

ANUARIO DE DERECHO TRIBUTARIO

UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES

I. Artículos de Doctrina

II. Notas de Actualidad

III. Jurisprudencia Judicial y Administrativa

Anuario de Derecho Tributario

Nº 8, Noviembre 2016

Anuario de Derecho Tributario

N° 8, Noviembre 2016

DIRECTOR

Cristián Meneses Valenzuela

COMITÉ EDITORIAL

Paula Parra Hein
Arturo Selman Nahum
Carlos Medina Gómez
Camilo Bejar Landabur

COMITÉ CIENTÍFICO

Sergio Illanes Laso
Liselott Kana
Rodrigo Ugalde Prieto
Sergio Alburquenque Lillo
Arturo Garnham Bravo
Vicente Furnaro Lobos
Hugo Hurtado Araneda
Ximena Niño Roa
Cristián Molina Cabezas

ASISTENTES EDITORIALES

Mónica Aguilar Valderrama
Javier Melo La Rivera
Javiera Bobadilla Orellana
Francisco Ossandón Cerda
María Ángela Ruz Ocaranza
Juan Pablo Obaid Lennon
María Paz Plaza Vallejos
Magdalena Domínguez Bruzzone
Ignacio Pinochet Raviola
Camila Riquelme Iriarte

ANUARIO DE DERECHO TRIBUTARIO
N° 8, NOVIEMBRE 2016

Derechos Reservados

Diseño e impresión
versión | producciones gráficas Ltda.

Índice

9 **Nota del Director**

11 **Siglas y Abreviaturas**

I. Artículos de Doctrina

17 Exceso de endeudamiento y la norma de no-discriminación de los convenios de doble tributación de la organización para la cooperación y el desarrollo económicos. *Por María Jesús Ibáñez*

57 Effects of the attributed income system on the foreign tax credit granted to United States investors. *Por Luis Ignacio Vergara*

II. Notas de Actualidad

99 Nuevo pronunciamiento de la superintendencia de valores y seguros y su implicancia en el tratamiento tributario de los fondos de inversión y sus respectivos aportantes

103 Sentencia de tribunal tributario y aduanero de los lagos sobre precios de transferencia

107 Borrador de circular sobre ley n° 20.712 sobre la administración de fondos de tercero y carteras individuales

III. Jurisprudencia Judicial y Administrativa

113 Jurisprudencia Judicial

133 Jurisprudencia Administrativa

183 **Normas de P ublicaci n**

Nota del Director

El **ANUARIO DE DERECHO TRIBUTARIO** en su octava edición pretende dar a conocer a la comunidad jurídica nacional e internacional temas relevantes relacionados a la aplicación de tributos tanto en Chile como en el extranjero. Esta publicación depende académicamente del Magíster en Derecho Tributario de la Universidad Diego Portales.

Entendemos que, en el ámbito local, debido a la implementación de nuevas políticas tributarias a través de las Leyes No. 20.780, de Reforma Tributaria y No. 20.899, de “Simplificación”, los temas sobre los cuales nuestra publicación versa han adquirido una especial notoriedad pública. En el marco internacional, las medidas implementadas en torno a BEPS se han tomado la agenda tributaria internacional.

El presente número cuenta con tres secciones. La primera de ellas contempla artículos de doctrina de académicos y destacados profesionales del área, previamente aprobados por nuestro Comité Científico. En esta edición se presentan los siguientes artículos: (i) Exceso de endeudamiento y la norma de no-discriminación de los convenios de doble tributación de la organización para la cooperación y el desarrollo económicos; y, (ii) Effects of the attributed income system on the foreign tax credit granted to United States investors.

La segunda sección trata temas de actualidad tributaria y busca plantear problemáticas que generen un mayor interés en la investigación de esta rama del derecho.

Por último, la tercera sección del presente volumen, contiene un análisis jurisprudencial, incluyendo oficios del Servicio de Impuestos

Internos emitidos durante el 2015 y 2016 a la luz de la Reforma Tributaria, sentencias de la Corte Suprema, Corte de Apelaciones y Tribunales Tributarios Aduaneros.

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

CRISTIÁN MENESES VALENZUELA
Director

Siglas y Abreviaturas

Art. Artículo.

Arts. Artículo

BC. Banco Central de Chile

CC. Código Civil Chileno.

C. de Com. Código de Comercio.

CDTI. Convenio para evitar la Doble Tributación Internacional.

CP. Código Penal

CPC. Código de Procedimiento Civil.

CS. Corte Suprema.

CT. Código Tributario de Chile.

Director Nacional. Director Nacional del Servicio de Impuestos Internos.

Director Regional. Director Regional del Servicio de Impuestos Internos.

DFL. Decreto con Fuerza de Ley.

DL. Decreto Ley.

EE.UU. / USA. Estados Unidos de América.

E.I.R.L. Empresa Individual de Responsabilidad Limitada.

Excma. Excelentísima.

FUNT. Fondo de Utilidades No Tributables

FUT. Fondo de Utilidades Tributables.

GC. Impuesto Global Complementario.

GR. Procedimiento General de Reclamación

- GS.** Procedimiento de Aplicación de Sanciones.
- Guías.** Guías de Precios de Transferencia para Empresas Multinacionales y Administraciones Tributarias.
- IA.** Impuesto Adicional
- Iltma (a veces I).** Ilustrísima.
- Iltmas.** Ilustrísimas.
- IDPC.** Impuesto de Primera Categoría
- Inc.** Inciso.
- IRS.** Internal Revenue Service, equivalente al Servicio de Impuestos Internos.
- IPC.** Índice de Precio al Consumidor.
- ITE.** Impuesto de Timbres y Estampillas
- IVA.** Impuesto al Valor Agregado (D. L. 825).
- Ley del IVA.** D.L. 825
- LIR.** Ley de Impuesto a la Renta (D.L. 824).
- Ltda.** Limitada o de Responsabilidad Limitada.
- Modelo OCDE.** Modelo de Convenio para evitar la doble tributación de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico.
- N°.** Número.
- N^{os}.** Números
- NCG.** Norma de Carácter General.
- OCDE/OECD.** Organización para la Colaboración y el Desarrollo Económico.
- ORD.** Ordenanza.
- Pag. (a veces p.).** Página.
- Pags. (a veces p. ó pp.).** Páginas.
- Proyecto LUF.** Proyecto de Ley sobre Administración de Fondos de Terceros y Carteras Individuales.
- Real Academia.** Real Academia de la Lengua Española.
- Reg.** Reglamento.
- RIT.** Rol Interno del Tribunal.
- S.A.** Sociedad Anónima.
- SII (a veces Servicio).** Servicio de Impuestos Internos.
- Sec.** Sección.

SVS. Superintendencia de Valores y Seguros.

TC. Tribunal Constitucional.

TGR. Tesorería General de la República de Chile

TTA. Tribunal Tributario y Aduanero.

USD. Dólar Estadounidense, por sus siglas en inglés.

UTA. Unidad Tributaria Anual

UTM. Unidad Tributaria Mensual

I
Artículos de Doctrina

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

MARÍA JESÚS IBÁÑEZ GONZÁLEZ²

RESUMEN

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

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

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

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

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

I INTRODUCCIÓN

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

3. *Normas de Exceso de Endeudamiento Locales*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

³² ELLIFFE, C.M. Ob. Cit. 8p.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

³⁷ ELLIFFE, C.M. Op. Cit.8p.

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

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

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

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

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

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

⁴⁰ VILLALÓN MÉNDEZ, V. Op. Cit. 167p.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

1. *Introducción a la problemática*

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

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

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

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

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

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

⁴⁶ ELLIFFE, C.M. Op. Cit. 9p.

⁴⁷ OCDE. *Thin Capitalization*. Op. Cit.

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

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

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

Sin embargo, también contemplan como limitación que:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

⁵⁷ Artículo 24:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Y en su reemplazo se establece:

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

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

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

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

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

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

Así también se señala en el CDT con Australia:

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

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

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

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

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

III EXPERIENCIA COMPARADA

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

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

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

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

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

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

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

⁶³ RE SHAREHOLDER DISCRIMINATION. Año 2009.

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

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

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

⁶⁴ RE SOCIETE ANDRITZ SPROU BAUER. Año 2003.

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

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

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

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

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

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

IV CONCLUSIÓN

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

EFFECTS OF THE ATTRIBUTED INCOME SYSTEM ON THE FOREIGN TAX CREDIT GRANTED TO UNITED STATES INVESTORS

LUIS IGNACIO VERGARA⁷²

ABSTRACT

Chile is definitely an importer of foreign capital. Therefore, any change to the national rules should also be analyzed in the face of the effects that could be generated on foreign investment in Chile, including to what extent these consequences are justified for the sake of the objective of the new legislation. The Tax Reform incorporated by Law No. 20.780 has given rise to various questions, mainly regarding its effects when its provisions have to be applied in conjunction with foreign laws or with international treaties signed by Chile. Those consequences must be determined on a case to case review depending on the specific content of the provisions of foreign law and/or international treaty applicable to the situation of the taxpayer. The objective of this article is to present the main issues on international taxation that could generate the new income attributed system established by the aforementioned Law No. 20.780 and, in particular, explain the contingencies that might arise for investors resident in the United States, the use of credits for taxes paid in Chile under the said system.

KEYWORDS: Attributed income system, tax reform, US investors, international taxation

⁷² Abogado, Universidad Diego Portales. Magister en Dirección y Gestión Tributaria, Universidad Adolfo Ibáñez. LL.M in International Taxation, University of Florida. Asociado en Claro & Cía.

I

INTRODUCTION

On September 29th, 2014, Law No. 20,780 was published in the Official Gazette, which replaces the current Chilean business profits tax system as from January 1st, 2017, establishing two new regimes: the attributed income system (“AIS”), and the partially integrated system (“PIS”).

The enactment of Law No. 20,780 has raised concerns and criticism as to the potential consequences that those regimes could have in practice, especially where foreign legislations and international treaties concluded by Chile apply.

Chile is a capital importer country; and therefore any tax reform should endeavor to avoid creating tax inefficiencies for foreign investors, that could lead to a decrease in foreign direct investment. It should be noted also that the largest amount of foreign direct investment inflow received by Chile comes from United States.⁷³

This paper aims at providing a basis for the discussion of the main international taxation issues for U.S. investors that could arise from the AIS, mainly with regards to the foreign tax credit to be granted by the United States to U.S. owners, partners, shareholders or head offices of Chilean entities.

This analysis has been made based on the U.S. domestic provisions, contained in the Internal Revenue Code (“I.R.C.”) and the Treasury Regulations (“Treas. Regulations”), the Convention between the Government of the United States of America and the Government of the Republic of Chile for the Avoidance of Double Taxation and the Prevention of Fiscal Evasion with Respect to Taxes on Income and Capital (“Treaty”), and the Department of the Treasury Technical Explanation of the Treaty (“Technical Explanation of the Treaty”).

The problems referred to above have been also examined taking into account the United States Model Income Tax Convention of February 17th, 2016 (“U.S. Model”), the United States Model Technical Explanation

⁷³ Between the years 2009 and 2014, this amount was US\$24,895 million, which is equivalent to 20.4% of the total foreign direct investment received by Chile during this period. InvestChile, Foreign Investment Promotion Agency. FDI by country of origin. [online] <<http://www.investchile.gob.cl/en/inversion-en-chile/ied-segun-pais-de-origen/>> [last review on July, 3rd, 2016].

Accompanying the United States Model Income Tax Convention of November 15, 2006 (“U.S. Model Technical Explanation”), the Organization for Economic Co-operation and Development Model Tax Convention on Income and on Capital of July 22, 2010 (“OECD Model”), and the OECD Commentaries on the Articles of the Model Tax Convention (“OECD Commentaries”), when relevant.

SECTION I NEW REGIMES SET FORTH BY THE CHILEAN INCOME TAX LAW

1. General aspects of the Chilean tax reform

On April 1st, 2014, a bill of law was submitted to the Chilean National Congress, which proposed a major tax reform. Such bill of law proposed amendments to several laws, including Decree Law No. 830 of 1974, Tax Code; Decree Law No. 824 of 1974, Income Tax Law (“ITL”); Decree Law No. 825 of 1974, Value Added Tax Law; Decree Law No. 3,475 of 1980, Stamp Tax Law; and Decree Law No. 600 of 1974, Foreign Investment Statute.

Generally, the purposes of the tax reform were increasing tax collection in order to finance an educational reform, improving income distribution, creating additional savings and investment incentives, as well as, reducing tax avoidance.

This bill of law was approved by the National Congress and enacted as Law No. 20,780 on September 26th, 2014, and was published in the Official Gazette on September 29th, 2014.

Then, an additional bill of law was submitted to the National Congress in order to simplify and improve certain provisions set forth by Law No. 20,780. Such bill of law was approved and enacted as Law No. 20,899 on February 1st, 2016. This law was published in the Official Gazette on February 8th, 2016.

In addition, from the enactment of Law No. 20,780 the Chilean Internal Revenue Service has issued a significant amount of circular letters and resolutions, to clarify certain aspects of the tax reform and facilitate its implementation.

2. *Description of the current Chilean business profits tax system*

Currently Chile has an “integrated” business profits tax system, since 100% of the Corporate Tax (First Category Income Tax or “FCIT”) paid by companies and other entities is creditable against the final taxes affecting their owners. Likewise, these final taxes are applied on a cash basis, as they are triggered only by the time an actual distribution occurs.

In effect, under the current business profits tax system, companies and other entities are subject to FCIT, which is assessed on the net accrued taxable income of the business at a flat rate of 24%.⁷⁴ As mentioned above, no further Chilean income taxes apply until effective distributions to Chilean resident individuals, or to non-resident nor domiciled individuals or entities.

If a Chilean entity is owned by an individual resident or domiciled in Chile, distributions are subject to Global Complimentary Tax (“GCT”), whose rate ranges from 0% to 40%,⁷⁵ being the FCIT paid at the entity’s level fully creditable against the GCT.

Where an entity is owned by a non-resident nor domiciled individual or entity, distributions are subject to a 35% Additional Withholding Tax (“AWHT”), against which the FCIT is also fully creditable, for an overall tax burden of 35%. Reduced Treaty, U.S. Model and OECD Model rates on dividends distributed from Chile are not applicable, as long as the FCIT is creditable against the AWHT.⁷⁶

⁷⁴ In accordance to Law No. 20,780 the FCIT rate is 21% for commercial year 2014, 22.5% for commercial year 2015 and 24% for commercial year 2016. Taxpayers subject to the AIS will be subject to a 25% FCIT rate as from commercial year 2017, while taxpayers subject to the PIS will be subject to a 25.5% FCIT rate for commercial year 2017 and to a 27% FCIT rate as from commercial year 2018.

