidos vocablos técnicos.

Así pues, y de acuerdo al principio de reserva legal en materia tributaria, corresponde interpretar con carácter estricto los elementos que configuran la relación jurídica en análisis –sujeto, hecho gravado, tasa, base imponible–, sin que el desarrollo reglamentario de tales elementos pueda extender el hecho gravado que ha configurado rigurosamente el legislador, de forma tal que la definición de actividad terciaria que establece el citado artículo 2°, letra c), del decreto N° 484, de 1980, debe interpretarse en términos que comprende únicamente el comercio y distribución de bienes y la prestación de servicios

de todo tipo.

Además, con relación a las sociedades de inversión pasiva, es necesario puntualizar que el mencionado decreto ley N° 3.063, de 1979, no grava a determinadas formas de organización empresarial –sociedades, comunidades, personas naturales– ni atiende a su objeto social, sino que grava el ejercicio efectivo de ciertas actividades establecidas en su artículo 23, sin que se haya distinguido entre sociedades o giros civiles y comerciales.

En cuanto a la mención que el citado artículo 24, inciso primero, hace a las sociedades de inversiones, es menester señalar que dicha alusión no puede entenderse en términos que el legislador haya constituido a dichas personas jurídicas por su sola naturaleza, como sujetos del anotado tributo municipal, con prescindencia del ejercicio efectivo de actividades gravadas, precepto que las alude exclusivamente para fines de fijar su domicilio, sin que se advierta en la historia de legislativa de dicho precepto, elementos en sentido contrario al expuesto.

En consecuencia, la inversión pasiva, que, en general, consiste en la adquisición de toda clase de bienes con fines rentísticos, sea cual fuere la forma jurídica que adquiera el inversionista, por no involucrar la producción de bienes, ni la prestación de servicios, no constituye una actividad que configure el hecho gravado contemplado en el artículo 23 del mencionado decreto ley N° 3.063, de 1979.

En cambio, las sociedades que presten algún tipo de servicios, incluidos los financieros, por constituir dicho quehacer una actividad terciaria, quedan gravadas con patente municipal, con independencia de su denominación u objeto social o de la circunstancia que además realicen actividades no gravadas.

Por consiguiente, en los términos expuestos, reconsidérense los dictámenes N°s. 12.607 y 54.106, ambos de 2006; 60.459, de 2008; 37.529 y 37.957, ambos de 2009.”

## V. REVISIÓN DE LA JURISPRUDENCIA DE NUESTRA EXCMA. CORTE SUPREMA.

En la jurisprudencia emanada de nuestra Excma. Corte Suprema –según veremos también ha habido una evolución en los criterios.

Así, y mientras en buena parte de estos últimos años los fallos tendieron a arribar a las mismas conclusiones que las por nosotros señaladas (con algunos matices), en el último tiempo, y particularmente en el año 2009, ha habido un cambio de criterio que en nuestro parecer lejos de significar, como dicen algunos "fallos en contra del contribuyente", en nuestro parecer y lamentablemente -hay que decirlo- son contrarios al ordenamiento jurídico.

Importante resultó el fallo dictado en el año 2004<sup>6</sup> en el que la Excma. Corte acogiendo el recurso de casación en el fondo interpuesto por la sociedad Inversiones Abranchil Ltda. dictó la sentencia de reemplazo por la que resolvió que la referida sociedad "se encuentra exenta del pago de patente municipal, por las actividades que realice, en cuanto se enmarcan en el objetivo social previsto en la cláusula pertinente de su escritura social, porque ellas no configuran un hecho gravado por la Ley de Rentas Municipales."

Entre las distintas consideraciones que la Excma. Corte tuvo para acoger el recurso, creemos importante para los efectos de este trabajo destacar las siguientes:

*7º) Que el problema de derecho consiste en determinar si la empresa Inversiones Abranchil Ltda. se encuentra afecta al tributo denominado patente municipal. Dicha empresa "tiene por objeto la inversión en toda clase de bienes corporales e incorpóricas con el objeto de percibir sus frutos o rentas. La sociedad no podrá efectuar actividades que consistan en el comercio y distribución de bienes ni en la prestación de servicios", según se estableció en la respectiva escritura de constitución, en su sección tercera, destinada precisamente a definir su objeto. Ello se hizo notar en el motivo sexto del fallo impugnado, al consignarse la defensa formulada;*

*9º) Que la contribución de patente municipal constituye el pago de un impuesto directo, ya que expresamente está incluida en el título IV del D.L. N° 3063, relativo a los "impuestos municipales". Por tratarse, en consecuencia, de un tributo, le son aplicables las normas constitucionales en materia tributaria, especialmente el principio de legalidad o reserva legal;*

*10º) Que, en consecuencia, para determinar si una persona natural o jurídica es objeto pasivo de la obligación tributaria del pago de contribución de patente municipal, es indispensable determinar si esa actividad está comprendida dentro del hecho gravado, que establece la ley. En el caso sublite la actividad de la reclamante -sociedad civil por definición de su objetivo social- no es una actividad secundaria o terciaria ni tampoco una actividad primaria que por excepción se grava en el artículo 23 inciso 2º del referido texto legal;*

*11º) Que, como consecuencias de lo anterior, se puede sostener que no es necesario invocar al respecto el que la reclamante esté comprendida en las exenciones del artículo 27 del referido Decreto Ley, ya que no necesita invocarla, desde el momento en que su*

---

<sup>6</sup> Causa Rol 2725-03 Inversiones Abranchil Ltda. contra Municipalidad de Lo Barnechea, por el que la primera dedujo recurso de casación en el fondo contra la sentencia pronunciada por la Corte de Apelaciones de Santiago, que declaró sin lugar el reclamo de ilegalidad formalizado por dicha sociedad. Pronunciado por la Tercera Sala, integrada por los Ministros Sr. Ricardo Gálvez; Sr. Humberto Espejo; Srta. María Antonia Morales y Sr. Adalis Oyarzún; y el Abogado Integrante Sr. José Fernández.

actividad no está incluida en el hecho gravado. Tampoco puede entenderse que las normas del Decreto Reglamentario, contenido en el D.S. N° 484 para la aplicación de los artículos 23 y 24 del D.L. N° 3063, al referirse a otras actividades lucrativas, pueda involucrar a la reclamante, ya que jamás un reglamento puede ir más allá de la ley, y el artículo 23 aludido es claro en orden a que las actividades primarias no están comprendidas, salvo en los casos de excepción contempladas en el artículo 23 inciso 2°;

12°) Que, ahora bien, si en el hecho una persona natural o jurídica aparentemente desarrolla o realiza una actividad primaria, corresponderá al municipio acreditar que dicha persona se ha apartado de su objetivo y que ejerce actividades primarias expresamente gravadas o secundarias o terciarias que deben pagar patente; lo que en el caso sub-lite no ha ocurrido por parte de la Municipalidad de Lo Barnechea;

13°) Que, en el caso de la especie, se trata de una sociedad de inversiones de carácter civil, que no obtiene algún tipo de lucro o ganancia colocando algún producto en el mercado, de tal manera que no requiere de un local o establecimiento para funcionar, especialmente si se toma en cuenta que, por medio del estatuto respectivo de dicha persona jurídica, quedó prohibido realizar actividades comerciales y la inscripción en el Registro de Comercio no tiene la trascendencia de transformarla en sociedad comercial, ya que ello se ha de hacer por requerimiento legal, al tratarse de una sociedad de responsabilidad limitada;

14°) Que, al no concluirlo del modo como ha quedado expresado y resolver como se expresó, el fallo impugnado efectivamente ha incurrido en error de derecho, tal como se ha razonado. Dicho sentencia vulneró los artículos 23 y 24 de la Ley de Rentas Municipales al decidir como lo hizo, así como la normativa sobre hermenéutica legal, con influencia substancial en lo dispositivo, porque merced a dicho error, desechó el que fue estimado como reclamo, validando el actuar municipal. Por lo tanto, el recurso de nulidad de fondo debe ser acogido."

Nosotros hemos querido subrayar algunas partes de las consideraciones anteriores para resaltar ciertas cuestiones que nos resultan importantes de destacar.

En primer término, aplaudimos la referencia que los sentenciadores hacen al principio de legalidad del tributo consagrado en nuestra Constitución Política, y consecuentemente, la fundamental importancia que reviste al aplicar o no una norma tributaria el determinar previamente si esa actividad (la que se desea gravar) está o no comprendida dentro del hecho gravado que establece la ley.

En segundo orden, también compartimos plenamente el recordatorio que hacen los sentenciadores al sujeto activo de la obligación tributaria, en este caso la Municipalidad de Lo Barnechea, en orden a que ella también debe cumplir con las reglas generales en materia de la prueba de las obligaciones. Específicamente, aquella consagrada en el artículo 1698 del Código Civil, que dispone que incumbe probar las



obligaciones o su extinción al que alega aquellas o ésta, plenamente aplicable en la especie. La Municipalidad de Lo Barnechea, como cualquier otro sujeto activo o acreedor de una obligación, incluyendo la tributaria, no está exento de probar el hecho de que en el actuar del contribuyente se verifican las conductas establecidas por el legislador en el hecho gravado.

En seguida, también es mención de nuestro reconocimiento la circunstancia de advertirse por los sentenciadores de que una sociedad con giro de inversiones, si bien puede obtener un lucro o ganancia (y ese es su propósito como el de toda sociedad) no lo obtiene colocando algún producto en el mercado, de tal manera que no requiere de un local o establecimiento para funcionar.

Sin embargo, debemos necesariamente hacer una observación en lo que nos parece existe una confusión en las consideraciones del presente fallo. En el fallo que comentamos, existe una constante referencia al objeto de la sociedad como una cuestión importante de clarificar para resolver la aplicación del gravamen, en circunstancias que en nuestro parecer a lo que hay que atender es al "ejercicio o no de la actividad descrita por el legislador", esto es, al giro de la sociedad, vale decir, a lo que ella se dedica con prescindencia de su objeto estatutario.

Como hemos dicho precedentemente, el legislador, en la Ley de Rentas Municipales, no grava a las sociedades por lo que establecen sus estatutos o por lo que se consagra en su objeto social. El legislador gravará a las sociedades y a las personas naturales por el "ejercicio de las actividades lucrativas secundarias y terciarias desarrolladas en su oficina, kiosko o lugar determinado", y si no se cumplen con dichos requisitos, no puede ni debe gravarse al contribuyente de ninguna forma.

Otra sentencia que se pronunció en similares términos que la anterior fue aquella dictada con fecha 9 de Julio de 2008<sup>7</sup>.

En esta causa fue la Municipalidad de Vitacura la que dedujo recurso de casación en el fondo contra la sentencia pronunciada por la Il<sup>ta</sup>. Corte de Apelaciones de Santiago que acogió el reclamo de ilegalidad interpuesto por "Inversiones El Manzano Limitada". La Ex<sup>cm</sup>a. Corte Suprema acogió el recurso teniendo presente, entre otras, las siguientes consideraciones.

*"UNDÉCIMO: Que conforme a los antecedentes que constan en autos, "Inversiones El Manzano Limitada" sólo posee inversiones en bienes raíces y depósitos a plazo y no*

<sup>7</sup> Autos Rol N° 601-07 la Municipalidad de Vitacura dedujo recurso de casación en el fondo contra la sentencia pronunciada por la Corte de Apelaciones de Santiago que acogió el reclamo de ilegalidad interpuesto por "Inversiones El Manzano Limitada. La Ex<sup>cm</sup>a Corte Suprema acogió el recurso. Pronunciado por la Tercera Sala, integrada por los Ministros Sr. Adalís Oyarzún, Sr. Hugo Dolmestch, Sr. Héctor Carreño, Sr. Pedro Pierry y Sra. Sonia Araneda.

*obtiene algún tipo de lucro o ganancia colocando algún producto en el mercado, de tal manera que no requiere de un local o establecimiento para funcionar. Aún más, en el estatuto de dicha persona jurídica le quedó prohibido realizar actividades comerciales y, por consiguiente, su actividad no configura un hecho gravado en el citado artículo 23, como acertadamente lo consideró la sentencia que a través de este arbitrio se cuestiona;*

*DUODECIMO: Que, por consiguiente, la actividad de la reclamante -sociedad civil por definición de su objeto social- no puede entenderse comprendida dentro de las actividades secundarias o terciarias que grava el artículo 23 del texto legal antes referido, como acertadamente lo decidió la sentencia que se cuestiona;*

*DECIMO TERCERO: Que tampoco puede entenderse que las normas reglamentarias contenidas en el Decreto Supremo N° 484 para la aplicación de los artículos 23 y 24 del Decreto Ley N° 3.063, al referirse a "otras actividades lucrativas", pueda abarcar la de la reclamante, puesto que, como se sabe, un reglamento no puede ir más allá de la ley, especialmente en materia tributaria, en que es aplicable la norma constitucional del principio de legalidad o reserva legal;"*

Sin embargo, en el año 2009 –en un fallo que no compartimos- la Excma. Corte cambio el criterio que hasta entonces había sostenido en esta materia, particularmente en los fallos del 2004 y 2008 que en sus partes pertinentes hemos reproducido precedentemente. Así, con fecha 29 de Septiembre de 2009, en los autos Rol 2516-08 la Excma. Corte rechazando el recurso de casación en el fondo interpuesto por Inversiones Riveros Riquelme Ltda. en contra de la de la sentencia pronunciada por la Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago, sostuvo en sus considerandos lo siguiente:

*"SEXTO: Que la materia en discusión, como se ha visto, consiste en determinar si la sentencia de la Corte de apelaciones de Santiago estuvo o no errada en derecho al estimar que la empresa reclamante realiza las actividades que están dentro de aquellas que el Decreto Ley N° 3.063 señala como las que generan los gravámenes objeto de esta controversia;*

*NOVENO: Que así las cosas, para resolver si una persona natural o jurídica es objeto pasivo de la obligación tributaria del pago de contribución de patente municipal es indispensable determinar si la actividad por ella ejercida está comprendida dentro del hecho gravado que prescribe la citada ley;*

*DÉCIMO: Que de acuerdo a la escritura pública de constitución de la sociedad reclamante, esta tiene por objeto exclusivo actividades civiles como adquisición y enajenación de bienes raíces, la administración y percepción de sus frutos, inversión en bienes muebles, corporales e incorporeales de toda clase, acciones y cualquier clase de valores mobiliarios, efectos públicos, derechos y sociedades, administrarlos y percibir sus*

*frutos, y en general cualquier actividad civil que los socios acuerden. Tales actividades importan la obtención de un lucro o ganancia, es decir, se trata de actividades lucrativas y por consiguiente configuran un hecho gravado en el citado artículo 23, como acertadamente lo consideró la sentencia que a través de este arbitrio se cuestiona;*

*UNDÉCIMO: Que refuerza lo anterior la circunstancia de que el artículo 27 de la ley ya citada establece que sólo están exentas del pago de patente municipal las personas jurídicas sin fines de lucro que realicen acciones de beneficencia, de culto religioso, culturales, de ayuda mutua de asociados, artísticas o deportivas no profesionales y de promoción de intereses comunitarios;*

*UNDÉCIMO: Que lo que se lleva dicho conduce de manera natural a la conclusión de que no se vulneró, como se planteó, el artículo 23 de la Ley de Rentas Municipales, así como tampoco la normativa sobre hermenéutica legal, por lo que el recurso intentado no puede prosperar y debe ser desestimado"*

Como primera cuestión, a nuestro entender, entre las consideraciones expuestas en la sentencia se evidencian contradicciones. Sí el sentenciador concluye que cualquier actividad lucrativa realizada por alguna persona natural o jurídica no exceptuada en el artículo 27 está gravada con el tributo de esta ley, no alcanzamos a entender la razón por la que en el considerando sexto y noveno plantea que la cuestión a determinar es si el contribuyente –en la especie una sociedad- realiza o no actividades comprendidas en el hecho gravado. Las sociedades son por definición legal sujetos que persiguen el lucro en términos tales que si ese propósito no existe, el sujeto es algo distinto de una sociedad. De esta forma, para qué molestarse en analizar la actividad de una sociedad para gravarla, toda vez que cualquiera sea lo que ella realice, por definición, perseguirá el lucro, y al no ser un contribuyente exceptuado en el artículo 27, siempre estará gravado.

Como segunda consideración, contrariamente a lo que se señala en el considerando décimo, las actividades lucrativas por si solas no son suficientes para quedar gravadas con el tributo de esta ley. Como majaderamente hemos dicho anteriormente, las actividades lucrativas que se gravan con el tributo de esta ley son las secundarias y terciarias y excepcionalísimamente, las primarias.

El legislador nunca ha señalado que lo gravado es el lucro, o cualquier lucro. La ley grava una clase especial de lucro. Aquel que proviene de la actividad secundaria o terciaria, y en ciertos casos de la actividad primaria, y cuando además, se verifican y concurren copulativamente los demás requisitos legales, como la habitualidad o ejercicio permanente de ella en un local, kiosko, oficina o lugar determinado.

Finalmente, a nuestro juicio es errado sostener –como se llega a entender de la lectura de los considerandos décimo y undécimo- que la excepción al gravamen de la

actividad lucrativa estaría dada por ser el sujeto activo de ella alguno de aquellos señalados en el artículo 27 de la ley.

Hay muchas causales por las que una persona, no obstante realizar ella una actividad lucrativa, puede no incurrir en el hecho gravado, y en consecuencia, dicha actividad no quedar gravada, como ser, que la actividad no sea habitual, o que siendo una actividad realizada habitualmente, ella sea una actividad civil –como en la especie es la actividad de inversión o rentística- o que ejerciendo una actividad, en forma habitual y siendo ella mercantil de conformidad con el artículo 3 del Código de Comercio, ella se realice en un lugar distinto de un local, oficina, kiosko o lugar determinado, como es el caso de aquellas inversiones que siendo mercantiles son sin embargo realizadas o materializadas por Internet, telefónicamente, en el domicilio civil, o de cualquier forma que no se vincule con el público.