⁷⁵ Under Law No. 20,780 the maximum GCT rate will be decreased to 35% as from commercial year 2017.

⁷⁶ Chile has included in all its double taxation treaties a provision known as the “Chile clause”, according to which, because of its integrated taxation system, the limited rates provided by Article 10 does not affect the AWHT, provided that under the domestic law of Chile the FCIT is fully creditable in computing the amount of AWHT to be paid.

3. *Description of the attributed income system*

Law No. 20,780 has replaced the foregoing business profits tax system as from January 1st, 2017, establishing two new regimes, namely, the AIS and the PIS.

In accordance to the definition provided by the ITL⁷⁷ and to the Chilean Internal Revenue Service,⁷⁸ “attributed income” refers to the income that must be allocated totally or partially for tax purposes to GCT or AWHT taxpayers, at the end of the respective commercial year, based on their status as owners, partners or shareholders of an entity subject to FCIT, to the extent such income has been perceived or accrued by such entity, or successively attributed from other entities in which the former has an interest or ownership, in order to have the total amount of income perceived, accrued or attributed to the respective entity, being attributed to those GCT or AWHT taxpayers in the same commercial year, and affected with the corresponding final tax.

Under the AIS taxable income earned by companies, permanent establishments and other entities resident or domiciled in Chile must be attributed at year end to their owners, shareholders, partners or head offices, for application of final taxes, regardless of actual distribution. This is one of the most critical amendments to be incorporated by Law No. 20,780 to the current business profits tax system, whose final taxes have typically applied on a cash basis.

This particularity of the AIS could give rise to timing mismatch scenarios, where the final tax is applied by reason of the attribution but no income is distributed by the entity in that year.

It should be emphasized that the attribution of income operates exclusively for tax purposes and mainly with regards to the application of GCT and AWHT.⁷⁹ Consequently, such attribution does not cause any effect from a corporate perspective, nor on the income ownership where

⁷⁷ ITL. Article 2 No. 2, second paragraph.

⁷⁸ Section II(B)(2)(a) of Circular Letter No. 66, issued by the Chilean Internal Revenue Service on July 23rd, 2015. [online] <<http://www.sii.cl/documentos/circulares/2015/circu66.pdf>> [last review on July, 5th, 2016].

⁷⁹ Section II(B)(2)(a)(i) of Circular Letter No. 66, issued by the Chilean Internal Revenue Service on July 23rd, 2015. [online] <<http://www.sii.cl/documentos/circulares/2015/circu66.pdf>> [last review on July, 5th, 2016].

profits have not been actually distributed to the respective owner, partner, shareholder or head office.

The FCIT rate for entities subject to the AIS will be 25%, which will be fully creditable against the final taxes.

Consequently, the final tax burden of non-resident nor domiciled individuals or entities would remain 35%. In accordance to the “Chile clause”, reduced Treaty, U.S. Model and OECD Model rates on dividends distributed from Chile would not apply, as the FCIT would be still creditable against the AWHT.

The AIS is available for sole proprietors, limited liability individual companies, joint ownerships, companies by shares, permanent establishments and limited liability companies, under the obligation of keeping full accountant records, as long as their owners, partners, shareholders or head offices are exclusively resident individuals and/or non-resident nor domiciled taxpayers. Note that corporations are not eligible for the AIS.

In accordance to some studies, other OECD countries would have implemented systems similar to the AIS, such as United States, Germany, Australia, Poland, Mexico, Spain, Austria, Belgium, Czech Republic, Greece, Sweden, Norway, Japan and United Kingdom. However, it is important to note that such regimes are exceptional and voluntary, having the purpose of simplifying the tax regime mainly for small and medium-sized companies.⁸⁰

It could be argued that these systems are not comparable to the AIS to be implemented in Chile, as the latter is not exceptional, nor has the purpose of providing a simplified regime to certain taxpayers. Also, although being subject to the AIS is voluntary as certain taxpayers may opt between this regime and the PIS, in practice for some taxpayers choosing the AIS will be the only way of remaining a 35% total tax burden.

For purposes of supporting the approval of the AIS by the National Congress during the discussion of Law No. 20,780, it was claimed that such a regime had been already successfully implemented in United States, referring to the provisions applicable to S Corporations. Nevertheless, it should be noted that there are important differences between the S

⁸⁰ HERMANN, Jorge. Casos de renta atribuida en países OECD corresponden a excepciones. [online] <<http://www.reformalareforma.cl/tributaria/2014/06/casos-de-renta-atribuida-en-paises-ocde-corresponden-a-excepciones/>> [last review on July, 3rd, 2016].

Corporation treatment and the AIS, arising from the fact that S Corporations are subject to a pass-through regime, while the AIS has not this nature.

In effect, as a general rule S Corporations are not subject to Corporate Tax,⁸¹ so that the income is taxed only at the shareholders' level. Conversely, an entity subject to the AIS is taxed with FCIT, which however is creditable against the final taxes. Moreover, S Corporations items of income, loss and deduction are passed through the entity to the shareholders, and retain their character in the shareholder's hands,^{82 83} whereas under the AIS no losses or deductions are passed through to the owners, partners or shareholders, as the only item attributed to final taxpayers is the income earned by the entity subject to FCIT.⁸⁴

Therefore, the AIS is not a pass-through regime, but rather, it simply disallows any tax deferral where profits earned by a Chilean entity are not distributed to its owners. Accordingly, although under both systems the final tax is triggered in the same taxable year, these two regimes should not be viewed as comparable; and thus the advantage of implementing the AIS could not be based on the existence of the S Corporation treatment, given that both set of provisions have a different nature and a distinct purpose.

4. *Description of the partially integrated system*

Under the PIS taxable income generated by companies, permanent establishments and other entities domiciled in Chile are not attributed at year end to their owners, partners, shareholders or head offices for application of the GCT or the AWHT, as these final taxes apply upon effective distribution.

Taxpayers eligible to the AIS are also eligible to the PIS. Taxpayers other than those referred to above, including corporations, must be subject to the PIS.

The FCIT rate under this regime will be 25.5% for commercial year 2017 and 27% as from commercial year 2018.

⁸¹ I.R.C. §1363(a).

⁸² McMAHON, Martin, SIMMONS, Daniel and McDANIEL, Paul. Federal Income Taxation of Corporations. LEG, Inc. d/b/a West Academic, 2014. P.357.

⁸³ I.R.C. §1366.

⁸⁴ Nevertheless, losses and deductions must be taken into account by entities subject to FCIT in calculating their net income, so that those losses and deductions are indirectly utilized by its owners, partners and shareholders.

However, only 65% of the FCIT paid is creditable against the GCT or AWHT. Consequently, under the PIS the final tax burden of non-resident nor domiciled persons would in principle increase up to 44.45%, as only 65% of the FCIT would be creditable against the 35% AWHT.

Nevertheless, if the beneficiary of the distribution is resident in a jurisdiction with which Chile has a treaty for the avoidance of double taxation, the FCIT will be fully creditable against the AWHT, and therefore the overall tax burden will remain 35%.⁸⁵ This exception has been criticized, as it would be an incentive for foreign taxpayers to invest in Chile from countries with which Chile has signed treaties for the avoidance of double taxation, which could breach the provisions preventing treaty shopping contained in certain treaties, as long as such structures have not enough economic substance.⁸⁶

Additionally, Law No. 20,899 provides for another exception whereby the FCIT will be fully creditable in the case the beneficiary of the distribution is a resident of a country with which Chile has signed prior to January 1st, 2017 a treaty for the avoidance of double taxation, despite that treaty is not in force yet.⁸⁷ This provision will be in force until December 31st, 2019.

⁸⁵ Chile has treaties for the avoidance of double taxation in force with the following countries: Australia, Austria, Brazil, Belgium, Canada, Croatia, Colombia, Denmark, Ecuador, France, Ireland, Malaysia, Mexico, New Zealand, Norway, Paraguay, Portugal, Peru, Poland, Russia, Spain, Korea, Sweden, Switzerland, Thailand and the United Kingdom.

⁸⁶ With respects to the scenario where, for purposes of having the FCIT fully creditable against the AWHT, foreign taxpayers change their domicile to countries that have a double taxation treaty with Chile, the Chilean Internal Revenue Service has stated that the relevant treaty provisions should apply (typically Article 4), in order to determine whether, after such a change, under the respective convention the foreign taxpayer qualifies as a resident of the jurisdiction having a treaty with Chile. In this regard, the Chilean Internal Revenue Service in principle would accept the foreign taxpayer's status as a resident of the other country, to the extent that he/she submits a certificate of residence issued by that other State. Also, in case the Chilean tax authority were to disagree with this treatment, it should resolve the case by mutual agreement with the competent authority of the other Contracting State, in accordance to the procedure provided by the same treaty. Revenue Ruling No. 1,985 issued by the Chilean Internal Revenue Service on August 3th, 2015. [online] <<http://www.sii.cl/pagina/jurisprudencia/adminis/2015/renta/ja1985.htm>> [last review on July, 5th, 2016].

⁸⁷ Chile has signed treaties for the avoidance of double taxation, which however have not become effective yet, with the following countries: United States of America, Uruguay, Argentina, China, Italy, Japan, Czech Republic and South Africa.

The foregoing provision is important, for example, for U.S. taxpayers, given that the Treaty was signed in year 2010, while it has not become effective yet, since its approval from the U.S. Senate is still pending. However, if the Treaty does not enter into force before January 1st, 2020, the FCIT paid by Chilean entities subject to the PIS would not be fully creditable against the AWHT affecting U.S. taxpayers.

SECTION II MAIN INTERNATIONAL TAXATION ISSUES ARISING FROM THE AIS

1. Applicability of Article 10 of double taxation treaties

The purpose of the AIS is to apply final taxes on the income accrued or perceived by an entity subject to FCIT (or attributed to this entity), in the same year such accrual, perception or attribution occurred, regardless of actual distributions.

The treatment of dividends contained in Article 10 of both the U.S. Model and the OECD Model applies with respect to “dividends paid”. The Treaty provides for the same provision.

Consequently, it might be asked if the attribution of income pursuant to the AIS actually gives rise to a “dividend”, and if such dividend may be considered “paid” for tax treaty purposes.

Whether one were to conclude that such Article 10 is inapplicable, an additional issue would be determining if Article 7, Article 21, or other treaty provision should apply.

2. Applicability of taxation on undistributed profits prohibition contained in double taxation treaties

As the application of the so-called AIS implies that the income earned by a Chilean entity is levied with final taxes even where no distribution has been made, it might be asked if for tax treaty purposes the AWHT applied under this regime could be viewed somehow as a tax applied on undistributed profits.

In this regard, under paragraph 9 of Article 10 of the U.S. Model, as a general rule the source State may not tax corporations’ undistributed

profits, even if such undistributed profits consist wholly or partly of profits or income arising in that State.

In similar terms, paragraph 6 of Article 10 of the Treaty has provided for the same prohibition. Paragraph 5 of Article 10 of the OECD Model states an analogous provision, which Chile has included in all its treaties in force concluded under the OECD Model.

Consequently, whether the AWHT applied under the AIS may be deemed as a tax on undistributed earnings under the terms of the treaties signed by Chile, the application of the AIS would be contrary to those treaties.

3. *Loss of foreign tax credit due to the application of AWHT without actual profit or dividend distribution*

As indicated above, the AIS implies that an owner, partner, shareholder or head office may face a timing mismatch situation, where the AWHT has been already applied by reason of the attribution, but no flow of income has been received by such foreign investor. Then, the profit or dividend distribution to be made in any subsequent year would not be subject to additional taxation in Chile, as the AWHT already applied by the time of the attribution.

This scenario could give rise to an issue for foreign investors in their countries of residence as to the utilization of the credit for the taxes paid in Chile. The existence of restrictions in this regard and their significance must be analyzed under each relevant domestic provisions or convention for the avoidance of double taxation, if any.

This problem could be triggered, for instance, because those provisions in order to allow a credit for foreign taxes require an actual profit or dividend distribution from the source country, or because by the time of that distribution a term for the use of the credit has expired. For example, Peru, Argentina and Colombia have restricted the availability of the credit for taxes paid abroad where no actual distribution was made and that credit has not been utilized within certain term.⁸⁸

⁸⁸ RECAPARREN, Soledad. Gran ausente en la discusión de la reforma tributaria: el inversionista extranjero. [online] <<http://www.eychile.cl/SalaPrensa/Detalle/149>> [last review on July, 4th, 2016].

Investors from countries whose legislations contain such restrictions will have to opt between repatriating all the profits earned each year, in order to guarantee the utilization of the foreign tax credit (preventing them from reinvesting that income in Chile), or accepting the loss of the credit giving rise to double taxation. In the latter scenario, the taxes paid in Chile would have to be utilized in the country of residence, to the extent possible, as a cost or as an expense, which certainly makes less attractive investing in Chile.

It is important to note that, evidently, a decrease in profits reinvestments in Chile, as well as, a decrease in the number of new investment projects to be developed in Chile, have a negative effect on the main purpose of Law No. 20,780, that is, increasing tax collection.

4. *Loss of foreign tax credit due to the disposal of shares of (or interest in) the Chilean entity*

Another problem under the AIS may arise where the income has been attributed to an AWHT taxpayer who then transfers its interest or shares to another AWHT taxpayer, and then the latter ultimately receives the profit or dividend distribution from the Chilean entity in a succeeding year.

In that scenario, the first owner (transferor) would be subject to AWHT by virtue of the attribution, which however could be deemed as non-creditable by the country of residence due to the absence of an actual flow of income, while the second owner (transferee) would probably have the foreign tax credit disallowed as the distribution received was not subject to AWHT.⁸⁹

⁸⁹ Nevertheless, it should be noted that the economic effect of this issue for the transferor could be decreased at least partially by a reduction in the capital gain taxable income, in accordance to Article 17 No. 8(a)(ii), second paragraph, of the ITL effective as from January 1st, 2017. Under this provision where an owner, partner or shareholder of an entity subject to the AIS disposes of his/her interest or shares, the capital gain obtained in this transaction must be reduced by the amount of the entity's undistributed earnings at the year end immediately prior to the disposal, proportionately to the interest or shares transferred. However, this reduction in the capital gain does not allow the transferor to recognize a loss in the transaction. Thus, the actual impact of this provision on the consequences of the problem analyzed to the transferor must be examined on a case by case basis.