La ley, en el artículo 27 –al igual que lo hacen otras leyes tributarias que exceptúan a un contribuyente de pagar un tributo- exceptúa a las personas ahí indicadas de contribuir al pago del tributo cuando la actividad por ellas realizadas cumple con todos y cada uno de los elementos que conforman el hecho gravado. De otra forma, el legislador no tendría para qué mencionarlos (para qué excepcionar del tributo a alguien que su actuar no cumple con los requisitos para gravarlo). Al efecto, es conveniente traer a la memoria la misma argumentación que esta Excma. Corte tuvo en consideración el año 2004 en la causa Rol 2725-03 ya transcrita precedentemente, en la que señaló que, *"como consecuencias de lo anterior, se puede sostener que no es necesario invocar al respecto el que la reclamante esté comprendida en las exenciones del artículo 27 del referido Decreto Ley, ya que no necesita invocarla, desde el momento en que su actividad no está incluida en el hecho gravado."*

## VI. OTRAS CONSIDERACIONES.

Sin perjuicio de lo gravoso que resulta para el orden jurídico –y desde luego, para el bolsillo del contribuyente- el constatar la aplicación incorrecta de una ley, cuestión que por sí sola bastaría como conclusión y dar por finalizado este trabajo, creemos que también es la oportunidad para ilustrar cómo la situación analizada puede incidir, repercutir y perjudicar otros entornos, en los cuales, no obstante perseverarse con tanto esfuerzo y empeño en el último tiempo, sin embargo, ello no se logra por cuestiones como las que estamos analizando.

Me refiero específicamente al inalcanzado esfuerzo de años por hacer de Chile un país plataforma de inversiones.

Si uno revisa la prensa de los últimos años, podrá advertir la constante aparición de noticias como la siguiente:

*"Nicolas Sarkozy anuncia visita a Chile en cita con Presidenta Bachelet .El jefe de Estado francés la recibió en el Palacio del Eliseo en un encuentro de trabajo que duró poco más de una hora y en el que no estuvo su famosa esposa, Carla Bruni.*

*..... Por la mañana, la Presidenta había asistido a un encuentro con el Movimiento de Empresas de Francia (Medef). Ahí, frente a empresarios chilenos y franceses, destacó el manejo de Chile ante la crisis y llamó a invertir en el país, arguyendo que es una nación seria, que tiene estabilidad económica, que cumple los contratos y que puede ser una plataforma de inversiones para el resto de América Latina".<sup>8</sup>*

Y esto no es nuevo. Ya en el año 2002 también se podía leer la siguiente noticia:

*"Comité de Inversiones Extranjeras busca atraer a multinacionales al país.  
Lanzarán campaña "Chile país plataforma"*

*En un mes más el Comité de Inversiones Extranjeras y Corfo lanzarán oficialmente una campaña denominada "Chile país plataforma" que tiene como objetivo atraer a multinacionales para que establezcan en Chile su centro de operaciones para América Latina."*

Es más, y guardando consecuencia con lo expuesto, en el mismo año 2002 se publicó la Ley 19.840 (también llamada Ley de Sociedades Plataforma de Inversiones) por la que se introdujo el artículo 41D a la Ley sobre Impuesto a la Renta a objeto de establecer un régimen de tributación especial a las sociedades que tengan por objeto exclusivo la realización de inversiones en el país y en el extranjero. De hecho, y para los propósitos de la Ley sobre Impuesto a la Renta, el legislador expresamente dispuso que las citadas sociedades (las que cumplan con los requisitos del artículo 41D referido) no se considerarán domiciliadas en Chile para los efectos de la Ley sobre Impuesto a la Renta, por lo que tributarán en Chile sólo por sus rentas de fuente chilena.

Sin embargo, y hasta la fecha son muy pocas las sociedades que se han constituido en base a esta normativa. ¿Qué es lo que ha pasado que a pesar de tenerse el propósito de hacer de Chile un país plataforma de inversiones, y no obstante el esfuerzo de las autoridades y de la dictación de una normativa especial, ello no se logra?

---

<sup>8</sup> Nicolás Sarkozy anuncia visita a Chile en cita con Presidenta Bachelet. Santiago, Chile: El Mercurio, sábado 30 de mayo 2009. p. C-3 (En sección: Nacional)

La respuesta es simple. Porque existen interpretaciones erradas como las que hemos analizado en este trabajo, que son inconcebibles para un proyecto país como este. A nuestro juicio, no es consecuente invitar a un extranjero para establecerse en Chile con el propósito de que -a través de la sociedad plataforma de inversiones que constituye- invierta un patrimonio en el extranjero, y al mismo tiempo, gravarle infinitamente ese mismo patrimonio por la sola circunstancia de materializar la inversión.

Se ha dicho que el legislador, junto con excepcionar a estas sociedades del impuesto a la Renta, debió también excluir las actividades de ellas de la Ley de Rentas Municipales. A nuestro juicio lo anterior no es correcto. Como hemos señalado, el hecho de invertir (en derechos o acciones como obligatoriamente lo exige el artículo 41D de la Ley sobre Impuesto a la Renta)<sup>9</sup> no es una actividad primaria, secundaria ni terciaria, y por lo mismo, el legislador no tenía necesidad alguna para tener que excepcionarla de dicho tributo.

Son varios los juicios que contribuyentes del artículo 41D han interpuesto en contra de las Municipalidades por el cobro de este tributo, todos sin éxito.<sup>10</sup>

Creemos que es el momento de revisar esta situación, a objeto de terminar con lo que consideramos es una errada interpretación de la ley, pero también, para que a través de su correcta aplicación se termine con la incerteza jurídica que ha producido la contradictoria jurisprudencia sobre la materia.

---

<sup>9</sup> De acuerdo con el número 6 del artículo 41D de la Ley sobre Impuesto a la Renta "las inversiones que constituyen su objeto social se deberán efectuar mediante aporte social o accionario, o en otros títulos que sean convertibles en acciones, de acuerdo con las normas establecidas en el artículo 87 de la ley N° 18.046"

<sup>10</sup> *Lambic Chile S.A. contra Ilustre Municipalidad de Las Condes* (2008): Corte Suprema 27 de agosto de 2008, Rol 2491-2007 (Recurso de casación en el fondo).

*MESH Chile S.A. contra Ilustre Municipalidad de Las Condes* (2008): Corte Suprema 28 de agosto de 2008, Rol 2507-2007 (Recurso de casación en el fondo).

## NUEVA VERSIÓN DEL MODELO DE CONVENIO PARA EVITAR LA DOBLE IMPOSICIÓN DE LA OCDE

*Axel A. Verstraeten\**

### RESUMEN

El presente trabajo analiza los cambios introducidos recientemente al Modelo de Convenio para Evitar la Doble Imposición preparado por la OCDE y sus Comentarios. Si bien el texto del Modelo no ha sufrido modificaciones sustanciales, excepto por el nuevo texto del artículo 7 referido a beneficios empresariales, los Comentarios a los artículos del Modelo sí lo hicieron. Los agregados y sustituciones a los Comentarios reflejan el resultado del análisis efectuado por distintos grupos de trabajo de la OCDE en años recientes y, en algunos casos, del consenso de los países miembro de la OCDE y los países no-miembro que participaron en su carácter de observadores. Con la proliferación de estos grupos dentro del seno de la OCDE, dedicados a tópicos específicos, las actualizaciones del Modelo y sus Comentarios se han vuelto recurrentes en la última década. Este trabajo se concentrará caprichosamente en las modificaciones, a nuestro criterio relevantes, efectuadas a la última versión del Modelo y sus Comentarios publicada en 2010.

---

\* Abogado, Universidad de Buenos Aires. LL.M. in International Taxation, University of Florida.

## I. INTRODUCCIÓN

La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (“OCDE”) es una organización supranacional compuesta por las treinta y tres (33) economías más desarrolladas del planeta<sup>2</sup>. Su antecesora, la OEEC<sup>3</sup>, publicó entre 1958 y 1961<sup>4</sup> una serie de cuatro reportes que llevaron a la publicación, en 1963<sup>5</sup>, de la primera versión del Modelo de Convenio para Evitar la Doble Imposición con relación a los Impuestos a la Renta y el Capital preparado por la OCDE (“Modelo OCDE”). En aquella oportunidad, el Modelo no contaba con una introducción como la versión actual, pero sí fue aprobada mediante una recomendación del Consejo de la OCDE<sup>6</sup>. El Modelo OCDE sirvió de base para que los países miembros y no miembros de la OCDE negociaran sus Convenios para Evitar la Doble Imposición (“CDI”), que desde entonces forman parte de una red global de más de 3.000 CDI<sup>7</sup> <sup>8</sup>. El Modelo OCDE fue actualizado en varias oportunidades, siendo la anterior en 2008.

La OCDE publica junto con su Modelo una serie de comentarios a cada uno de los artículos que componen el Modelo OCDE (“Comentarios”). Los Comentarios reflejan el espíritu del Modelo OCDE, ya que se contienen una interpretación que fue acordada entre expertos designados por los países miembros y observadores. Asimismo, los Comentarios contienen las reservas que realiza cada país –miembro o no miembro de la OCDE- con relación a la interpretación de alguna cláusula en particular.