However, it should be noted that where the jurisdictions of the transferor and the transferee levy foreign source income on a cash basis, there would not be a double taxation issue but a mere loss of the credit for foreign taxes. In effect, the transferor would be taxed with AWHT by reason of the attribution but no further taxes should apply in its country of residence, since the distribution will not be perceived by that taxpayer. On the other hand, once the distribution is received by the transferee, this taxpayer would be only subject to taxation in its country of residence, as the AWHT was borne by the transferor.⁹⁰

Once again the domestic provisions and the applicable treaty for the avoidance of double taxation, if any, should be analyzed in order to determine how this situation would be treated in the respective country, and whether any of the parties of this type of transactions would be entitled to a credit for the AWHT paid in Chile.

SECTION III

ANALYSIS UNDER THE U.S. DOMESTIC PROVISIONS OF THE AWHT APPLIED PURSUANT TO THE AIS

1. General aspects and relevant provisions

1.1. FOREIGN TAX CREDIT REQUIREMENTS

Section 901(a) of the I.R.C. allows for a credit for foreign income taxes paid or deemed paid by qualifying taxpayers who elect the credit in lieu of deducting the taxes under I.R.C. §164(a). The credit is intended to alleviate the double taxation that results when income earned in a foreign country is taxed by both the United States and the country of source. Because the United States taxes its citizens, residents, and domestic corporations on their worldwide income, double taxation typically occurs whenever a U.S. person is taxed by another country.⁹¹

Generally, under the U.S. unilateral credit system a tax paid or accrued abroad is allowed as a credit to the extent that the following requirements are met:

⁹⁰ An additional analysis is required as to the capital gain tax treatment and its effect on the problem examined, which exceeds the objective of this paper.

⁹¹ BITTKER, BORIS and LOKKEN, Lawrence. *Fundamentals of International Taxation*. Thomson Reuters, 2014, P.72-3.

- i. The foreign levy must be a tax:⁹² Under the Treas. Regulations a foreign levy is a tax if it requires a compulsory payment pursuant to the authority of a foreign country to levy taxes.⁹³
- ii. The predominant character of the tax is that of an income tax in the U.S. sense.⁹⁴

First, in order to satisfy this requirement such tax must be likely to reach net gain in the normal circumstances in which it applies.⁹⁵ This test is subdivided into three requirements: (1) the foreign tax law must generally adhere to a realization concept similar to a realization doctrine of the U.S. income tax; (2) tax computations must usually begin from actual gross receipts, rather than from notional amounts; and (3) cost incurred in earning these gross receipts must be allowed as deductions.^{96, 97}

Second, the tax must not be a soak-up tax, that is liability for the foreign tax cannot be dependent (by its terms or otherwise) on the availability of a credit for the tax against income tax liability to another country.⁹⁸

Whether the foreign tax does not meet the net gain requirement explained above, it must be a tax in lieu of income taxes.⁹⁹

The credit must be claimed by the person on whom foreign law imposes legal liability.

1.2. LIMITATIONS TO FOREIGN TAX CREDIT

The U.S. credit system has several restrictions in order to avoid granting credit for foreign taxes when it arises from transactions considered abusive, or simply where the policy behind the tax credit system is not being served.

Below there are the main limitations that could be applicable to the AWHIT imposed in Chile pursuant to the AIS.

⁹² Treas. Regulation §1.901-2(a)(1)(i).

⁹³ Treas. Regulation §1.901-2(a)(2)(i).

⁹⁴ Treas. Regulation §1.901-2(a)(1)(ii).

⁹⁵ Treas. Regulation §1.901-2(a)(3)(i).

⁹⁶ Treas. Regulation §1.901-2(b)(1).

⁹⁷ BITTKER, BORIS and LOKKEN, Lawrence. Op.Cit. P.72-18.

⁹⁸ Treasury Regulation §1.901-2(c)(1).

⁹⁹ I.R.C. §903.

1.2.1. SECTION 904(A) OF THE I.R.C. CONCERNING THE LIMITATION OF CREDIT

Section 904(a) of the I.R.C. states that “The total amount of the credit taken under section 901(a) shall not exceed the same proportion of the tax against which such credit is taken which the taxpayer’s taxable income from sources without the United States (but not in excess of the taxpayer’s entire taxable income) bears to his entire taxable income for the same taxable year”.

Consequently, under this provision the credit for foreign income taxes may not exceed the U.S. tax (before the credit) on income from foreign sources.¹⁰⁰ The limitation may be stated as taxable income from non-US sources, multiplied by the precredit U.S. tax divided by the entire taxable income.¹⁰¹

This provision must be applied separately with respect to passive category income and general category income.¹⁰²

1.2.2. SECTION 909 OF THE I.R.C. CONCERNING THE SUSPENSION OF TAXES AND CREDITS UNTIL RELATED INCOME TAKEN INTO ACCOUNT

In accordance to I.R.C. §909(a), if a foreign tax credit splitting event occurs with respect to a foreign income tax, the tax may not be taken into account for U.S. income tax purposes before the taxable year for which the payor of the tax recognizes the related income for U.S. tax purposes. There is a credit-splitting event with respect to a foreign income tax if the related income is taken into account for U.S. income tax purposes by a covered person.¹⁰³

This provision defines for these purposes the term foreign income tax,¹⁰⁴ related income,¹⁰⁵ and covered person.¹⁰⁶

¹⁰⁰ BITTKER, Boris and LOKKEN, Lawrence. Op.Cit. P.72-118.

¹⁰¹ Ibid. P.72-119.

¹⁰² I.R.C. §904(d)(1).

¹⁰³ I.R.C. §909(d)(1).

¹⁰⁴ I.R.C. §909(d)(2).

¹⁰⁵ I.R.C. §909(d)(3).

¹⁰⁶ I.R.C. §909(d)(4).

1.3. YEAR IN WHICH THE CREDIT MAY BE TAKEN

Pursuant to I.R.C. §905(a) “The credits provided in this subpart may, at the option of the taxpayer and irrespective of the method of accounting employed in keeping his books, be taken in the year in which the taxes of the foreign country or the possession of the United States accrued (...)”.

Therefore, I.R.C. §905(a) allows accrual of foreign income taxes for credit purposes, even if the taxpayer generally uses the cash method of accounting.¹⁰⁷ In this regard, it should be noted that a foreign income tax generally accrues during the year in which is imposed.

1.4. CARRYBACK AND CARRYOVER OF EXCESS TAX PAID

In accordance to I.R.C. §904(c) if a taxpayer’s foreign income taxes for any year exceed the I.R.C. §904 limitation for the year, the excess is carried back to the year preceding the taxable year, then to the year immediately following the taxable year, and then forward through the tenth year following the taxable year until the carryback or carryover is used.¹⁰⁸ This provision must also be applied separately with respect to passive category income and general category income.¹⁰⁹

2. *Analysis of the compliance of the foreign tax credit requirements by the AWHT applied under the AIS*

2.1. TAX

Under the Chilean legislation, the payment of the AWHT is mandatory where a taxable event occurs, so that it is a tax as required by the I.R.C. and by the Treas. Regulations.

2.2. INCOME TAX

i. Net gain requirement

As mentioned above, a tax is an income tax for tax credit purposes only if it is calculated to reach net gain. This requirement is met to the extent the realization, gross receipt and net income tests are satisfied.

¹⁰⁷ BITTKER, BORIS and LOKKEN, Lawrence. Op.Cit. P.72-287.

¹⁰⁸ Ibid. P.72-141.

¹⁰⁹ I.R.C. §904(d)(1).

a. Realization requirement

The realization requirement is met unless income or gain is recognized under the foreign law earlier than is permitted by any of the rules described below.^{110, 111}

- Upon or subsequent to the occurrence of events that would result in the realization of income under the income tax provisions of the I.R.C.¹¹²

If under the U.S. law an item of income is to be recognized by an U.S. owner, partner, shareholder or head office only by the time of a profit or dividend distribution, the application of AWHT under the AIS would not comply with the realization requirement. In effect, under this regime the income is recognized by the final taxpayer for tax purposes in the same year such income is earned by the entity subject to FCIT, regardless of its perception by the foreign owner.

- Upon the occurrence of an event prior to a realization event provided the consequence of such event is the recapture (in whole or part) of a tax deduction, tax credit or other tax allowance previously accorded to the taxpayer.¹¹³

Since this rule refers to recaptures, it is inapplicable to the situation analyzed.

- Upon the occurrence of a prerealization event, but only if the foreign country does not, upon the occurrence of a later event, impose tax with respect to the income on which tax is imposed by reason of such prerealization event (or, if it does impose a second tax, a credit or other comparable relief is available against the liability for such a second tax for tax paid on the occurrence of the prerealization event).¹¹⁴

This rule applies, for example, where the income, loss or gain consist of the change in the value of property over a period of time, or where the foreign tax is imposed on the physical transfer, processing, or export of readily marketable property. Thus, this provision as to

¹¹⁰ BITTKER, BORIS and LOKKEN, Lawrence. Op.Cit. P.72-24.

¹¹¹ Treas. Regulation §1.901-2(b)(2)(i).

¹¹² Treas. Regulation §1.901-2(b)(2)(i)(A).

¹¹³ Treas. Regulation §1.901-2(b)(2)(i)(B).

¹¹⁴ Treas. Regulation §1.901-2(b)(2)(i)(C).

unrealized items does not apply to the AWHT imposed by virtue of the attribution.

In light of the above, in principle the AWHT imposed under the AIS would not satisfy the realization test. However, under the Treasury Regulations¹¹⁵ “A foreign tax that does not satisfy the realization requirement (...) is nevertheless considered to meet the realization requirement if it is imposed with respect to a deemed distribution (e.g., by a corporation to a shareholder) of amounts that meet the realization requirement in the hands of the person that, under foreign law, is deemed to distribute such amount, but only if the foreign country does not, upon the occurrence of a later event (e.g., an actual distribution), impose tax (“second tax”) with respect to the income on which tax was imposed by reason of such deemed distribution (or, if it does impose a second tax, a credit or other comparable relief is available against the liability for such a second tax for tax paid with respect to the deemed distribution)”.

For purposes of applying the foregoing provision it should be determined whether the AWHT is imposed under the AIS by reason of a “deemed distribution”, if the amounts attributed meet the realization requirement in the hands of the Chilean entity, and whether actual distributions are subject to further taxation in Chile (other than the AWHT imposed by the time of the attribution).

The ITL as amended by Law No. 20,780 does not impose AWHT pursuant to the AIS by virtue of a “deemed distribution”, but such final tax is applied by reason of the “attribution of income”. However, irrespective any discussion as to the terminology utilized by the ITL, it would seem that the tax consequence in both cases is exactly the same, that is, the AWHT could be triggered regardless of an actual profit or dividend distribution.¹¹⁶

In connection with the realization requirement in the hands of the Chilean entity, note that the FCIT applies on a cash and on an accrual basis, so that the attribution of income, in general terms, is made with respect to income that has been realized by the entity domiciled in Chile.

¹¹⁵ Treas. Regulation §1.901-2(b)(2)(ii).

¹¹⁶ Furthermore, note that Treas. Regulation §1.901-2(b)(2)(iv), Example 4, contains a case of a deemed dividend satisfying the requirement set forth by Treas. Regulation §1.901-2(b)(2)(ii), which is similar in substance to the application of AWHT under the AIS.

Nevertheless, it should be noted that the Chilean entity must also attribute to its owners income that, in turn, has been attributed to this entity due to its ownership, interest or shares in other Chilean entities. With regards to this type of income the realization test would be failed, since the attribution of this portion to final taxpayers (the deemed distribution) would be made with respect to income that, under the provisions of the I.R.C., would not be realized yet by the Chilean entity (but it has been only attributed to it).

Finally, distributions made by entities subject to FCIT are not levied with further taxation, where they have been previously subject to AWHT by reason of the attribution.

Consequently, in accordance to the deemed distributions provision referred to above, at least partially the AWHT applied under the AIS would comply with the realization requirement. However, it is still uncertain what could be the U.S. tax authority's view as to the attribution of income to U.S. taxpayers which was in turn attributed to the respective Chilean entity (with respect to which the realization requirement would be failed); and if it could lead to the denial of the entire credit or only of a portion of it.

b. Gross receipt requirement

In accordance to the Treasury Regulations¹¹⁷ a foreign tax satisfies the gross receipts requirement if, judged on the basis of its predominant character, it is imposed on the basis of gross receipts; or gross receipts computed under a method that is likely to produce an amount that is not greater than fair market value.

Under the ITL,¹¹⁸ the AWHT is imposed on the total amount of Chilean-sourced income attributed to, or perceived by, the non-resident nor domiciled recipient; and therefore such a tax complies with the gross receipt test.

c. Net income requirement

Pursuant to the Treasury Regulations,¹¹⁹ a foreign tax satisfies the net income requirement if, judged on the basis of its predominant character, the base of the tax is computed by reducing gross receipts

¹¹⁷ Treas. Regulation §1.901-2(b)(3)(i).

¹¹⁸ ITL. Article 58 No. 2 and 60.

¹¹⁹ Treas. Regulation §1.901-2(b)(4)(i).

to permit recovery of the significant costs and expenses (including significant capital expenditures) attributable, under reasonable principles, to such gross receipts; or recovery of such significant costs and expenses computed under a method that is likely to produce an amount that approximates, or is greater than, recovery of such significant costs and expenses.

In principle, the AWHT should comply with this requirement as dividends and profits are distributed out of the net taxable income of the Chilean entity. However, one could also sustain that the ITL¹²⁰ does not allow for recovery of any significant cost or expense at the foreign owner's level, so that at least theoretically the compliance of this requirement would be debatable.

Irrespective of the compliance of the net income requirement, the AWHT applied under the AIS could be treated as an income tax to the extent it complies with the requirements stated by I.R.C. §903.

ii. Soak-up tax

The AWHT to be applied in Chile is not a soak-up tax, as the liability for this tax is not dependent on the availability of a credit for the tax against income tax liability to another country.

2.3. TAX IN LIEU OF INCOME TAXES

Section 903 of the I.R.C. and the Treasury Regulations¹²¹ state that a foreign levy qualifies as an in lieu tax to the extent that such levy is a tax, the substitution requirement is met, and the tax is not a soak-up tax.

As indicated above, the AWHT applied by reason of the attribution qualifies as a tax in the U.S. sense.