Resulta importante aclarar que los Comentarios no son parte de los CDI (basado en el Modelo OCDE) que pudieran firmar dos países, y por lo tanto no resultan, en principio, obligatorios. Ahora bien, en el caso de los países miembros de la OCDE, los mismos se comprometen a utilizar los Comentarios como parámetro al momento de interpretar y aplicar un CDI, basado en el Modelo OCDE, por lo tanto sí serían

---

<sup>2</sup> Alemania, Australia, Austria, Bélgica, Canadá, Chile, Dinamarca, Eslovenia, España, Estados Unidos de América, Finlandia, Francia, Grecia, Hungría, Islandia, Irlanda, Israel, Italia, Japón, Corea del Sur, Luxemburgo, México, Holanda, Nueva Zelanda, Noruega, Polonia, Portugal, Reino Unido, República Checa, República Eslovaca, Suecia, Suiza y Turquía.

<sup>3</sup> *Organization for European Economic Co-operation*, por sus siglas en inglés. Esta organización fue la antecesora del OCDE.

<sup>4</sup> Corresponde agregar que en 1963 se publicó un Reporte Final al que se le anexó el primer Modelo y la primera versión de los Comentarios.

<sup>5</sup> *OECD Draft Double Taxation Convention on Income and Capital* (1963).

<sup>6</sup> Resolución del Consejo de la OECD (30 de julio de 1963).

<sup>7</sup> Hay que tener en cuenta que si bien el Modelo OCDE es el más utilizado, existen otros, como el Modelo preparado por la Organización de Naciones Unidas (ONU), Estados Unidos de América, Comunidad Andina de Naciones, Comunidad del Caribe (CARICOM), Comecon o Asean, entre otros.

<sup>8</sup> OCDE. *The granting of treaty benefits with respect to income of collective investment vehicles*. 2010. p. 7. [PDF] <http://www.oecd.org/dataoecd/59/7/45359261.pdf> [Consulta: 18 de noviembre 2010]



obligatorios para los mismos. Para el supuesto de países no miembros, la situación podría ser distinta, ya que dicho compromiso no existe. Una situación intermedia estaría constituida por los países que no son miembros de la OCDE pero participan como países observadores, de las discusiones del Modelo OCDE y sus Comentarios, y que tienen la oportunidad de incorporar sus reservas y posiciones respecto de los artículos del Modelo OCDE y sus Comentarios<sup>9</sup>.

Los Comentarios surgieron, no sólo como una suerte de guía (surgida del consenso) sobre cómo interpretar el Modelo, sino también porque los países miembros no querían lineamientos en el Modelo mismo<sup>10</sup>. Los Comentarios resultaron el lugar en donde los países miembros podían formular sus limitaciones y reservas, ya sea a un artículo del Modelo OCDE o a la forma en que el mismo debía ser interpretado<sup>11</sup>.

Desde la publicación del primer Modelo OCDE y sus Comentarios, el Comité de Asuntos Fiscales ("CAF")<sup>12</sup> realizó cambios a los mismos en reiteradas oportunidades. En 1977 se publicó una versión revisada del Modelo OCDE y sus Comentarios<sup>13</sup>, sobre la base de la experiencia práctica<sup>14</sup>. Durante los años siguientes se produjeron varios reportes sobre cuestiones en particular que dieron origen a la nueva versión revisada del Modelo OCDE y sus Comentarios, publicada en 1992<sup>15</sup>. A partir de 1991, el Modelo OCDE y sus Comentarios fueron publicados en un formato de hojas móviles. La idea era que las modificaciones fueran más dinámicas, acorde a los nuevos tiempos<sup>16</sup>. Si consideramos que nuevas modificaciones fueron publicadas en 1992, 1994, 1995, 1997, 2000, 2003, 2005, 2008 y 2010, podríamos decir que el objetivo fue cumplido.

El Modelo OCDE no sufrió grandes modificaciones, pero los Comentarios sí lo hicieron. Asimismo, aumentaron el número de reservas<sup>17</sup> y se implementó la figura de las observaciones<sup>18</sup>. Estas no manifiestan desacuerdo sino un lineamiento de cómo

<sup>9</sup> VERSTRAETEN, Axel. *Los comentarios al modelo de convenio para evitar la doble imposición de la OCDE como medio de interpretación*, En: GARCÍA, Fernando (Ed.), *Convenios para evitar la doble imposición internacional: Aspectos controvertidos*, La Ley. 2010. p. 59.

<sup>10</sup> VOGEL, Klaus. *On Double Taxation Conventions*. Munich: Kluwer Law Internacional. 1996. p. 18.

<sup>11</sup> VOGEL, Klaus. *Ibid.*

<sup>12</sup> Hasta 1971 se llamaba Comité Fiscal, cuando cambió su nombre a Comité de Asuntos Fiscales.

<sup>13</sup> Aprobada por recomendación del Consejo de la OCDE de fecha 11 de abril de 1977.

<sup>14</sup> VOGEL, Klaus. *Loc.cit*

<sup>15</sup> Aprobada por recomendación del Consejo de la OCDE de fecha 23 de julio de 1992.

<sup>16</sup> VOGEL, Klaus. *The influence of the OECD Commentaries on treaty Interpretation*, *IBFD Bulletin: Tax Treaty Monitor*. Septiembre, 2000. p. 612.

<sup>17</sup> En 1963 los 20 países miembros en aquel momento, introdujeron 36 reservas. Hasta la versión publicada en 2008, los actuales 30 países miembros han incluido casi de 290 reservas.

<sup>18</sup> En 1977, cuando se introdujo la figura de la observación se introdujeron 35 observaciones, desde entonces, los países miembros han formulado 80 observaciones en los Comentarios. En la versión de 1963 no existían las observaciones pero sí una figura llamada posición especial (*special position*). Sólo se formularon 10 en la primera versión.

aplicará el país miembro el artículo en cuestión<sup>19</sup>.

A partir del año 1996, el CAF ha organizado reuniones anuales entre representantes de los países miembros y de algunos países no miembros<sup>20</sup> para que mantengan conversaciones sobre negociación, aplicación e interpretación de CDI. De esta manera, desde entonces se ha incluido una sección al Modelo OCDE y sus Comentarios, en la que figura la posición de los países no miembros con relación a los artículos del Modelo OCDE y sus Comentarios<sup>21</sup>. El objetivo final es buscar un compromiso global, más allá de los miembros de la OCDE. Este es, utilizar el Modelo OCDE como base para las negociaciones y los Comentarios como parámetro de interpretación.

Sin perjuicio de lo expuesto, la búsqueda de consenso, a través del Modelo OCDE y sus Comentarios, resulta una solución para lo que siempre fue y será el auténtico objetivo de la OCDE, un CDI multilateral<sup>22</sup>. Desde la época en que las cuestiones relacionadas con los CDI se encontraban lideradas por la Liga de Naciones siguiendo por OCDE, la preparación de un CDI multilateral ha sido un objetivo primordial. Así lo intentó la OCDE al preparar el Modelo OCDE en sus versiones de 1963 y 1977, pero desestimó la posibilidad<sup>23</sup>. La dificultad de encontrar un consenso en cuanto a los términos de un CDI multilateral<sup>24</sup> tiene como consecuencia un modelo de CDI bilateral (que la OCDE entiende como una solución apropiada)<sup>25</sup> como el Modelo OCDE y un compromiso de parte de los países miembros en cuanto a cómo interpretar dicho Modelo OCDE. Este compromiso se encuentra plasmado en los Comentarios.

Este año, la OCDE decidió actualizar nuevamente el Modelo. El 21 de mayo pasado, la OCDE publicó los cambios proyectados como un borrador para su discusión. Países miembros y no miembros de la OCDE, entidades y organizaciones nacionales e

<sup>19</sup> VOGEL, Klaus. *On Double Tax Conventions*, Kluwer Law Internacional. 1996. p. 18.

<sup>20</sup> Los países que han participado desde entonces son: Albania, Argentina, Armenia, Brasil, Bulgaria, República Popular de China, Estonia, India, Indonesia, Rumania, Filipinas, Tailandia, Túnez, Malasia, Ucrania, Rusia, Serbia, Vietnam, Marruecos, Sudáfrica, Gabón, Lituania, Latvia, Kazajstán, República Democrática del Congo, Bielorrusia, Croacia, Arabia Saudita, Hong Kong (China) y Costa de Marfil.

<sup>21</sup> Desde entonces, los países no miembros invitados a sentar su posición han formulado cerca de 750 reservas a los artículos del Modelo y cerca de 30 a los Comentarios. La desproporción se debe a que sería reiterativo duplicar una reserva al Modelo y a los Comentarios.

<sup>22</sup> ERASMUS-KOEN, Monica y DOUMA, Sjoerd. Legal status of the OECD Commentaries: In Search of the Holy Grail of International Tax Law, *Bulletin for International Taxation*. Agosto, 2007. p. 340.

<sup>23</sup> OECD. *Model Tax Convention on Income and on Capital, Condensed Version*. Séptima Edición. 2008. *Introduction, Commentaries on the Articles*. párrafo 37, página 16.

<sup>24</sup> Por ejemplo, el CDI multilateral vigente entre los países nórdicos, no es otra cosa que un CDI con incontables reservas por parte de los estados signatarios. Considerando que sólo 5 países lo componen, imaginen lo que sería un CDI multilateral entre 192 países, los miembros de la ONU.

<sup>25</sup> OECD. *Model Tax Convention on Income and on Capital, Condensed Version* (Julio 17, 2008), *Introduction, Commentaries on the Article*, párrafo 40, p. 16.

internacionales discutieron y aportaron sus comentarios al borrador.

La OCDE, por intermedio de su CAF, consideró las sugerencias y recomendaciones y finalmente el 22 de Junio aprobó la nueva versión del Modelo OCDE y sus Comentarios. Además de la participación de los 33 países miembros, las discusiones contaron con la colaboración de 31 países no miembros en carácter de observadores, que pudieron opinar y formular reservas a las modificaciones propuestas. El 22 de Julio de 2010, el Consejo de la OCDE aprobó la nueva versión del Modelo OCDE y sus Comentarios que fue publicado en agosto pasado<sup>26</sup>.

## II. LAS MODIFICACIONES

La nueva versión del Modelo OCDE contempla un solo cambio en el texto de los artículos del Modelo de CDI. El artículo 7, referido a las utilidades empresariales, fue sustituido. No obstante, los Comentarios con relación a la casi totalidad de los artículos del Modelo OCDE sufrieron alguna modificación. Este trabajo se abocará exclusivamente a los cambios, a nuestro criterio, sustanciales.

El Modelo y sus Comentarios, en su nueva versión, es el resultado de distintas investigaciones realizadas a lo largo de varios años, pero cuyos resultados fueron solo conocidos en tiempos recientes. Estos son: (a) el reporte sobre atribución de ganancias a los establecimientos permanentes<sup>27</sup>, (b) el reporte sobre atribución de beneficios de tratados a los fondos comunes de inversión<sup>28</sup>, (c) el borrador sobre aplicación de tratados a fondos de soberanos de inversión<sup>29</sup>, (d) el borrador sobre la aplicación de tratados a las telecomunicaciones<sup>30</sup>, (e) el reporte de cambios propuestos a los comentarios al párrafo segundo del artículo 15<sup>31</sup>, y (f) el reporte de avance en materia de intercambio de información<sup>32</sup>.

<sup>26</sup> La nueva versión del Modelo y sus Comentarios fue publicada en la página web de la OCDE (disponible en: [www.oecd.org](http://www.oecd.org)).

<sup>27</sup> OCDE. *2010 Report on the Attribution of Profits to Permanent Establishments* (22 de julio de 2010) que es una versión revisada del mismo informe que fuera publicado en el 2008.

<sup>28</sup> OCDE. *Report on Granting of Treaty Benefits with respect to the Income of Collective Investment Vehicles* (23 de abril de 2010).

<sup>29</sup> OCDE. *Discussion draft on the application of tax treaties to state-owned entities, including sovereign wealth funds* (25 de noviembre de 2009).

<sup>30</sup> OCDE. *Discussion draft on tax treaty issues related to common telecommunications transactions* (25 de noviembre de 2009).

<sup>31</sup> OCDE. *Revised draft changes to the commentary on paragraph 2 of article 15* (12 de marzo de 2007).

<sup>32</sup> OCDE. *The global forum on transparency and exchange of information for tax purposes – A background information brief* (19 de octubre de 2010).

### 2.1. Utilidades empresariales<sup>33</sup>

Como ya fuera mencionado, el artículo 7, referido a las utilidades empresariales, fue sustituido. La nueva versión, no sólo simplifica su redacción, reduciendo los apartados de siete a cuatro, sino que también su aplicación práctica. Las modificaciones realizadas al artículo y sus comentarios reflejan las conclusiones del Informe sobre atribución de ganancias a los establecimientos permanentes preparado por la OCDE<sup>34</sup>.

El apartado 1 mantiene el espíritu histórico del Modelo OCDE, respetando el principio que rige al derecho internacional tributario desde el informe sobre doble imposición publicado por la Liga de Naciones en 1923. La renta activa de las empresas se encuentra gravada exclusivamente por el estado de residencia de quien obtiene la renta, salvo que tenga un establecimiento permanente en el estado de fuente. Qué es considerado un establecimiento permanente no es discutido en el artículo 7 del Modelo OCDE, sino en el artículo 5.

El nuevo artículo 7 viene a zanjar una discusión de varios años sobre cuál es el método que debía aplicarse al momento de atribuir las ganancias a un establecimiento permanente. Históricamente se discutía debía aplicarse el principio de fuerza atracción o de conexión efectiva.

A los fines de explicar brevemente el alcance de cada principio, formulamos el siguiente ejemplo, una empresa del país A obtiene del país B, donde tiene un establecimiento permanente, varios tipos de rentas (utilidades empresariales por venta de maquinaria, intereses de un préstamo, dividendos de una subsidiaria y regalías por una licencia). El establecimiento permanente es una oficina de representación con autoridad para concluir ventas de maquinaria en representación de la empresa del país A. El establecimiento permanente no tiene ninguna relación con los demás tipos de renta.

Bajo el principio de fuerza de atracción el país B intentará gravar toda la renta que obtiene la empresa del país A. También existe un principio de fuerza de atracción total que implicaría atribuir al establecimiento permanente las ganancias obtenidas por la casa matriz en terceros países<sup>35</sup>. La aplicación del principio de fuerza de atracción ha sido rechazada por el derecho tributario internacional<sup>36</sup>. Sí subsiste un principio de

<sup>33</sup> En inglés, "Business profits"

<sup>34</sup> OCDE. 2010 *Report on the Attribution of Profits to Permanent Establishments*, (22 de julio de 2010).

<sup>35</sup> GOTLIB, Gabriel y VAQUERO, Fernando. Aspectos Internacionales de la Tributación. Buenos Aires: La Ley, 2004. p. 92.

<sup>36</sup> OCDE. *The 2010 Update to the Model Convention Report* (22 de julio de 2010). Comentario al artículo 7, párrafo 12, p. 22.

fuerza de atracción limitado en muchos CDI vigentes que apuntan a atribuir al establecimiento permanente las ganancias que obtiene la casa matriz por actividades similares en las que el establecimiento permanente no participa. Siguiendo con el ejemplo, si la empresa del país A obtiene, además, utilidades empresariales por venta de repuestos para maquinaria, dichas rentas podrían ser atribuidas al establecimiento permanente, aún cuando éste no participe en dicha actividad, si el país A y B tuvieran un CDI con una cláusula que prevea el principio de fuerza de atracción limitado. Esta cláusula suele tener un propósito de cláusula anti-abuso. Sin perjuicio de lo expuesto, la OCDE parece recomendar la no utilización del principio de fuerza de atracción, sea en su versión limitada o no.

Bajo el principio de conexión efectiva, el país B sólo gravará la renta atribuible al establecimiento permanente, es decir, las utilidades empresariales por venta de maquinaria. Por ende, la OCDE ratifica y confirma su recomendación de que los estados utilicen este método para atribuir las ganancias a los establecimientos permanentes.

La nueva redacción del artículo 7 elimina cualquier referencia a la deducción de gastos a los efectos de determinar la ganancia del establecimiento permanente, cuestión que se menciona expresamente<sup>37</sup>.

Antes, el artículo 7 incluía un apartado 3 en el que se estipulaba que debía ser permitida la deducción de gastos incurridos a los fines del establecimiento permanente, incluyéndose los gastos de dirección y generales de administración, a los fines de la determinación de la ganancia del establecimiento permanente.

Este apartado era considerado por la OCDE como limitativo. Por ello, se eliminó cualquier referencia. La idea es que los establecimientos permanentes gocen de todas las deducciones como si fueran un sujeto local. En este sentido, los comentarios al artículo 7 remiten al artículo 24, apartado 3, que regula el principio de no discriminación, por el cual se establece que un establecimiento permanente de una empresa extranjera podrá deducirse los mismos gastos que una empresa del país donde esta situado. Esto quiere decir que un gasto deducido por un establecimiento permanente no puede recibir un trato más perjudicial que el mismo gasto deducido por una empresa local.

En este sentido, se aclara que cualquier gasto que el establecimiento permanente pague a un sujeto relacionado, deberá ser *arm's length*, es decir, debería ser el mismo precio que acordarían sujetos no relacionados e independientes.

El nuevo artículo 7 también incluye en su apartado 3 un mecanismo para evitar la doble imposición. Recurriremos a un ejemplo para explicar la aplicación del apartado.

Una empresa ubicada en el país A, le entrega a su establecimiento permanente, ubicado en el país B, cierta mercadería para su venta. Esta transacción deberá tener un

<sup>37</sup> OCDE. *The 2010 Update to the Model Convention Report* (22 de julio de 2010). Comentario al artículo 7, párrafo 30, p. 27.

precio *arm's length*. Puede ocurrir que el país A y B no estén de acuerdo sobre cuál es el precio. En efecto, el precio que uno y otro país determinen podría constituir un supuesto de doble imposición. Por ejemplo, el país A entiende que el precio correcto es 110, pero el país B cree que es 90. Debemos tener en cuenta que para la empresa ubicada en el país A el precio de la transacción determinara la ganancia que deba declarar, pero para el establecimiento permanente el precio fijara el valor del costo que tendrá sobre dicha mercadería. En este ejemplo, existiría un supuesto de doble imposición, que no podría ser resuelto por los métodos tradicionales incluidos en el artículo 23 del Modelo.