In connection with the substitution requirement, a foreign tax satisfies this test if the tax in fact operates as a tax imposed in substitution for, and not in addition to, an income tax or a series of income taxes otherwise generally imposed.¹²² In this respect, it might be argued that the AWHT imposed in this scenario substitutes the general income tax (i.e. FCIT), for a particular class of taxpayers (non-resident nor domiciled

¹²⁰ ITL. Article 58 No. 2 and 60.

¹²¹ Treas. Regulation §1.903-1(a).

¹²² Treas. Regulation §1.903-1(b)(1).

recipients), and income (profit or dividend distributions), so that it would comply with the substitution test.

Moreover, the AWHT is not a soak-up tax, as explained above.

Consequently, the AWHT applied in accordance to the AIS qualifies as an income tax under I.R.C.§903.

2.4. LEGAL LIABILITY RULE

For purposes of I.R.C.§903 and I.R.C.§901, a foreign tax is considered paid by the person who is legally liable under the foreign country's laws for the tax.¹²³

According to the ITL,¹²⁴ the person liable for the payment of the AWHT is the non-resident nor domiciled recipient of the income subject to this tax, or the non-resident nor domiciled person to whom such income was attributed.

It should be noted that taxpayers attributing, remitting to abroad, crediting into account, or placing at the recipient's disposal the income subject to AWHT are under the obligation of withholding and paying such a tax.¹²⁵ Nevertheless, the person legally liable for the AWHT is the foreign recipient (or the foreign person to whom the income was attributed) even if another person –such as a withholding agent– is actually making the payment to the corresponding tax authority.¹²⁶

Therefore, the AWHT imposed under the AIS must be considered paid by the foreign owner, partner, shareholder or head office to whom the income has been attributed.

3. *Analysis under the U.S. provisions of the main international taxation issues arising from the AIS*

3.1. LOSS OF FOREIGN TAX CREDIT DUE TO THE APPLICATION OF AWHT WITHOUT ACTUAL PROFIT OR DIVIDEND DISTRIBUTION

As explained in Section (III)(2) of this paper, the AWHT imposed by reason of the attribution would comply with the requirements provided

¹²³ Treas. Regulation §1.901-2(f)(1).

¹²⁴ ITL. Article 58 No. 2 and 60.

¹²⁵ ITL. Article 74 No. 4.

¹²⁶ Treas. Regulation §1.901-2(f)(1).

by the I.R.C. and by the Treasury Regulations, in order to be creditable against U.S. taxes.

In effect, such AWHT qualifies as a tax.¹²⁷ Also, in principle the AWHT applied under the AIS would qualify as an income tax in the U.S. sense,¹²⁸ and even if one were to deem the net gain test failed, this tax do qualify as a tax in lieu of income taxes under I.R.C. §903. Consequently, to the extent the credit for foreign taxes is claimed by the person on whom the Chilean legislation imposes legal liability, the AWHT imposed by virtue of the attribution would give rise to a foreign tax credit under the U.S. domestic provisions.

However, the U.S. law is not clear as to the taxable year in which this credit would be available. In effect, although these domestic provisions do not require that the U.S. taxpayer has perceived the respective foreign source income for purposes of claiming the foreign tax credit, it should be noted that in this case no taxation would have been applied by the United States and, thus, the income would not have been subject to double taxation yet.

Under I.R.C. §905(a) the credit could be taken in the year in which the respective foreign tax accrued, even if the U.S. taxpayer uses the cash method of accounting. Therefore, in principle one could argue that under this provision an U.S. owner, partner, shareholder or head office could take the credit for the AWHT paid in Chile in the same year the attribution occurred.

However, an important limitation for the use of the credit in the same year the AWHT accrued would arise from I.R.C. §904(a). In effect, in case the U.S. taxpayer has not perceived in the year other foreign source income of the same category,¹²⁹ and since no distribution has been received from the Chilean entity either, the overall limitation contained in §904(a) for that year, that is, the precredit U.S. tax on foreign taxable income, would be zero. Even if the U.S. taxpayer has perceived other foreign source income of the same category in the year, the AWHT paid in Chile could be excluded under I.R.C. §904(a), depending on the amount of foreign taxes paid in that year on such other income from non-U.S. sources.

¹²⁷ As required by Treas. Regulation §1.901-2(a)(1)(i).

¹²⁸ In accordance to Treas. Regulation §1.901-2(a)(1)(ii).

¹²⁹ Pursuant to I.R.C. §904(d)(1), I.R.C. §904(a) must be applied separately with respect to passive category income and general category income.

Whether in accordance to the overall limitation of I.R.C. §904(a) the AWHT imposed in Chile is totally or partially deemed as an excess tax paid, under I.R.C. §904(c) such excess must be carried back to the year preceding the year in which the attribution occurred, then to the year immediately following this year, and then forward through the tenth year following the year of the attribution.

The consequences of these provisions must be analyzed in the following situations:

i. U.S. taxpayers perceiving foreign source income of the same category,¹³⁰ other than the potential distribution to be received from the Chilean entity

In this scenario the credit for the AWHT paid in Chile could be used to the extent that in the preceding year the U.S. taxpayer recognized foreign source income of the same category, taxed abroad with an amount lower than the I.R.C. §904(a) limitation for that year.

Whether the credit carried back is larger than the excess limitation for that preceding year, the unused credit would have to be carried to the next year in the carry over period. Once again the use of the excess credit will depend on the perception of foreign source income of the same category within the ten years following the year of the attribution, and to the extent that the I.R.C. §904(a) limitation for those years allows the use of such an excess credit, unless the Chilean entity distributes the income levied with AWHT within the same ten-year term.

However, in case the entity subject to FCIT does not distribute any profit or dividend to the U.S. taxpayer within the term referred to above, or the U.S. taxpayer does not perceive other foreign source income of the same category within this term, or the I.R.C. §904(a) limitation for each year of such term does not allow the use of the excess credit carried back or carried forward, the AWHT paid in Chile would not be creditable under the U.S. domestic provisions. Consequently, it might be argued that if then the Chilean entity makes a distribution, after the expiration of the tenth year following the year in which the attribution took place, the U.S. owner, partner, shareholder or head office would be subject to double taxation.

¹³⁰ Pursuant to I.R.C. §904(d)(1), I.R.C. §904(c) must be also applied separately with respect to passive category income and general category income.

ii. U.S. taxpayers that do not perceive foreign source income of the same category, other than the potential distribution to be received from the Chilean entity

Under this fact pattern, the credit could not be carried back, since under the I.R.C. §904(a) limitation the amount to be allowed for the preceding year would be also zero. Similarly, the overall limitation of I.R.C. §904(a) should prevent U.S. taxpayers from carrying over the credit to the ten years following the year of the attribution, unless the Chilean entity makes a distribution within such period.

Therefore, in case the entity subject to FCIT does not distribute any profit or dividend to the U.S. taxpayer, or this distribution occurs after the expiration of the foregoing ten-year period, the credit for the AWHT paid in Chile would remain disallowed. Then, whether a subsequent distribution is made by the Chilean entity a double taxation issue would arise for the U.S. taxpayer.

Finally, it should be noted that the restriction set forth in I.R.C. §909 does not apply to any of the scenarios analyzed in Section (III)(3.1)(i) and (ii), since there would not be a foreign tax credit splitting event, given that the related income would not be taken into account by a covered person.¹³¹

3.2. LOSS OF FOREIGN TAX CREDIT DUE TO THE DISPOSAL OF SHARES OF (OR INTEREST IN) THE CHILEAN ENTITY

In this scenario the U.S. taxpayer would be subject to AWHT by reason of the attribution, but the interest or shares of the Chilean entity would be transferred by the taxpayer before perceiving the respective distribution with respect to which that AWHT applied. Then, the transferee of these interest or shares would receive the distribution, in his/her quality of new owner, partner or shareholder of the entity subject to FCIT.

With regard to the transferor, as indicated above, the U.S. law have not expressly required that the U.S. taxpayer claiming the credit has perceived the income on which the respective foreign tax was applied. Thus, the fact of becoming certain for the transferor that the profit or dividend distribution will not be perceived should not prevent him/her from using the credit for the AWHT paid in Chile.

¹³¹ As defined by I.R.C. §909(d)(4).

However, the restriction for the use of this credit would arise from I.R.C. §904(a) and I.R.C. §904(c). In this regard, the same analysis explained above¹³² applies to this scenario, with the exception that it is clear that any subsequent distribution will not be perceived by the transferor.

Note that I.R.C. §909 does not apply to this situation either, since there would not be a foreign tax credit splitting event. The related income in this transaction would not be taken into account by a covered person.¹³³

In case the transferee of the interest or shares is also a U.S. taxpayer, it should be noted that he/she would not be entitled to a credit for foreign taxes due to the legal liability rule. In effect, for purposes of I.R.C. §903 and I.R.C. §901, a foreign tax is considered paid by the person who is legally liable under the foreign country's laws.¹³⁴ Pursuant to the ITL,¹³⁵ the person liable for the payment of the AWHT is the non-resident nor domiciled recipient of the income subject to this tax, or the non-resident nor domiciled person to whom such income was attributed.

In the scenario examined the AWHT is imposed by reason of the attribution, so that this tax must be deemed paid by the owner, partner or shareholder of the Chilean entity by the time of the attribution (transferor). Although the transferee is the recipient of the income when the profit or dividend distribution is made, such a distribution is not subject to AWHT, and therefore no tax may be considered paid by the transferee.

SECTION IV ANALYSIS UNDER THE TREATY OF THE AWHT APPLIED PURSUANT TO THE AIS

I. General aspects

The Treaty was signed by the United States and Chile on February 4th, 2010. On the same date, the Department of the Treasury issued the Technical Explanation of the Treaty.

¹³² See Section (III)(3.1) of this paper.

¹³³ As defined by I.R.C. §909(d)(4).

¹³⁴ Treas. Regulation §1.901-2(f)(1).

¹³⁵ ITL. Article 58 No. 2 and 60.

In accordance to Article 29 of the Treaty, for the purposes of its entering into force the Treaty shall be subject to ratification in accordance with the applicable procedures in the United States and Chile.

According to the Chilean Constitution,¹³⁶ in order for a tax treaty to enter into the Chilean juridical system it must be, firstly, negotiated and signed by the President. Secondly, approved by the Congress. Thirdly, the President must issue a decree to enact the treaty and finally, the text of the treaty must be published in the Chilean Official Gazette.

The Chilean Congress has completed the approval of the Treaty on September, 1st, 2015.

The U.S. Constitution vests the treaty making-power in the hands of the President with advice and consent of the Senate. After the Secretary of State formally submits a treaty to the President, the President transmits the treaty to the Senate for its advice and approval. Then, when the Senate has given its advice and consent to a treaty, the treaty is returned through official channels to the President for ratification.¹³⁷

The Treaty was submitted by the President of the United States to Senate on May 17th, 2012. On November 10th, 2015, the U.S. Senate Committee on Foreign Relations approved the Treaty, so that now two-third of the full Senate must give their advice and consent to ratification. The latter approval is still pending.

Although the Treaty has not become effective yet, this section contains an analysis under the Treaty, the Technical Explanation of the Treaty, the U.S. Model, and the U.S. Model Technical Explanation, of the international taxation issues arising from the AIS, mainly with regard to the foreign tax credit to be granted to U.S. owners, partners, shareholders or head offices of Chilean entities. This analysis has been also based on the OECD Model and the OECD Commentaries, when they may be relevant to the issues referred to above.

¹³⁶ Politic Constitution of the Republic of Chile. Articles 32 No. 15, 54 No. 1 and 93 No. 3.

¹³⁷ VOGEL, Klaus. Double Taxation Conventions. Kluwer Law International, 1997. PP. 22-23.

2. *Analysis under the Treaty of the main international taxation issues arising from the AIS*

2.1. APPLICABILITY OF ARTICLE 10 OF THE TREATY

As mentioned above, Article 10 of the Treaty applies with respect to “dividends paid”. Therefore, it should be determined whether the attribution of income pursuant to the AIS gives rise to a “dividend”, and if such a dividend may be deemed as “paid” for tax treaty purposes.

With regards to the existence of a “dividend” within the meaning of the Treaty, paragraph 4 of Article 10 of the Treaty defines the term “dividends” as “income from shares or other rights, not being debt-claims, participating in profits, as well as income from rights that is subjected to the same taxation treatment as income from shares under the laws of the State of which the company making the distribution is a resident”.

This definition, however, is not significant by itself in determining if the attribution of income implies a “dividend” for tax treaties purposes. Neither the Technical Explanation of the Treaty nor the U.S. Model Technical Explanation have addressed this matter.

As a preliminary aspect, the applicability of Article 10 of the Treaty should depend on the approach applied by the ITL with regard to the attribution of income, and to the company whose profits are being taxed at the final taxpayer’s level.

The provisions of the ITL as to the AIS have not referred to this matter. However, both Chilean and foreign legislations contain regimes that similarly levy undistributed profits in the hands of the shareholders of a company, such as controlled foreign corporations rules (“CFC rules”).

These regimes have been based on different theoretical assumptions. The taxation of the resident shareholder may be based on the assumption that the sheltered income was actually realized in the hands of the shareholder. The foreign-based company may be disregarded as a corporate entity or the activities of the company may be regarded as the activities of the shareholder and attributed to the shareholder on a look-through basis.¹³⁸

¹³⁸ HELMINEN, Marjaana. The international tax law concept of dividend. Kluwer Law International, 2010. P.129.

The taxation of the shareholder may also be based solely on the assumption that the income is economically at the shareholder's disposal. The foreign corporation is not necessarily totally disregarded, but certain income of the foreign entity may be taxed in the hands of the shareholder.¹³⁹

Income sheltered in a foreign entity may also be deemed to be distributed to the resident shareholders. This approach is called the fictive distribution approach.¹⁴⁰

Whether these approaches were to apply to the AIS, it could be argued that this regime does not consider the Chilean entity as a disregarded entity. In effect, the application of FCIT at the entity's level demonstrates that the attribution of income is not based on a look-through principle.

One should conclude that the ITL, rather, applies the fictive distribution approach, so that it recognizes the Chilean entity as a separately taxable entity and only deems a distribution to exist. This would imply that, in principle, both States recognize the entity subject to FCIT as a resident in Chile dividend-distributing entity.