Por ello, el apartado 3 establece, como lo hace en el artículo 9 referido a empresas asociadas, que los países deben ponerse de acuerdo y realizar los ajustes que sean necesarios.

Por último, el apartado 4 es idéntico al anterior apartado 7 del viejo artículo 7 del Modelo.

## 2.2. Fondos comunes de inversión

Los comentarios al artículo 1 del Modelo OCDE se han convertido con el tiempo en el espacio utilizado para determinar el alcance de la aplicación del Modelo. Originalmente, como ya fuera mencionado, el Modelo OCDE tenía como objetivos principales evitar la doble imposición y evitar la evasión fiscal internacional. Este último ha cobrado especial relevancia con el correr de los años, a tal punto que muchos de los objetivos secundarios del Modelo OCDE tienen una relación directa con él. El intercambio de información, la asistencia en la recaudación, los métodos anti-abuso, apuntan a atenuar las posibilidades de que los CDI sean utilizados por los contribuyentes para generar situaciones de doble no imposición. También apuntan a que los Estados no utilicen su red de CDI para atraer capitales y personas (mayormente personas jurídicas) con el fin de generar situaciones de doble no imposición.

Los cambios introducidos a los comentarios al artículo 1 del Modelo OCDE, en su versión 2010, representan un paso más en este sentido. Estos cambios son el resultado del informe titulado sobre el reporte sobre atribución de beneficios de tratados a los fondos comunes de inversión ("CIV" por sus siglas en inglés)<sup>38</sup>.

El informe plantea que para que un CIV goce de los beneficios de un CDI debe ser una persona, residente de uno de los estados y, con respecto a rentas como dividendos (artículo 10), intereses (artículo 11) y regalías (artículo 12), el beneficiario

<sup>38</sup> OCDE, *Report on Granting of Treaty Benefits with respect to the Income of Collective Investment Vehicles* (23 de abril de 2010).

efectivo de dichas rentas.

En relación a este punto, cabe destacar que, de alguna forma, la OCDE zanja alguna discusión que existía en la doctrina sobre si el requisito de que quien recibe la renta sea el beneficiario efectivo de la misma, se aplica solo a los artículos en cuestión (10, 11 y 12) o a todas las rentas incluidas en un CDI.

Asimismo, el informe explica que el problema esencial relacionado con la calificación de CIV como una "persona", a los fines de la aplicación de un CDI, derivan del hecho que de acuerdo con la forma en que un CIV se estructure. Es decir, dependiendo de cada país un CIV puede sea una sociedad, un fideicomiso o un contrato.

Respecto de su calificación como residente de uno de los estados, el informe describe que dependerá, no de su status legal, sino de su consideración impositiva. Y esto se relaciona con si el CIV será considerado transparente o no, sujetos a impuesto a o no.

El último requisito representa quizás el escollo más difícil de superar, si uno busca que un CIV goce de los beneficios de un CDI. Esto se debe a que por su naturaleza, en principio, un CIV no es el beneficiario efectivo de la renta. Por ende, si un CIV solo obtiene rentas que exigen este requisito (dividendos, intereses y regalías), como normalmente ocurre, probablemente habría que analizar quienes son los sujetos detrás del CIV.

### 2.3. Fondos soberanos de inversión

Los Comentarios al artículo 4, que describen las reglas sobre residencia, incorporan las conclusiones del informe sobre aplicación de los tratados a los fondos soberanos de inversión<sup>39</sup>.

En este sentido, se aclara que si la aplicación de los beneficios de un tratado a los fondos soberanos de inversión dependerá de cada caso en particular. En el informe se explica que si un fondo soberano de inversión es una parte integral de un estado, resultaría razonable sostener que se encontrarían comprendidos en la expresión "incluyendo también a ese Estado y a sus subdivisiones políticas o entidades locales" que forma parte del apartado 1 del artículo 4 del Modelo OCDE.

Ahora bien, si este no fuera el caso, entonces cobraría relevancia la regla de que el sujeto pueda ser considerado una "persona" y que debe estar "sujeto a imposición" en uno de los Estados por las rentas que obtenga (*liable to tax*).

<sup>39</sup> OCDE, *Discussion draft on the application of tax treaties to state-owned entities, including sovereign wealth funds* (25 de noviembre de 2009).

#### 2.4. Establecimiento permanente

Los Comentarios al artículo 5 del Modelo, referido a los establecimientos permanentes, también fueron modificados. En particular, los agregados intentan clarificar algunas situaciones que presentaban dudas.

Uno de los casos es el referido a los satélites en órbita. Los nuevos Comentarios explican que ningún país podría pretender que los satélites en órbita se encuentran sujetos a su tributación, ya que de acuerdo a los principios del derecho internacional el espacio no forma parte de su territorio y, por lo tanto, ningún país podría reclamar soberanía.

Otro supuesto es el de los acuerdos de *roaming* entre compañías de telecomunicaciones. Este sería el caso de un operador de una compañía celular del país A que contrata con un operador de una compañía celular del país B, para que le preste sus servicios de telecomunicaciones a los clientes de la compañía del país A, cuando se encuentren en el país B. En este caso, los Comentarios aclaran que no se trataría de un supuesto de establecimiento permanente, ya que se trataría de una prestación de servicios.

Por último, los Comentarios se refieren al supuesto de un cable o gaseoducto u oleoducto. La pregunta es si dicha instalación puede constituir un establecimiento permanente para el dueño extranjero de la mercadería transportada (información, gas o petróleo). La OCDE entiende que no sería un caso de establecimiento permanente, ya que el dueño extranjero de la mercadería estaría simplemente contratando los servicios de transporte y no realizando actividad en el otro país.

#### 2.5. Rentas del trabajo dependiente

La nueva versión del Modelo OCDE incorpora modificaciones a los Comentarios al artículo 15 referido a rentas del trabajo dependiente.

Este artículo estipula en su apartado 1 que los sueldos salarios y otras remuneraciones similares obtenidas por un residente de un estado serán sólo gravables en dicho estado, a no ser que el trabajo dependiente se desarrolle en el otro estado, en cuyo caso, las rentas podrán ser sometidas a imposición en este último estado.

Por su parte, el apartado 2 explica que sin perjuicio de lo expuesto en el apartado 1, las rentas obtenidas por un residente de un estado, en virtud de un trabajo dependiente realizado en otro estado, solo podrán someterse a imposición en el primer



estado (es decir, en el estado de residencia del trabajador), en la medida que: (i) el trabajador permanezca en el otro estado (el de fuente) por menos de 183 días en cualquier periodo de doce meses, (ii) que las remuneraciones sean pagadas por, o en nombre de, un empleador que no sea residente del otro estado (el de fuente), y, (iii) las remuneraciones no sean soportadas por un establecimiento permanente que el empleador tenga en el otro estado (el de fuente).

Conforme se discute en el informe sobre cambios propuestos al artículo 15,<sup>40</sup> existen muchas situaciones en las que el estado de fuente no quiere otorgar el beneficio del apartado 2 del artículo 15 porque existen argumentos para sostener que el empleado tiene una relación de empleo con la empresa para la que presta servicios en el estado de fuente.

A los fines de entender acabadamente el caso, lo explicaremos con un ejemplo. Juan es residente del país A y empleado de una empresa ubicada en el país A. Su empleador, acuerda prestar servicios a una empresa en el país B. Para cumplir con el objeto del contrato, envía a Juan al país B a prestar los servicios. Juan permanece por menos de 183 días en el país B, en cualquier periodo de doce meses. Si no se cumplen los requisitos mencionados en (ii) y (iii) arriba mencionados, la remuneración de Juan solo se encontrara gravada en el país A.

Esta situación pueden tener muchas variables que podrían determinar que Juan es en realidad un empleado de la empresa del país B o del país A. Este caso adquiere aun mayor complejidad si, por ejemplo, la empresa del país B es subsidiaria de la empresa del país A.

El objetivo de los nuevos Comentarios es incorporar parámetros que los países pueden seguir a los fines de determinar si, siguiendo nuestro ejemplo, Juan es realmente empleado de la empresa del país A o B.

Los conceptos sugeridos son: (i) quien tiene la autoridad para dar instrucciones al empleado acerca de la forma en que el trabajo debe ser llevado adelante, (ii) quien controla y tiene responsabilidad por el lugar en el que el trabajo es desarrollado, (iii) quien provee los materiales necesarios para desarrollador el trabajo, (iv) quien determina la cantidad y calidad de los empleados necesarios para el trabajo, (v) quien tiene el derecho de seleccionar el individuo que desarrollara el trabajo, (vi) quien tendrá derecho de terminar los contratos de trabajo, (vii) quien tiene derecho de imponer sanciones disciplinarias al empleado, y, (viii) quien determina las vacaciones y el horario de trabajo del empleado.

---

<sup>40</sup> OCDE, *Revised draft changes to the commentary on paragraph 2 of article 15* (12 de marzo de 2007).