Having said that, it must be analyzed if the attribution of income falls within the meaning of "dividend" referred to above. In this regard, the Technical Explanation of the Treaty sets forth that "Paragraph 4 defines the term dividends broadly and flexibly. The definition is intended to cover all arrangements that yield a return on an equity investment in a corporation as determined under the tax law of the State of source, as well as arrangements that might be developed in the future".¹⁴¹

Although the Technical Explanation of the Treaty holds a broad interpretation on this matter, it emphasizes that a "dividend" implies a "return", which would seem to require an actual flow of income. Consequently, as the attribution of income does not generate any actual distribution, nor create the obligation of a Chilean entity of making such a distribution in the future, under this interpretation it might be argued, in principle, that the attribution of income would not give rise to a "dividend" in the terms of the Treaty.

¹³⁹ *Ibid.* P.129.

¹⁴⁰ *Ibid.*

¹⁴¹ U.S. Treasury Department. Technical Explanation of the Treaty to paragraph 4 of Article 10. [online] <[https://www.treasury.gov/resource-center/tax-policy/treaties/Documents/Treaty-Technical-Explanation Chile-2-4-2010.pdf](https://www.treasury.gov/resource-center/tax-policy/treaties/Documents/Treaty-Technical-Explanation%20Chile-2-4-2010.pdf)> [last review on July, 3rd, 2016].

On the other hand, the definition of “dividend” contained in the Treaty assumes that an “income” exist, so that it should be asked, first of all, if there is actually an income for the U.S. owner by virtue of a fictive distribution. Since the Treaty has not defined the term “income”, in accordance to Article 3 paragraph 2 of that Treaty this undefined term must be interpreted by reference to the Chilean legislation (the State applying the Treaty), if the context does not otherwise require.

In this regard, the ITL¹⁴² defines “income” as “the revenues constituting profits or earnings arising from an asset or activity, and all earnings, profits and capital increase perceived, accrued or attributed (...)”. As this definition suggests, a taxpayer should recognize income where profits have been attributed to him/her, regardless of the fact that such earnings have not been perceived or even accrued yet.

Hence, since the fictive distribution pursuant to the AIS is deemed to exist by reason of the attribution of income, it is possible to argue that such fictive distribution gives rise to income within the meaning of the Chilean legislation and, therefore, may be also considered income in the terms of paragraph 4 of Article 10 of the Treaty. This interpretation based on the Chilean legislation should become binding for the purposes of applying the Treaty also in the United States.¹⁴³

In addition, the amount attributed in this scenario would be income arising from shares, or from rights that is subjected to the same taxation treatment as income from shares under the Chilean tax legislation.

In light of the above, it could be claimed under this approach that income attributed under the AIS qualifies as a “dividend” within the definition of paragraph 4 of Article 10 of the Treaty.

With regards to the existence of a dividend “paid” for tax treaty purposes, neither the Treaty nor the Technical Explanation of the Treaty have defined the expression “paid”. The U.S. Model Technical Explanation has not defined this term either. Therefore, the expression “paid” must be interpreted also by reference to the Chilean provisions, in accordance to paragraph 2 of Article 3 of the Treaty.

The ITL does not contain a definition of the expression “paid”. Nevertheless, the Chilean Civil Code¹⁴⁴ sets forth that “payment” is “the

¹⁴² ITL. Article 2 No. 1 in accordance to its wording effective as from January 1st, 2017.

¹⁴³ VOGEL, Klaus. Op.Cit. P.650.

¹⁴⁴ Chilean Civil Code. Article 1,568.

compliance of what is due”. Hence, in order to have a dividend “paid” in the terms of this definition, the entity should have an obligation of making a distribution to its owners from the moment the profits are earned (since only in this case the distribution is “due” by the time of the attribution), and an action should be performed by that entity to comply with this obligation.

It might be argued that the owner, partner, shareholder or head office of a Chilean entity could be in a situation where he/she does not have any right or title with regard to the income that is being attributed to him/her under the AIS. Consequently, dividends or profits would not be due to the owners by the time of the attribution.

Likewise, the attribution of income should not generate any effect other than triggering the final taxes,¹⁴⁵ so that even if one assume that an obligation do exist, it should not be complied by virtue of the attribution.

Finally, it should be noted that the attribution of income does not require an action from the entity subject to FCIT.

Consequently, under this interpretation there would be in principle an argument to say that Article 10 should not apply to an attribution of income under the AIS, given that even assuming there would be a “dividend” in the terms of the Treaty, such dividend would not be “paid” as required by the same Treaty.

The Technical Explanation of the Treaty has not referred to the OECD Commentaries as to the definition of the expression “dividends”. However, Article 10 of the OECD Model also applies with regard to “dividends paid”, and the definition of the term “dividends” provided by the OECD Model is almost the same as the definition provided by the Treaty. In this regard, the OECD Commentaries state that “The term “paid” has a very wide meaning since the concept of payment means the fulfillment of the obligation to put funds at the disposal of the shareholder in the manner required by contract or by custom”.¹⁴⁶

By describing the term “paid” as synonymous with putting funds at the disposal of the shareholder, the OECD Commentaries makes clear

¹⁴⁵ Section II(B)(2)(a)(i) of Circular Letter No. 66, issued by the Chilean Internal Revenue Service on July 23rd, 2015. [online] <<http://www.sii.cl/documentos/circulares/2015/circu66.pdf>> [last review on July, 5th, 2016].

¹⁴⁶ OECD Commentaries. Paragraph 7 of Commentary to Article 10. [online] <<http://www.oecd.org/berlin/publikationen/43324465.pdf>> [last review on July, 3rd, 2016].

that processes that, by appearance, might not be covered, but are similar from an economic point of view, are not meant to be excluded in this connection (this is the function of the definition of “dividends” given in Article 10 paragraph 4).¹⁴⁷ Hence, the term “paid” should be given a broad interpretation and includes all of the various forms of satisfying the shareholder’s claim to receive the dividend.^{148 149}

The term “paid” must, therefore, be understood to be determined by the definition of “dividends”, in other words, payment is the provision of any advantage qualifying as a “dividend” under Article 10 paragraph 4.¹⁵⁰

As explained above, for treaty purposes the attribution would give rise to income for the U.S. owner, partner, shareholder or head office, and that income actually would derive from shares or other rights in the terms of paragraph 4 of Article 10 of the Treaty. Therefore, since this income is recognized in the hands of the final taxpayer by reason of the attribution, it would be possible to argue that the so-called attribution would imply a “payment”. From an economic point of view, however, the absence of an actual flow of income makes still doubtful this interpretation.

Notwithstanding the foregoing, it should be highlighted that Article 10 contains no provision regarding the date at which dividends may be taxed. If dividends are taxed which cannot yet be considered to have been “paid”, even if the latter term is interpreted as widely as possible, their taxation would nevertheless not run counter to the convention. However, all restrictions imposed by the convention on the taxation of dividends must, of course, be observed in such a case, too.¹⁵¹

¹⁴⁷ VOGEL, Klaus. Op.Cit. P.587.

¹⁴⁸ Ibid.

¹⁴⁹ In addition, although the AIS differs from the treatment applicable to partnerships, it should be noted that paragraph 6.4 of OECD Commentary to Article 1 states that where income has “flowed through” a transparent partnership to the partners who are liable to tax on that income in the State of their residence, the income is appropriately viewed as “paid” to the partners, since it is to them and not to the partnership that the income is allocated for purposes of determining its tax liabilities in their State of residence. However, it could be also argued that under the AIS the Chilean entity is not regarded as a transparent entity (in fact typically it should qualify as a resident of Chile for Treaty purposes), and that, as a general rule, U.S. taxpayers should not be taxed in the United States on the income when attributed to them, but only by the time this income is distributed.

¹⁵⁰ VOGEL, Klaus. Op.Cit. P.587.

¹⁵¹ Ibid. P.588.

2.2. APPLICABILITY OF TAXATION ON UNDISTRIBUTED PROFITS PROHIBITION CONTAINED IN THE TREATY

Since the AIS seeks to tax income at the final taxpayers' level, even where no profit or dividend distribution has been received from the Chilean entity, it can be asked whether this regime could be subject to the prohibition of taxing undistributed profits contained in the Treaty.

Paragraph 6 of Article 10 of the Treaty states that “Where a company that is a resident of a Contracting State derives profits or income from the other Contracting State, that other State may not impose any tax on the dividends paid by the company (...) nor subject the company’s undistributed profits to a tax on undistributed profits, even if the dividends paid or the undistributed profits consist wholly or partly of profits or income arising in such other State”.

It must be determined, first of all, if the application of AWHT pursuant to the AIS falls within the scope of paragraph 6 of Article 10 of the Treaty. In this regard, it should be taken into account that such a provision restricts the power of each State to impose tax on –distributed or undistributed– profits of a non-resident company.¹⁵² Therefore, since the provision rules out the extra-territorial taxation of dividends, the obligation of Chile under the Treaty would be refraining from taxing profits of a company resident in the United States. Accordingly, this rule would not apply to a scenario where Chile is applying a final tax on undistributed profits of an entity resident in Chile.

Even if one were to assume that the scope of paragraph 6 of Article 10 of the Treaty includes the situation of the AIS, there is an additional ground to sustain that the restriction contained in the Treaty is not applicable to this regime, based on the type of tax applied under the AIS. In effect, in accordance to the U.S. Model Technical Explanation¹⁵³ the rule analyzed restricts the right of a Contracting State to impose corporate level taxes on undistributed profits, other than a branch profits tax.

Consequently, the prohibition would apply only with regard to corporate taxes, so that this provision would be inapplicable to the AIS, since the AWHT imposed on undistributed profits is a final tax and not a

¹⁵² Ibid. P.693.

¹⁵³ U.S. Treasury Department. U.S. Model Technical Explanation to paragraph 7 of Article 10. [online] <<https://www.treasury.gov/press-center/press-releases/Documents/hp16802.pdf>> [last review on July, 3rd, 2016].

corporate tax, unless one were to consider that the AWHHT is supplementary to the FCIT; and therefore both would form part and would share the nature of the Chilean corporate taxation.

Finally, the OECD Commentaries have not expressly addressed this particular matter. However, if the AIS were to be considered similar to CFC rules, it should be noted that in accordance to the OECD Commentaries these regimes are not deemed contrary to the provisions of the OECD Model;¹⁵⁴ and accordingly CFC rules are not limited by paragraph 1 of Article 7 of the OECD Model.¹⁵⁵

Specifically in connection with paragraph 5 of Article 10 of the OECD Model, the OECD Commentaries¹⁵⁶ state that CFC rules are not contrary to this provision either, although one of the reasons indicated to reach this conclusion is that the rule analyzed is confined to taxation at the source, which is exactly the scenario under the AIS.

Therefore, there are arguments to hold the position that the AWHHT applied by virtue of the attribution is not a tax on undistributed profits in the terms of the Treaty. Under this interpretation the provisions of the ITL stating the AIS should not be restricted by paragraph 6 of Article 10 of the Treaty.

2.3. LOSS OF FOREIGN TAX CREDIT DUE TO THE APPLICATION OF AWHHT WITHOUT ACTUAL PROFIT OR DIVIDEND DISTRIBUTION

Paragraph 1 of Article 23 of the Treaty sets forth that “In accordance with the provisions and subject to the limitations of the law of the United States (as it may be amended from time to time without changing the general principle hereof), the United States shall allow to a resident or citizen of the United States as a credit against the United States tax on income applicable to residents and citizens: (a) the income tax paid or accrued to Chile by or on behalf of such citizen or resident; and (b) in the case of a United States company owning at least 10 percent of the voting stock of a company that is a resident of Chile and from which the United

¹⁵⁴ OECD Commentaries. Paragraph 23 of Commentary to Article 1. [online] <<http://www.oecd.org/berlin/publikationen/43324465.pdf>> [last review on July, 3rd, 2016].

¹⁵⁵ OECD Commentaries. Paragraph 13 of Commentary to Article 7. [online] <<http://www.oecd.org/berlin/publikationen/43324465.pdf>> [last review on July, 3rd, 2016].

¹⁵⁶ OECD Commentaries. Paragraph 37 of Commentary to Article 10. [online] <<http://www.oecd.org/berlin/publikationen/43324465.pdf>> [last review on July, 3rd, 2016].

States company receives dividends, the income tax paid or accrued to Chile by or on behalf of the payor with respect to the profits out of which the dividends are paid”.

Hence, although Article 23 paragraph 1 of the Treaty allows a credit for foreign taxes, the extent of the credit and the procedure for implementing the credit method would be determined in accordance to the U.S. domestic provisions.

It should be noted that the AWHT falls within the taxes covered by the Treaty in accordance to Article 2, paragraph 3(b),¹⁵⁷ while paragraph 1 of Article 23 provides that the taxes referred to in such Article 2, paragraph 3(b) must be considered “income taxes”.

The significance of Article 23 paragraph 1 is that it stipulates that the taxes of the other contracting State contained in Article 2 of the Treaty shall be considered “income taxes”, and as such they shall qualify as a credit allowed against U.S. Federal income tax. While, under domestic U.S. law, a special examination must be made to determine whether or not a foreign tax paid is an “income tax”, a “war profit tax” or an “excess profit tax”, or whether it is a tax paid “in lieu of” such a tax.¹⁵⁸

The Treaty, the Technical Explanation of the Treaty and the U.S. Model Technical Explanation have not addressed the treatment of timing mismatch scenarios, and all of them have failed to stipulate the period in respect of which a foreign tax must be allowed as a credit. Consequently, these aspects should be analyzed under the U.S. domestic provisions.

As explained in Section (III)(3.1) of this paper, under U.S. law there could be scenarios where U.S. taxpayers are not allowed to a credit for the AWHT paid in Chile under the AIS, arising mainly from the overall limitation contained in I.R.C.§904(a) and from the carryback and carryover of excess tax paid provision set forth in I.R.C.§904(c). Accordingly, if the Chilean entity would make a profit or dividend distribution in these situations a double taxation issue would be posed.

¹⁵⁷ This provision states that “The existing taxes to which this convention shall apply are: (b) In Chile: the taxes imposed under the Income Tax Act (*Ley sobre Impuesto a la Renta*)”.

¹⁵⁸ VOGEL, Klaus. Op.Cit. PP.1232-1233.

It might well be asked, however, whether these double taxation scenarios are acceptable under Article 23 of the Treaty. In this regard, the Technical Explanation of the Treaty¹⁵⁹ and the U.S. Model Technical Explanation¹⁶⁰ set forth that although the Treaty provides for a foreign tax credit, the terms of the credit are determined by the provisions, at the time a credit is given, of the U.S. statutory credit.

Accordingly, the Technical Explanation of the Treaty and the U.S. Model Technical Explanation also highlight that “the U.S. credit under the Convention is subject to the various limitations of U.S. law (see, e.g., Internal Revenue Code §901-§908). For example, the credit against U.S. tax generally is limited to the amount of U.S. tax due with respect to net foreign source income within the relevant foreign tax credit limitation category (see Internal Revenue Code §904(a) and (d)), and the dollar amount of the credit is determined in accordance with U.S. currency translation rules (see, e.g., Internal Revenue Code §986). Similarly, U.S. law applies to determine carryover periods for excess credits and other inter-year adjustments”.^{161, 162}

Consequently, the Technical Explanation of the Treaty and the U.S. Model Technical Explanation suggest that U.S. domestic provisions limiting the use of the credit should apply without any restriction. Under this interpretation, therefore, the same double taxation issues analyzed before would arise despite the existence of the Treaty.

¹⁵⁹ U.S. Treasury Department. Technical Explanation of the Treaty to paragraph 1 of Article 23. [online] <[https://www.treasury.gov/resource-center/tax-policy/treaties/Documents/Treaty-Technical-Explanation Chile-2-4-2010.pdf](https://www.treasury.gov/resource-center/tax-policy/treaties/Documents/Treaty-Technical-Explanation%20Chile-2-4-2010.pdf)> [last review on July, 3rd, 2016].

¹⁶⁰ U.S. Treasury Department. U.S. Model Technical Explanation to paragraph 2 of Article 23. [online] <<https://www.treasury.gov/press-center/press-releases/Documents/hp16802.pdf>> [last review on July, 3rd, 2016].

¹⁶¹ U.S. Treasury Department. U.S. Model Technical Explanation to paragraph 2 of Article 23. [online] <<https://www.treasury.gov/press-center/press-releases/Documents/hp16802.pdf>> [last review on July, 3rd, 2016].

¹⁶² U.S. Treasury Department. Technical Explanation of the Treaty to paragraph 1 of Article 23. [online] <[https://www.treasury.gov/resource-center/tax-policy/treaties/Documents/Treaty-Technical-Explanation Chile-2-4-2010.pdf](https://www.treasury.gov/resource-center/tax-policy/treaties/Documents/Treaty-Technical-Explanation%20Chile-2-4-2010.pdf)> [last review on July, 3rd, 2016].

On the other hand, it could be also argued that although the Treaty refers to the U.S. law for purposes of granting a tax credit, these domestic provisions should not affect the general principle laid down by Article 23 of the Treaty, that is, granting relief to double taxation.

It is important to note that paragraph 4 of the protocol of the Treaty contains the “saving clause”, according to which the Contracting States reserve their rights to tax their residents and citizens as provided under their domestic laws. However, under subsection (a) of this paragraph 4 of the protocol the “saving clause” does not apply to Article 23. Accordingly, the Technical Explanation of the Treaty sets forth that the United States must allow a credit to its citizens and residents in accordance with such Article 23, even if such credit were to provide a benefit not available under the Internal Revenue Code (such as the re-sourcing provided by subparagraph 3(c) and paragraph 5 of Article 23 of the Treaty).¹⁶³ Nevertheless, it is unclear if this could be understood as a limitation to the application of I.R.C. §904(a) and I.R.C. §904(c).

Under this approach, the U.S. legislation would be intended to complement the credit method provided by the Treaty, or even to supplement the Treaty by applying provisions that are more favorable to taxpayers, but the United States should refrain from applying domestic rules imposing restrictions to the credit that may result in a double taxation scenario.

Although the Technical Explanation of the Treaty does not refer to the OECD Commentaries on this matter, it should be noted that the latter, as opposed to the U.S. Model Technical Explanation and to the Technical Explanation of the Treaty, has addressed the treatment of timing mismatch issues.

In effect, the OECD Commentaries state that “The provisions of the Convention that allow the State of source to tax particular items of income or capital do not provide any restriction as to when such tax is to be levied (see, for instance, paragraph 2.2 of the Commentary on Article 15). Since both Articles 23 A and 23 B require that relief be granted where an item of income or capital may be taxed by the State of source in accordance with the provisions of the Convention, it follows that such relief must be provided regardless of when the tax is levied by the State

¹⁶³ U.S. Treasury Department. Technical Explanation of the Treaty to paragraph 1 of Article 23. [online] <[https://www.treasury.gov/resource-center/tax-policy/treaties/Documents/Treaty-Technical-Explanation Chile-2-4-2010.pdf](https://www.treasury.gov/resource-center/tax-policy/treaties/Documents/Treaty-Technical-Explanation%20Chile-2-4-2010.pdf)> [last review on July, 3rd, 2016].

of source. The State of residence must therefore provide relief of double taxation through the credit or exemption method with respect to such item of income or capital even though the State of source taxes it in an earlier or later year”.¹⁶⁴

Hence, apparently under the OECD Commentaries, the State of residence should grant a credit for the tax paid in the State of source (or provide relief under the exemption method), even if such taxation has been imposed in a year and then the distribution is made in a subsequent year, to the extent that such a tax has been applied in accordance with the provisions of the convention.

The OECD Commentaries also suggest that such a credit would be available only by the time the income is subject to taxation in the State of residence, which typically will occur when an actual profit or dividend distribution takes place.¹⁶⁵

¹⁶⁴ OECD Commentaries. Paragraph 32.8 of Commentary to Articles 23 A and 23 B. [online] <<http://www.oecd.org/berlin/publikationen/43324465.pdf>> [last review on July, 3rd, 2016].

¹⁶⁵ Irrespective of the role that this OECD Commentary to Articles 23 A and 23 B of the OECD Model could have on the interpretation of Article 23 of the Treaty, such OECD Commentary is also relevant to determine the position that other treaty partners should take with regard to the AWHT applied under the AIS. In this respect, only few of the treaties in force concluded by Chile under the OECD Model, with treaty partners using the credit method, have followed the wording of Article 23 B of such a model (this is the case, for example, of the treaty signed with Croatia, Denmark, Ecuador, Peru, Poland, Russia and Thailand). It might be argued therefore that these countries should grant a tax credit for the AWHT applied in Chile by reason of the attribution, even though the actual income distribution is done in a succeeding year. However, this obligation would apply only by the time of the distribution, and not when the AWHT is triggered.

All the other conventions concluded by Chile under the OECD Model state in Article 23 some restrictions, or link the relief of double taxation to be given under the convention to what is provided under the domestic provisions of the respective treaty partner, although several of those treaties further provide that these domestic rules shall not affect the principle laid down in Article 23. Consequently, despite those domestic provisions may restrict the granting of double taxation relief in cases with attribution of income, there is at least an argument to claim that these countries should also provide a tax credit for the AWHT paid in Chile under the AIS, since otherwise the purpose of Article 23 would be frustrated.

Where a reference to the domestic provisions has been made in the respective convention but these domestic rules have not been restricted by the general principle laid down in Article 23, based on the OECD Commentaries one could argue that the respective treaty partner would be expected to seek other ways (the mutual agreement

It should be noted that although the wording of the foregoing Article 23 B of the OECD Model and of Article 23 of the Treaty are not identical, both set forth the same in substance, namely, the obligation of the country of residence of granting double taxation relief under the credit method. However, it must be taken into account that the OECD Model does not refer to the domestic legislation as the Treaty does.

If the OECD Commentaries referred to above were to apply to the interpretation of Article 23 of the Treaty, they would support the position under which the United States should not apply its domestic provisions limiting the use of the credit, such as I.R.C. §904(a) and I.R.C. §904(c), where it leads to double taxation situations. Alternatively, under these commentaries whether those domestic rules were to be applied without restriction, United States would be expected to seek other ways to grant double taxation relief, where the subsequent distribution to be made by a Chilean entity would give rise to double taxation.

With regards to the potential application of the mutual agreement procedure provided by Article 26 of the Treaty to the scenario examined, it should be noted that under paragraph 1 of this provision, where a resident of a Contracting State considers that the actions of one or both Contracting States will result in taxation that is not in accordance with the Convention, he/she may present his/her case to the competent authority of the Contracting State of which he/she is resident, or, if his/her case comes under paragraph 1 of Article 25 (Non-Discrimination), to the competent authority of the State of which he is a national. Paragraph 3 of Article 26 of the Treaty provides that those competent authorities shall endeavor to resolve by mutual agreement any difficulties or doubts arising as to the interpretation or application of the convention.

Paragraph 3 of Article 25 of the U.S. Model also sets forth that competent authorities may consult together for the elimination of double taxation in cases not provided for in the respective convention. This could be, in principle, a possible way of invoking the mutual agreement procedure provision, under which the taxpayer would have to claim that

procedure, for example) to relieve the double taxation which might otherwise arise in cases where the State of source levies tax in a different taxation year, which would be the case under the AIS.

Therefore, the OECD Commentaries suggest that, where the AWHIT has been applied pursuant to the AIS, countries with which Chile has a treaty in force concluded under the OECD Model should provide (or seek to provide) double taxation relief.

Articles 10 and 23 of the Treaty do not cover timing mismatch situations, and this would be demonstrated by the fact that a subsequent distribution would give rise to double taxation due to the loss of the foreign tax credit under the U.S. law, which would be contrary to the purpose of the Treaty.

Nevertheless, paragraph 3 of Article 26 of the Treaty does not include such a rule. The application of the mutual agreement procedure under the Treaty would have to be based on the general provisions of paragraph 1 and paragraph 3 explained above. Thus, the U.S. taxpayer would have to sustain that the application of I.R.C. §904(a) and I.R.C. §904(c) by the United States would imply a taxation contrary to Article 23 of the Treaty (as a double taxation scenario would arise). Accordingly, under this position United States and Chile would have to resolve this problem arising from the interpretation of the Treaty, given that United States would understand that pursuant to that Treaty its domestic provisions should apply without restriction.

In addition, although the Technical Explanation of the Treaty has not expressly referred to the OECD Commentary on this subject either, the wording of paragraph 3 of Article 25 of the OECD Model (concerning the mutual agreement procedure) is similar to the wording of the same paragraph of Article 26 of the Treaty.¹⁶⁶ In this respect, the OECD Commentaries provide that under paragraph 3 of Article 25 of the OECD Model the competent authorities can, in particular, where the laws of a State have been changed without impairing the balance or affecting the substance of the convention, settle any difficulties that may emerge from the new system of taxation arising out from such changes.¹⁶⁷ This could be a further ground to claim that, at least theoretically, a U.S. taxpayer subject to double taxation in the scenario analyzed could present his/her case to the competent authority under Article 26 of the Treaty, as the AIS would imply a new tax regime leading to a treaty interpretation issue.

Notwithstanding the above, it will be necessary to wait for the entering into force of both the AIS and the Treaty, in order to determine the actual position that the United States' tax authority will take with regards to this problem.

¹⁶⁶ With the only exception that the OECD Model also states in such paragraph that the competent authorities "may also consult together for the elimination of double taxation in cases not provided for in the Convention".

¹⁶⁷ OECD Commentaries. Paragraph 52 of Commentary to Article 25. [online] <<http://www.oecd.org/berlin/publikationen/43324465.pdf>> [last review on July, 3rd, 2016].

2.4. LOSS OF FOREIGN TAX CREDIT DUE TO THE DISPOSAL OF SHARES OF (OR INTEREST IN) THE CHILEAN ENTITY

The Treaty, the Technical Explanation of the Treaty, and the U.S. Model Technical Explanation have not addressed this issue.

With regards to the transferor of interest or shares of a Chilean entity subject to the AIS, Article 23 of the Treaty refers to the domestic provisions for purposes of granting a foreign tax credit. In accordance to I.R.C. §905(a), in principle the credit could be taken in the year in which the AWHT accrued. However, under the overall limitation contained in I.R.C. §904(a) the credit for the AWHT applied pursuant to the AIS would remain unused under certain circumstances, while I.R.C. §904(c) limits the amount of years in which such credit may be carried back and carried over, where that credit has been excluded under the I.R.C. §904(a) limitation.

Nevertheless, the particularity of the situation analyzed is that certainly the U.S. taxpayer will not be subject to double taxation, assuming that the United States, as a general rule, would levy the corresponding foreign source income on a cash basis. Given that the distribution to be made by the Chilean entity would be received by the transferee, the transferor would be subject only to the AWHT.

This implies that the benefits of the Treaty would not be available to a U.S. taxpayer in such a situation. Article 23 of the Treaty should apply where at least a potential double taxation scenario arises, so that there would be no basis to claim a credit assuming that the income will not be taxed in the United States.¹⁶⁸

Likewise, the OECD Commentaries suggest that the obligation of providing double taxation relief would apply by the time the income is levied by the State of residence. Consequently, under the OECD Commentaries one could also lead to the same conclusion.

In relation to the transferee and in case he/she is also a U.S. taxpayer, besides not being subject to double taxation, a credit should not be allowed under the Treaty due to the legal liability rule as explained above.¹⁶⁹ In effect, the transferee must not be deemed as the person who is legally liable for the payment of the AWHT,¹⁷⁰ given that the income was

¹⁶⁸ A further analysis should be made to determine the capital gain tax treatment under the Treaty and its effects on the problem examined.

¹⁶⁹ See Section (III)(3.2) of this paper.

¹⁷⁰ In the terms of Treas. Regulation §1.901-2(f)(1).

attributed to the transferor, and accordingly the latter was the taxpayer levied with AWHT.

Therefore, there would be no arguments in favor of the granting of a foreign tax credit in this scenario.

II

Notas de Actualidad

NUEVO PRONUNCIAMIENTO DE LA SUPERINTENDENCIA DE VALORES Y SEGUROS Y SU IMPLICANCIA EN EL TRATAMIENTO TRIBUTARIO DE LOS FONDOS DE INVERSIÓN Y SUS RESPECTIVOS APORTANTES

La Superintendencia de Valores y Seguros (SVS) emitió, el 27 de Julio de este año, la Norma de Carácter General N° 410 de 2016 (NCG 410), la cual clarifica la definición de “inversionista institucional” para efectos de las normas que regulan los fondos de inversión.

Hasta la dictación de la NCG 410, el concepto de inversionista institucional no estaba claramente definido por ley, al mismo tiempo que el estatus de inversionista institucional se entendía conferido en mayor medida a entidades chilenas. La nueva regulación, que entra en vigencia y tiene plena aplicación desde la fecha de su emisión, permitirá calificar a inversionistas extranjeros, fondos extranjeros y vehículos colectivos de inversión como inversionistas institucionales, haciéndolos partícipes de los beneficios que este estatus conlleva.