### 2.6. Posiciones de las economías no-OCDE

Otro cambio en la nueva versión del Modelo OCDE y sus Comentarios está dado por las posiciones de las economías no-OCDE. En primer lugar, cabe mencionar que anteriormente se denominaba a este grupo como países no miembro de la OCDE (*non-OECD member countries*), pero ahora –llamativamente– se los llama economías no-OCDE (*non-OECD economies*). Esto se debe a que con esta nueva versión se incorporó la opinión de Hong Kong (China) que no es un estado soberano sino una región administrativa especial de China.

Asimismo, otro cambio sustancial es que las posiciones y reservas de Chile y Eslovenia transferidas al cuerpo de los Comentarios al Modelo OCDE. Esto se debe a que este año Chile<sup>41</sup> y Eslovenia<sup>42</sup> se convirtieron en miembros plenos de la OCDE. Israel también se convirtió en miembro pleno este año<sup>43</sup>, pero sus reservas y posiciones aun permanecen en la sección para no-miembros, considerando que su incorporación ocurrió con posterioridad a la publicación de la nueva versión del Modelo OCDE y sus Comentarios.

### III. CONCLUSIONES

La nueva versión del Modelo y sus Comentarios es la respuesta a la dinámica y cambiante economía mundial y al desarrollo tecnológico. Con las modificaciones introducidas se intenta cubrir situaciones no previstas en las anteriores versiones del Modelo y sus Comentarios. El objetivo de dichas modificaciones es, no sólo servir de guía para los CDI que se negocien y firmen en el futuro, sino también para facilitar la interpretación de los CDI que ya se encuentran en vigencia. Descartamos que la OCDE, a través de su CAF, siga revisando y publicando nuevas versiones del Modelo y sus Comentarios en el futuro.

---

<sup>41</sup> A partir del 7 de mayo de 2010.

<sup>42</sup> A partir del 21 de julio de 2010.

<sup>43</sup> A partir del 7 de septiembre de 2010.

## **Temas de Actualidad Tributaria**

## LEY DE FINANCIAMIENTO DE LA RECONSTRUCCIÓN

Con fecha 31 de julio de 2010, se publicó en el Diario Oficial, la Ley N° 20.455 ("Ley") que modifica diversos cuerpos legales para obtener recursos destinados al financiamiento de la reconstrucción del país, producto del terremoto que afectó a gran parte del territorio nacional el pasado 27 de febrero del presente año.

A continuación, se analizarán aquellas modificaciones tributarias, que a nuestro parecer, son de mayor relevancia jurídica<sup>1</sup>.

### 1. Análisis artículo 14 quáter

La Ley incorpora a contar del 1° de enero del 2011 el artículo 14 quáter como régimen adicional al artículo 14 bis y 14 ter. De esta forma, los contribuyentes que se acojan a este nuevo estatuto gozarán, de conformidad al nuevo numeral 7° del artículo 40 de la Ley de Impuesto a la Renta ("LIR"), de una exención del pago del Impuesto de Primera Categoría hasta por 1.440 UTM al año, respecto de las utilidades no retiradas, ni distribuidas, ni remesadas al exterior por contribuyentes obligados a declarar su renta efectiva según contabilidad completa. Para ello, deberán voluntariamente acogerse a este beneficio al momento de iniciar sus actividades y cumplir además con los requisitos correspondientes.

En el artículo 14 bis, actualmente la Ley sobre Impuesto a la Renta contempla un régimen tributario de exención para pequeñas y medianas empresas cuyas ventas no excedan de 5.000 UTM al año<sup>2</sup> (\$187 millones aproximadamente). Sin embargo, el nuevo régimen que establece la Ley, se aplica a empresas con ventas anuales que no sobrepasen los \$1.048 millones.

Para que las empresas puedan acogerse al régimen contemplado en el artículo 14 quáter, y, por ende, gozar de la exención contemplada en el nuevo numeral 7° del artículo 40 de la LIR, deberán cumplir con los siguientes requisitos:

- 1- Ventas anuales de hasta 28.000 UTM (1.048 millones aproximadamente). Para calcular este monto, los contribuyentes deberán convertir sus ingresos mensuales en UTM vigente en el mes de percepción o devengo de la renta, considerando

---

<sup>1</sup> No se comentarán en este artículo la modificación transitoria del alza del Impuesto a la Renta de Primera Categoría, ni tampoco aquellas de carácter permanente como el alza del Impuesto al Tabaco, los depósitos convenidos en AFP superiores a 900 UF, la rebaja del Impuesto de Timbre y Estampillas y el Royalty a la minería. Tampoco se expondrá la forma de recaudación de aportes en dinero de donaciones.

<sup>2</sup> Calculado en base al valor de la UTM del mes de octubre de 2010 (\$37.454).

sólo los ingresos del giro. En el evento de que el contribuyente se encuentre relacionado, en los términos establecidos por el artículo 20 N° 1 letra b) de la LIR y en el artículo 100 letras a), b) y d) de la Ley N° 18.045, *con otras empresas acogidas artículo en cuestión*, deberá agregarse a la venta de la sociedad, las ventas a que se refiere el artículo 100 de la Ley N° 18.045 (Circular del Servicio de Impuestos Internos N° 63 del 30 de Septiembre del 2010). Ésta es una importante adición no aplicable al artículo 14 bis y artículo 20 de la LIR.

- 2- Que en todo momento su capital propio no supere el equivalente a 14.000 unidades tributarias mensuales (\$524 millones aproximadamente).
- 3- No tener inversiones en otras empresas (acciones o derechos sociales), ni formar parte de contratos de asociación o cuentas en participación.

El incumplimiento de los requisitos antes indicados, implica que a partir de dicho año calendario el contribuyente no podrá acogerse a la exención personal del artículo 40 N° 7. Adicionalmente, el contribuyente no podrá volver a gozar de esta exención sino a partir del tercer año calendario siguiente.

El límite de la exención será por las utilidades de hasta 1.440 UTM, debiendo el exceso de esta cantidad tributar en primera categoría. De este modo, si una empresa obtiene rentas por 1.500 UTM, pagará impuestos de Primera Categoría sobre una base de 60 UTM, quedando el resto exento.

Por lo tanto, si bien este régimen excepcional permite que los contribuyentes generen ingresos hasta 28.000 UTM al año, solamente podrán gozar de la exención del impuesto de primera categoría hasta por 1.440 UTM anuales, lo que equivale a \$54 millones.

En todo caso, es interesante recalcar que el artículo 14 quáter no contempla una limitación a las rentas obtenida del ejercicio de las actividades del artículo 20 N° 1 y 2 de esta Ley, a diferencia del artículo 14 bis que permite solamente la obtención de 1.000 UTM anuales.

Por último, la Ley contempla el beneficio adicional consistente en la disminución de los PPM de la sociedad hasta un 0,25% de sus ingresos.

## 2. Sobretasa del Impuesto Territorial

Se aplicará una sobretasa adicional de 0,275% anual en el impuesto territorial por los bienes raíces con avalúo fiscal igual o superior a \$96 millones, durante los años 2011 y 2012, lo cual se recaudará en forma conjunta con las contribuciones de bienes raíces, pero, a diferencia de las últimas, no dará derecho a ser rebajada de los impuestos establecidos en la Ley de Impuesto a la Renta.

Sin embargo, no se cobrará dicha tasa a aquellas personas en edad de jubilar siempre y cuando, se cumplan las siguientes condiciones:

- 1- Que sean propietarios del bien raíz por a lo menos 3 años.
- 2- Que hayan obtenido ingresos en el año anterior al año en que se aplique la sobretasa pero que no superen las 50 UTA (\$1.860.000).
- 3- Que no sean propietarios de más de un inmueble que califique la sobretasa. Si lo son, únicamente la propiedad de menor valor estará exenta del pago.
- 4- Que el avalúo fiscal de la propiedad no supere al 1º de julio de 2010, \$192 millones.

En el caso de los bienes raíces no agrícolas que producto del reavalúo (1º de enero de 2010 al primer semestre de este año) hayan tenido un aumento en sus contribuciones superior a un 25% respecto del semestre anterior, se regirán por el procedimiento establecido en el inciso cuarto del artículo 3º de la Ley N° 17.235, y se aplicará hasta el primer semestre del año 2012 un incremento semestral de hasta un 10% en la contribución.

Por último, cabe señalar que a partir del 1 de enero del año 2013, volverá a aplicarse el mecanismo de determinación del impuesto a que se refiere el inciso final del artículo 3º la Ley N° 17.235, sobre los bienes raíces ya referidos.

### *3.- Modificaciones al Decreto con Fuerza de Ley N° 2*

La ley de financiamiento de la reconstrucción contempla una serie de importantes modificaciones al Decreto con Fuerza de Ley ("DFL") N° 2 del año 1959, del Ministerio de Hacienda.

Dentro de los cambios más significativos que introduce esta ley, se encuentra el que a contar del 1 de noviembre de 2010 (fecha de entrada en vigencia de las modificaciones de acuerdo al artículo 5 transitorio de la ley) las personas jurídicas que adquieran "viviendas económicas" no podrán gozar de los franquicias que otorga el DFL N° 2. Asimismo, la Ley también contempla limitaciones para las personas naturales, quienes solamente podrán acogerse a este régimen especial respecto de un máximo de dos propiedades, tributando de acuerdo a las normas generales por las restantes. Para el cómputo de dicho límite, las cuotas que posean sobre un bien raíz sujeto a dicho régimen se reputarán como una unidad completa.