El sistema tributario chileno establece ciertos beneficios para los fondos de inversión públicos, entre los cuales se encuentran:

- Dichos fondos no se encuentran afectos al impuesto de primera categoría;
- Las distribuciones de utilidades hechas por los fondos de inversión públicos a inversionistas extranjeros se encuentran afectas a un impuesto único de tasa del 10% (a diferencia de la tasa de impuesto

adicional del 35% que grava la distribución hecha por otros vehículos de inversión). La ganancia de capital generada en la enajenación o transferencia de las cuotas de estos fondos se encuentran también afectas al impuesto único de tasa 10%; y,

- La distribución por parte de los fondos de inversión público de rentas de fuente extranjera podrá encontrarse exenta de impuestos en Chile, en la medida que se cumplan ciertos requisitos:
 - a. Que al menos durante 330 días continuos o discontinuos, el 80% o más del valor del activo total del fondo, esté conformado por inversiones en instrumentos, títulos o valores emitidos en el extranjero por personas o entidades sin domicilio ni residencia en Chile, o en certificados que sean representativos de tales instrumentos, títulos o valores; bienes situados en el extranjero o instrumentos, títulos, valores o certificados que sean representativos de tales bienes, y/o en contratos de derivados y otros de similar naturaleza cuyos activos subyacentes no sean de fuente chilena;
 - b. Que la política de inversión fijada en su reglamento interno sea coherente con la letra a) anterior.
 - c. Que el reglamento interno establezca la obligación por parte de la administradora, de distribuir, entre los partícipes la totalidad de los dividendos, intereses, otras rentas de capitales mobiliarios y ganancias de capital percibidas o realizadas por el fondo, según corresponda, que no gocen de una liberación del impuesto adicional y que provengan de los instrumentos, títulos, valores, certificados o contratos emitidos en Chile y que originen rentas de fuente chilena según la ley sobre Impuesto a la Renta, durante el transcurso del ejercicio en el cual dichas cantidades hayan sido percibidas o realizadas, o dentro de los 180 días corridos siguientes al cierre de dicho ejercicio.

Dentro de los requisitos para calificar como un fondo de inversión público se encuentran que el fondo respectivo sea administrado por una entidad regulada para tales efectos, y que tenga al menos 50 inversionistas. No obstante este último requisito, el mínimo de inversionistas no será requerido en caso que uno de los inversionistas de fondo sea un inversionista institucional.

La NCG 410 extiende expresamente la definición de inversionista institucional para incluir, entre otras, a las siguientes personas o entidades:

- a. Aquellas extranjeras cuyo giro principal está sometido a la regulación aplicable al giro bancario, de compañías de seguro o reaseguros conforme al marco jurídico aplicable en su país de origen;
- b. Los fondos u otro tipo de vehículo de inversión colectiva, ambos extranjeros, que cumplan al menos una de las siguientes condiciones:
 1. Que el órgano a cargo de las decisiones de inversión del fondo o sus propios administradores desempeñando esa función, sean fiscalizados en su calidad de tales por un organismo público o privado de similar competencia a la SVS o a la Superintendencia de Pensiones; o
 2. Que esté sometido, en su calidad de fondo o vehículo de inversión colectiva, a la fiscalización por parte de un organismo de similar competencia a la SVS o a la Superintendencia de Pensiones.

Es importante mencionar que la NCG 410 hace expresa mención que los nuevos requisitos para ser considerado como un inversionista institucional se emiten de conformidad a la letra e) del artículo 4 bis de la Ley N° 18.045 (Ley de Mercado de Valores). En efecto, es este último cuerpo normativo el cual indica, luego de enumerar ciertas instituciones que serán entendidas como inversionistas institucionales, que también tendrán este carácter las entidades que señale la SVS mediante una norma de carácter general, siempre que se cumplan ciertas condiciones copulativas.

Ahora bien, el párrafo octavo del numeral iii) de la letra B) del número 1.- del artículo 82 de la Ley N° 20.712 (Ley Única de Fondos) establece que en el caso de contribuyentes sin residencia ni domicilio en el país que no fueren personas naturales o inversionistas institucionales que cumplan con los requisitos que defina el Reglamento de la Ley Única de Fondos, no podrán gozar del tratamiento tributario de ingreso no renta, en caso que tengan, en forma directa o indirecta, como socio, accionista, titular o beneficiario de su capital o de sus utilidades, a algún residente o domiciliado en Chile con un 5% o más de participación o beneficio en el capital o en las utilidades del mismo.

Esta disposición tiene como finalidad limitar el uso de esta franquicia tributaria para contribuyentes chilenos que, a través de formas jurídicas extranjeras, podrían verse beneficiados. Lo anterior, a menos que la inversión se lleve a cabo por personas naturales o inversionistas institucionales.

En este respecto, la letra h) del artículo 23 del Reglamento de la Ley Única de Fondos establece que para efectos de la franquicia tributaria contenida en el artículo 82, serán considerados como inversionistas

institucionales sin domicilio ni residencia en el país, entre otros, aquellos que cumplan las características que defina la SVS, previo informe del Servicio de Impuestos Internos (SII).

Así, es dable concluir que, no obstante la ampliación de la definición de inversionista institucional establecida por la NCG 410, ésta no conllevaría un otorgamiento del tratamiento de ingreso no renta a aquellos inversionistas institucionales que cumplan con los requisitos señalados en la NCG 410, toda vez que dicho pronunciamiento de la SVS no ha sido emitido previo informe del SII.

La postura anterior tiene asidero en la misma interpretación que ha hecho el SII en relación a la materia. En el oficio N° 1925 de 2014, el SII señaló que son inversionistas institucionales para los efectos de la Ley N°20.712, aquellas entidades que expresamente establece la letra e), del artículo 4 bis de la Ley N°18.045, norma que faculta a la SVS, para efectuar esta calificación a través de Norma de Carácter General, y que sólo en los casos de inversionistas institucionales sin domicilio ni residencia en Chile, a que se refiere la letra h) del artículo 23 del Reglamento de la Ley Única de Fondos, y para efectos de lo dispuesto en el párrafo octavo del numeral iii), de la letra B), del N°1 del artículo 82 de la Ley Única de Fondos, será necesario un informe del SII.

En virtud de lo anteriormente expuesto, la nueva regulación abre nuevas oportunidades de inversión para los inversionistas extranjeros, fondos extranjeros o instrumentos de inversión colectiva que cumplan con los requisitos para calificar como un inversionista institucional para efectos de la normativa interna, pudiendo obtener por tanto, un tratamiento tributario favorable a través de los vehículos de inversión nacionales apropiados. Lo anterior, sin perjuicio de mantenerse vigente la limitación al beneficio tributario del ingreso no renta del artículo 82 de la Ley Única de Fondos, casos en los cuales la calificación de inversionista institucional deberá verificarse con la normativa contenida en el artículo 23 del Reglamento de la Ley Única de Fondos, sin poder basarse en los principios vertidos por la NCG 410 recientemente dictada.

SENTENCIA DE TRIBUNAL TRIBUTARIO Y ADUANERO DE LOS LAGOS SOBRE PRECIOS DE TRANSFERENCIA

El Tribunal Tributario y Aduanero de la Región de Los Lagos, mediante sentencia de fecha 23 de julio de 2015, acogió un reclamo interpuesto en contra de unas liquidaciones, en atención a la inaplicabilidad del artículo 38 de la Ley de Impuesto a la Renta (en adelante LIR) y ante la inexistencia, además, de antecedentes suficientes para impugnar fundadamente los precios que MMM Limitada cobra por las operaciones realizadas a III.

La importancia de esta sentencia radica en que es el primer fallo existente que dice relación con la aplicación de las normas sobre precio de transferencia contenidas en el artículo 41 E de la Ley de Impuesto a la Renta.

En la mencionada sentencia, el Tribunal establece que no existe ningún antecedente que permita considerar que existe la relación exigida por el artículo 38 de la LIR entre las empresas que ejecutaron los actos fiscalizados, esto es MMM Limitada e III.

En términos fácticos, FFF Limitada era controladora de la reclamante MMM Limitada. Por su parte, PPP era la controladora de FFF Limitada con un 90,1501% y el 0,1% restante correspondía a III. En consecuencia, PPP es una empresa relacionada con FFF Limitada y, a su vez, de MMM Limitada. Sin embargo, no está acreditada ninguna hipótesis de control entre III y FFF Limitada y, por lo tanto, tampoco se acredita la existencia de relación entre III y la reclamante MMM Limitada, como lo sostuvo el Servicio de Impuestos Internos.

Para arribar a la conclusión anterior, el tribunal examina el artículo 38 inciso 3, 6 y 7 de la referida Ley, determinando que el concepto de relacionamiento está en conexión de dependencia con los conceptos de dirección, control y capital, previniendo que la existencia de acuerdos consistente en un contrato de exclusividad, acuerdo de actuación conjunta, tratamientos preferenciales, dependencia financiera o económica, y depósitos de confianza, son sólo hipótesis específicas del control requerido para el relacionamiento.

No obstante, al no existir a la época de las operaciones fiscalizadas ninguna definición de relacionamiento específica para el ámbito tributario, en conformidad al artículo 22 inciso 2 del Código Civil el Tribunal, el Tribunal consideró apropiado recurrir a los estatutos de relacionamiento establecidos en otras leyes de nuestro ordenamiento, a saber, Ley N° 18.045 y 18.046.

Conforme a lo anterior, concluye que no existe una relación patrimonial directa entre ambas sociedades, a saber, MMM Limitada e III. Además, en el caso de la partición de III en la controladora de MMM Limitada, FFF Limitada, esta participación no alcanzaba el 10%, estando muy lejos de los porcentajes propuestos por los artículos 86 de la Ley N° 18.046, el cual define el concepto de sociedad filial, y 97 de la Ley N° 18.045, quien define el concepto de sociedad controladora, y tampoco cumple los requisitos establecidos en el artículo 87 de la Ley N° 18.046 para ser considerada coligada. A mayor abundamiento, no se cumplieron ninguna de las hipótesis para ser considerada sociedad relacionada, en los términos del artículo 100 de la Ley N° 18.045.

En segundo término, respecto al precio cobrado por MMM por operaciones de ventas de astillas de eucaliptus especies Globulus y Nitens, el Tribunal concluye, en atención a dos informes, un informe pericial y análisis de comparabilidad, que los precios cobrados por MMM Limitada en las operaciones fiscalizadas corresponden a los que pudiesen ser legítimamente fijados por empresas independientes. Asimismo, estima importante tener en consideración las características del mercado en que fueron fijados los precios usados como comparables y al respecto indica que las empresas productoras de eucaliptus Globulus y Nitens a nivel nacional son pocas, que el proceso de fijación de precios no se hace en base a las reglas de un mercado competitivo y que las empresas comparables para determinar el precio realizan una negociación anual con las empresas vendedoras, en la cual la empresa reclamante no participaba. A juicio del sentenciador, la relevancia de lo anterior radica en que se evidencia que

el precio de los comparables tomados como base para realizar los ajustes por el Servicio de Impuestos Internos no fue un parámetro fidedigno, existiendo presunciones fundadas de que estuvo por sobre el precio que se fijaría en un mercado verdaderamente competitivo.

Finalmente, en la sentencia queda en evidencia que en el proceso no resultó posible establecer cuál fue el método de precios de transferencia aplicado por el Servicio para liquidar al contribuyente. Esto se corrobora en las declaraciones contradictorias de los dos testigos, el primero dice que el método aplicado fue el de “rentabilidad razonable”, no existiendo dicho método entre las opciones propuestas por las directrices de la OECD y el segundo testigo confunde los términos ingreso y rentabilidad, no aplicando, asimismo, ninguno de los métodos propuestos por la OECD

No obstante lo anterior, según el análisis realizado al procedimiento llevado a cabo por el organismo fiscalizador, el sentenciador infringió que el Servicio utilizó en alguna medida la aplicación del método del Precio Libre Comparable. Sin embargo, el Servicio de Impuestos Internos renunció a la posibilidad de sostener su defensa basada en la aplicación del método referido y optó por un camino propio, en el que se enfrascó en una línea argumentativa confusa que no resultaron ni lógica ni lingüísticamente convincentes.

En definitiva, a juicio del Tribunal, no resulta excusable la omisión del ente fiscalizador acerca del método usado para medir las presuntas diferencias de impuestos a favor del Fisco, lo que provoca la indefensión de la reclamante e incumple lo establecido en el inciso tercero del artículo 38 de LIR, pues se exige que la impugnación sea fundada.

Conforme todo lo antes señalado, el Tribunal estima que no es aplicable a las operaciones de venta de astillas de eucaliptus especies *Globulus* y *Nitens*, entre la reclamante MMM Limitada y la empresa III, las normas sobre precio de transferencia establecidas en el artículo 38 de la Ley de Impuesto a la Renta, en atención a que no existe relación entre ambas empresas, exigido por la disposición legal citada.

BORRADOR DE CIRCULAR SOBRE LEY N° 20.712 SOBRE LA ADMINISTRACIÓN DE FONDOS DE TERCERO Y CARTERAS INDIVIDUALES

En el Diario Oficial de 7 de enero de 2014, se publicó la Ley N° 20.712, que aprobó el texto de la Ley que regula la administración de Fondos de terceros y carteras individuales, conocida como Ley Única de Fondos (en adelante también LUF o la Ley). Esta ley viene a reemplazar orgánicamente la regulación contenida hasta la fecha en leyes anteriores.

La LUF establece entre otras materias, un tratamiento tributario general para dichos Fondos Mutuos, Fondos de Inversión y los Fondos Inversión Privados¹⁷¹. Por esta razón, entre los días 28 de abril y 12 de mayo de este año, el Servicio de Impuestos Internos propuso el borrador de la Circular que interpreta el tratamiento tributario de los fondos regulados por la LUF¹⁷² (en adelante la “Circular”), que hasta el momento sólo había tenido un tratamiento asilado a nivel de oficios emitidos por el Servicio de Impuestos Internos.

La Circular se pronuncia sobre diversos temas, incluyendo: (i) los tipos de fondos regulados en la LUF, (ii) el tratamiento tributario de las reorganizaciones de los fondos, (iii) el régimen tributario que afecta a

¹⁷¹ El tratamiento tributario de los Fondos de Inversión Públicos fue resumido anteriormente en la presente edición del Anuario. Ver Nota de Actualidad relativa a nuevo pronunciamiento de la Superintendencia de Valores Y Seguros relativo a los nuevos requisitos para ser considerado como inversionista institucional.