Adicionalmente, dada la naturaleza jurídica del DFL N° 2, se estableció expresamente que los inmuebles adquiridos por sucesión por causa de muerte no serán considerados para el cómputo del límite máximo de dos inmuebles al que deben

atenerse las personas naturales.

En cuanto a los efectos de éstas reformas, el legislador tuvo especial cuidado en limitarlos hacia el futuro, otorgando además un plazo de vacancia legal de tres meses. De esta forma, todas las personas que adquieran una vivienda económica hasta el día 31 de octubre de 2010 (fecha en que entran a regir las modificaciones al DFL N° 2) mantienen todos los beneficios del régimen anterior. Por su parte, quienes los adquieran a contar del 1 de noviembre accederán a los beneficios con los límites de las nuevas disposiciones.

Excepcionalmente, estas modificaciones no se aplicarán a las adquisiciones de "viviendas económicas" que se efectúen en virtud de un acto o contrato, cuya celebración se hubiere válidamente prometido con anterioridad a la fecha de entrada en vigencia de la presente ley, en un contrato celebrado por escritura pública o por instrumento privado protocolizado. Lo mismo se aplica para los casos a los contratos de arrendamiento con opción de compra.

Al respecto, cabe señalar que han existido diversas interpretaciones sobre este punto. En primer lugar, se debe precisar que la fecha de entrada en vigencia de la Ley N° 20.455 es de 31 de julio de 2010, pero las disposiciones que modifican el DFL N° 2 comenzarán a regir luego de tres meses contados desde su publicación, es decir 1 de noviembre de 2010 (artículo 5 transitorio). Ante esto cabe preguntarnos ¿A qué se refiere el legislador con "entrada en vigencia de la presente ley"?

El SII mediante la Circular N° 57 del 22 de septiembre de 2010, señala que la fecha la que hace alusión el legislador es la correspondiente a la de entrada en vigencia de la Ley N° 20.455 propiamente tal, por lo que cabe distinguir tres situaciones en las que se puede encontrar un promitente comprador o arrendatario con opción de compra:

- 1- Que el contrato de promesa o de arrendamiento (con opción de compra) se haya celebrado con anterioridad a la publicación de la Ley N° 20.455. En este caso la Ley les permite acceder a todos los beneficios del DFL N° 2 anterior a las modificaciones, cualquiera sea la fecha en que se cumpla la promesa o se ejerza la acción.
- 2- Que los referidos contratos se hayan celebrado en el tiempo intermedio, es decir, entre los días 30 de julio de 2010 (fecha de publicación Ley) y 1 de noviembre de 2010 (fecha de entrada en vigencia de las modificaciones al DFL N° 2). En dicho caso, el SII plantea que para poder mantener los beneficios del DFL N° 2 anterior a las modificaciones, es necesario que el contrato prometido o la opción se ejerza antes de que entren en vigencia estas últimas, es decir que se haya celebrado el contrato e inscrito la propiedad antes del 1 de noviembre de 2010.

- 3- En caso de que se exceda de dicha fecha los contribuyentes sólo podrán acceder a los beneficios del DFL N° 2 con los límites de las nuevas disposiciones.

Por otro lado, existe una opinión contraria que señala que la interpretación del Servicio entra en abierta contradicción con el texto expreso de la ley. Sostienen que ésta contempló de forma expresa que a aquellos contribuyentes que celebrarán una promesa con anterioridad a la entrada en vigencia de la ley no se les aplicarían las nuevas restricciones. De esta forma, no cabe sino concluir que el legislador hace referencia a la entrada en vigencia de las modificaciones al DFL N° 2 y no a la de publicación de la Ley N° 20.455.

A mayor abundamiento, si el actuar del Servicio no se enmarca dentro de sus facultades interpretativas, dicho actuar podría agregar más requisitos que los expresamente establecidos por el legislador, excediendo sus atribuciones. De esta forma, el SII añade requisitos que no fueron exigidos por el legislador, como lo son que el contribuyente tenga que celebrar el contrato prometido y realizar la correspondiente inscripción de dominio con anterioridad a la entrada en vigencia de las modificaciones al DFL N° 2 (1° de noviembre de 2010), lo cual contraría el principio constitucional de legalidad de los tributos.

Por último, cabe señalar, que si bien el Código Tributario contempla normas especiales sobre la entrada en vigencia de las leyes tributarias, éstas no son aplicables al caso en comento, toda vez que la misma Ley N° 20.445 regula esta materia en sus artículos transitorios.



## **CAMBIO DE CRITERIO EN CUANTO AL ALCANCE DE LA EXPRESIÓN "EN LA QUE TENGAN INTERESES" DEL ARTÍCULO 17 N°8 Y 41 DE LA LEY SOBRE IMPUESTO A LA RENTA EN LA CIRCULAR N°20 DEL 08 DE MARZO DEL 2010**

En nuestro sistema impositivo para poder determinar la carga tributaria a la que se sujeta una operación, es menester, entre otras consideraciones, el establecer la existencia de relaciones de orden patrimonial entre el enajenante y el adquirente.

Así, la carga tributaria del mayor valor obtenido producto de alguna de las operaciones descritas en las letras a), b), c), d), h), i), j) y k) del N° 8 del artículo 17 de la Ley sobre Impuesto a la Renta ("LIR"), podrá variar significativamente dependiendo de la existencia de relación o interés entre las partes.

Por su parte el inciso cuarto del artículo 41 establece que, en la enajenación de derechos sociales, la concurrencia de interés entre las partes implica en ciertos casos la imposibilidad para el enajenante de utilizar como costo tributario, las utilidades acumuladas en el Fondo de Utilidades Tributables ("FUT") de la sociedad enajenada, por lo que se genera un aumento en el mayor valor obtenido.

Ahora bien, es claro que la enajenación de un bien, corporal o incorporal, por parte de un socio a una sociedad ya constituida de la cual participa se considera una enajenación a persona relacionada, pero hasta esta circular no era del todo claro que el aporte efectuado por un socio a una sociedad en constitución pudiese considerarse efectuado a persona relacionada.

Al respecto, el Servicio de Impuestos Internos ha emitido diversos pronunciamientos relativos al alcance que debe dársele a la norma contenida en los artículos 17 N° 8 y 41 inciso cuarto de la LIR, y en cuanto a qué debe comprenderse en la expresión "en la que tengan intereses" que dichos preceptos utilizan. Específicamente, el Servicio de Impuestos Internos ("SII") se ha pronunciado en cuanto a si debe o no entenderse que existe el interés a que se refieren dichas normas, entre la persona que concurre con su aporte a la constitución de una sociedad, y dicha sociedad en constitución o formación. El Servicio había sostenido de forma reiterada que la persona que concurre a la constitución de una sociedad mediante el correspondiente aporte, no tiene interés en ésta por ese sólo acto (Oficios N° 3124 del 3 de agosto de 1992, N° 3217 de 11 de agosto de 1992, N° 478 del 28 de enero de 1994).

Sin embargo, después de efectuar un nuevo estudio sobre la materia, el Servicio mediante la Circular N° 20 del 2010 decidió modificar el criterio antes indicado, teniendo en consideración que el interés a que se refieren los artículos 17 N° 8 y 41 inciso cuarto,

de la LIR, debe existir en el momento en que se efectúa la enajenación de los bienes que dichas normas regulan; lo cual permite concluir que tal interés también se produce entre el aportante y la sociedad en formación o constitución.

En efecto, a juicio del SII, el momento al cual debe atenderse para determinar si existe o no interés, es el momento en que se efectúa la enajenación de los bienes a que se refieren las normas legales en comento, enajenación que tiene lugar una vez que la sociedad ha nacido a la vida del derecho y por lo tanto, es sujeto de derechos y obligaciones (pues de lo contrario no podría adquirir dominio); sin perjuicio que el aporte, que sirve de título traslativo de dominio, se efectúe en el acto de constitución de la sociedad. Por lo tanto, para los efectos de aplicar lo dispuesto en los artículos 17 N° 8 y 41 inciso cuarto de la LIR, debe entenderse que la persona que concurre a la formación o constitución de una sociedad a través del respectivo aporte, tiene interés en la sociedad que se constituye, y a la que, acto seguido, enajena el bien aportado.

En relación con la obligatoriedad de esta Circular, de acuerdo a lo estipulado en el artículo 26 del Código tributario en relación con el artículo 15 del mismo cuerpo normativo, cabe señalar, que los contribuyentes que con anterioridad a la fecha de publicación en el Diario Oficial se hayan acogido de buena fe a la anterior interpretación de las leyes tributaria en comento (realizada por el SII), no les será aplicable este nuevo criterio como fundamento de una eventual fiscalización por parte del servicio.

En todo caso, se presume de derecho que los contribuyentes han conocido de esta modificación desde la publicación de la Circular, por lo que la excepción de buena fe no será aplicable a las operaciones realizadas con posterioridad a dicha fecha.