¹⁷² Dicha circular aún se encuentra en proceso de redacción.

los aportantes chilenos o extranjeros, (iv) obligaciones de retención, (v) aplicación de la facultad de tasación del Servicio de Impuestos Internos, (vi) enajenación o rescate de cuotas, (vii) tributación aplicable a las sociedades administradoras, entre otras. No obstante, existen ciertos puntos abiertos en la Circular que vale la pena revisar:

1. La Circular no hace referencia a la contradicción existente en la norma respecto a la cantidad mínima de aportantes y las cuotas pagadas por estos. La nueva normativa exige un mínimo de cuatro aportantes no relacionados, no pudiendo ninguno de ellos tener menos de un 10% de las cuotas pagadas. La Circular no aclara si este requisito sólo aplica en caso de tener 4 aportantes o si todos los aportantes deben cumplir con dicha proporción. Adicionalmente, no se pronuncia respecto a que el mínimo de un 10% produce como efecto que el FIP no pueda tener más de 10 aportantes, en términos tales que la Ley establece como máximo 50 aportantes.
2. Como ya se señaló el artículo 84 de la LUF dispone que los FIP consisten en aquellos fondos de inversión que tengan menos de 50 partícipes, que no sean integrantes de una misma familia y que no están sometidos a la fiscalización de la SVS. Hay una inconsistencia en la Ley que no prevé una solución reglamentaria para la misma.
3. Para efectos de determinar si un fondo de inversión privado (“FIP”) califica para los beneficios de la LUF, el artículo 92 de la LUF establece que una vez transcurrido un año contado desde la creación del fondo, deberá tener al menos cuatro aportantes no relacionados entre sí, no pudiendo ninguno de ellos tener menos de un 10% de las cuotas pagadas del fondo, a menos que el FIP cuente entre sus aportantes con un inversionista institucional que tengan a lo menos un 50% de las cuotas del fondo. En caso de incumplimiento, el FIP tendrá 6 meses para regularizar la situación.
4. La Circular ha interpretado que el plazo para regularizar al FIP operará automáticamente al efectuarse la comunicación del incumplimiento al SII. La Ley no agrega este requisito adicional de información, y no queda claro si el SII tiene facultades para impugnar la información.

Por otro lado, el artículo 92 señala que en caso de no regularizar la situación, el FIP será considerado como una sociedad anónima para los efectos de la Ley sobre Impuesto a la Renta, respecto de los beneficios y utilidades que obtengan desde el ejercicio comercial en

que se hubiera producido la infracción, o bien, a contar de la fecha de creación del fondo, en caso que se trate del primer ejercicio de funcionamiento del mismo.

La Circular no aclara si en caso de no regularizar la situación, el FIP será considerado como una sociedad anónima para efectos del ejercicio comercial de la fecha de incumplimiento, de la fecha de información al SII o del ejercicio correspondiente al término del plazo de adecuación de 6 meses.

De igual forma, dado que la sanción establecida en la ley sólo se limita a la aplicación de la Ley sobre Impuesto a la Renta, la Circular debiese haber regulado específicamente el tratamiento de los FIP para efectos de las otras leyes tributarias¹⁷³ y las obligaciones tributarias que le corresponden.

5. El artículo 11 de la LIR indica que no se considerarán situadas en Chile, las cuotas de fondos de inversión, regidos LUF siempre que ambos estén respaldados en al menos un 90% por títulos, valores o activos extranjeros. No obstante la Circular sólo se refiere a la aplicación de esta norma para los Fondos de Inversión, y no para los FIP. ¿Significaría esto que no es aplicable a estos últimos? Quizás una interpretación armónica implicaría entender que dicho artículo es aplicable a los FIP, siempre que cumplan con los requisitos del artículo 92 de la LUF, antes mencionados.
6. El artículo 82 y 86 de la LUF, se refiere al “rescate del capital con ocasión de la liquidación del FIP”. No es claro si dicha liquidación se rige por lo dispuesto en el artículo 38 Bis de la Ley de Impuesto a la Renta y si se encuentra sometido el orden de imputación del artículo 17 N°7 de la LIR para objeto de determinar el impuesto aplicable a las sumas que el FIP restituya a sus aportantes.

En el mismo sentido, el artículo 69 del Código Tributario señala que el SII debe autorizar las disminuciones de capital que realicen los contribuyentes de Impuesto de Primera Categoría que declaren sus rentas en base a contabilidad completa. No obstante, no es claro si dicha norma afecta a los rescates de cuotas o de fondos mutuos, o si afecta a los FIP que deban ser tratados como sociedades anónimas.

¹⁷³ Especialmente relevante puede ser la aplicación de la Ley de Rentas Municipales, Código Tributario y tratamiento tributario para la aplicación de Convenios para Evitar la Doble Tributación.

7. La Circular no regula si la obligación de dar aviso de inicio de actividades afecta a los FIP que sólo obtienen rentas del artículo 20 N° 2 de la LIR. En el mismo sentido, no se distingue expresamente si dicha obligación sería a los fondos existentes con anterioridad a la LUF y con posterioridad a ella.
8. La Circular confirma la forma de aplicación de las normas sobre corrección monetaria, y si los criterios contenidos en previos pronunciamientos antes mencionados siguen vigentes en la actualidad para cuotas en cualquier tipo de Fondos de Inversión o Fondos Mutuos.
9. El artículo 80, inciso segundo de la LUF señala que se entenderá por beneficios netos percibidos la cantidad que resulte de restar a la suma de utilidades, intereses, dividendos y ganancias de capital efectivamente percibidos, el total de pérdidas y gastos devengados en el período. Luego, se registrarán en el libro FUT, las utilidades que el fondo reciba de terceros con derecho a crédito por Impuesto de Primera Categoría si aplica. Por su parte, la administradora deberá registrar las cantidades exentas de impuestos finales e ingresos no constitutivos de renta, que sean recibidas por el fondo. No obstante, la Circular no se refiere a las normas de registro e imputación que estarán vigentes a partir del 2017, en relación con los sistemas de renta atribuida (artículo 14, letra A de la LIR) y parcialmente integrado de tributación (artículo 14, letra B de la LIR).

No hay claridad de la fecha en la que el Servicio de Impuestos Internos emitirá la respectiva Circular, pero esperamos que además de aclarar los criterios antes mencionados, trate de forma expresa la aplicación de la normativa vigente a partir de 2017, dada la complejidad en armonizar las normas de la LIR con la determinación del cálculo de beneficios netos al nivel de los Fondos de Inversión, FIP y Fondos Mutuos.

III
Jurisprudencia Judicial
y Administrativa

JURISPRUDENCIA JUDICIAL

**“Agrícola Comercial, Servicios e Inversiones Lainca Ltda.
con Servicio de Impuestos Internos, Región L.G.B. OHIGGINS
(reclamo tributario)”**

Rol N°176-2016, C.A de Rancagua 05/08/2016

Materia: Inadmisibilidad probatoria en segunda instancia;
Artículo 132 inciso 11° del Código Tributario.

La Iltma. Corte de Apelaciones de Rancagua confirmó la sentencia de primera instancia dictada por el Tribunal Tributario y Aduanero de Rancagua con fecha 02 de febrero de 2016.

El recurrente fue citado por el SII con fecha 26 de mayo de 2014 para que acompañara los antecedentes que acreditaran la pérdida tributaria declarada, los cuales fueron acompañados en segunda instancia con fecha 15 de marzo de 2016, en razón de las normas del derecho común que permiten la rendición de prueba documental en segunda instancia, de acuerdo al tenor del artículo 348 del Código de Procedimiento Civil (en adelante, “CPC”).

Al respecto, el SII solicitó en primera instancia, se declarara la inadmisibilidad probatoria de los documentos acompañados por el apelante, en razón del artículo 132 del Código Tributario (en adelante, “CT”) cuyo inciso 11 dispone lo siguiente: “El Juez Tributario y Aduanero se pronunciará en la sentencia sobre esta inadmisibilidad”. En razón de ello, fundamenta que los documentos que el recurrente acompaña son extemporáneos en atención al inciso 3 del artículo 132 cuyo tenor es el siguiente: “El término probatorio será de veinte días y dentro de él se

deberá rendir toda la prueba”

Respecto de los argumentos esgrimidos por la Iltma. Corte de Apelaciones de Rancagua, ésta señala que deberá distinguirse entre la inadmisibilidad probatoria consagrada en el inciso 11° del artículo 132 del CT y la posibilidad de rendir prueba en segunda instancia. Acto seguido la Corte, aludiendo al Informe de la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento de Senado, concluyó que: *“no podría entenderse que los antecedentes que el contribuyente no aportó ante el SII, y por ende, no puede incorporar en primera instancia, si pueda hacerlo ante la Corte de Apelaciones, ya que es una limitación probatoria para todo el proceso judicial, en la medida que se den los requisitos que impone la misma norma”*.

En este sentido, la Iltma. Corte de Apelaciones de Rancagua declaró que, de una revisión de la citación que rola a fojas 162 a 163 de autos, se acredita el cumplimiento de todos los requisitos para declarar la inadmisibilidad probatoria, confirmándose en su mérito, la sentencia apelada.

Es del caso destacar que, con fecha 24 de agosto de 2016, la parte reclamante dedujo en contra de esta sentencia, Recurso de Casación en el Fondo, el que se encuentra pendiente de resolución.

**“Club de Golf Las Brisas de Santo Domingo con SII”
Rol 41811-2016, CS 20/07/2016; Rol 5-2016, TEA Segunda Serie
No Agrícola Valparaíso 29/06/2016**

Materia: Inadmisibilidad Recurso de Queja; Exención Impuesto Territorial Recintos Deportivos; Vulneración al Principio de Juridicidad.

La Excma. Corte Suprema, declaró inadmisibles un recurso de queja interpuesto por el Servicio de Impuestos Internos, en contra de la sentencia dictada por el Tribunal Especial de Alzada de la Segunda Serie No Agrícola de Valparaíso, en cuanto estimó que el conocimiento del recurso de queja, al interponerse en contra de la sentencia dictada por un tribunal especial de alzada, excede su competencia en asuntos jurisdiccionales, en cuanto señaló que el procedimiento de estos tribunales, no consulta de manera expresa el recurso interpuesto, así como tampoco hay referencia al tribunal llamado a conocerlo, no siendo aplicable entonces las reglas generales previstas en el Código Orgánico de Tribunales, especialmente las referidas a la naturaleza de la resolución y la carencia de recursos.

En este sentido, el Tribunal Especial de Alzada revocó la sentencia dictada por el Tribunal Tributario y Aduanero de Valparaíso, que rechazó el reclamo interpuesto por el contribuyente en contra de la Resolución del Servicio de Impuestos Internos que dejaba sin efecto la exención al impuesto territorial que gozaba Club de Golf en virtud del artículo 2 de la Ley 17.235 –exenciones a recintos deportivos de carácter particular–, en cuanto sostiene convenio vigente de uso gratuito con un colegio subvencionado de la zona que le permite a sus alumnos la utilización gratuita de sus instalaciones.

La sentencia del tribunal de primera instancia, confirmó la Resolución reclamada, en cuanto estimó como elemento fundamental para la mantención de la exención, la utilización efectiva de las instalaciones y no la vigencia del convenio, en circunstancias que la última concurrencia al Club de Golf se realizó en el año 2011, se encontraría incumpliendo de esta forma la Ley N°17.235 y lo establecido en el Decreto N°13/2006 del Ministerio de Educación que fija requisitos específicos para el otorgamiento de la exención, por lo que era procedente su eliminación.

El Tribunal Especial de Alzada por su parte, revocó la sentencia del Tribunal Tributario y Aduanero, señalando que el requisito indispensable para la mantención del beneficio tributario, de acuerdo a lo establecido en la ley y en el Decreto del Ministerio de Educación, es la existencia del convenio vigente de utilización gratuita, no siendo la concurrencia o no de los alumnos en un determinado espacio de tiempo, el cual por lo demás no se encuentra establecido por ley, un elemento relevante para validar la eliminación de la exención, ya que si así fuera, el tiempo de no uso (un mes, un semestre, un año, etc.) quedaría arbitrariamente regulado por el organismo fiscalizador, vulnerando de esta forma el principio de juridicidad al cual debe ceñirse el Servicio de Impuestos Internos.

**“Compañía del Mar y de la Patagonia S.A.
con SII Dirección Regional de Punta Arenas”
Rol N° 3263-2015, C.S. 18/04/2016**

Materia: Interés pecuniario como presupuesto para interponer reclamo tributario.

La Excma. Corte Suprema acogió el recurso de Casación en el Fondo deducido por el contribuyente (en adelante e indistintamente COMAPA) en contra de la sentencia dictada por la II tma. Corte de Apelaciones de

Punta Arenas, que confirmó la sentencia de primera instancia dictada por el TTA de Punta Arenas, el cual rechazó el reclamo interpuesto en contras de las Liquidaciones 18.104 y 18.015, por concepto de impuesto único del inciso tercero del artículo 21 de la ley sobre impuesto a la renta y reintegro del artículo 97 de la misma ley.

El contribuyente fundamenta su recurso señalando que, en la sentencia dictada por la Iltma. Corte de Apelaciones de Punta Arenas, se cometieron una serie de errores de derecho que influyeron sustancialmente en lo dispositivo del fallo, principalmente, la infracción al artículo 124 de Código Tributario, en cuanto la sentencia recurrida señaló que el contribuyente no tendría derecho a reclamar en contra de las Liquidaciones señaladas, en cuanto estas tienen como antecedente la Resolución Exenta 29 emitida en contra de Compañía Marítima de Remolcadores Limitada (en adelante COMAREM), que declaró improcedente la imputación de gastos por concepto de indemnización por años de servicio pagada a un trabajador, señalando el contribuyente en su recurso que, el hecho de que COMAREM no haya reclamado en sede jurisdiccional la resolución señalada no le quita su derecho a reclamar, en cuanto existe un interés actual comprometido en los términos señalados en el artículo 124 del Código Tributario.

En segundo lugar, fundamenta su recurso en una serie de infracciones a normas del Código Tributario y del Trabajo, en cuanto manifiesta que el trabajador al cual fueron pagadas las indemnizaciones, prestó a lo largo de 27 años servicios para un solo empleador por tratarse todas de empresas relacionadas siendo COMAPA la matriz local del Holding, sumado a que en el caso existiría continuidad laboral, y por tanto deben ser reconocidos todos los años trabajados para el cálculo de la indemnización, la cual al encontrarse pactada en el contrato de trabajo, tiene el carácter de obligatoria y no voluntaria.

La Excma. C.S. después de realizar un resumen de los argumentos esgrimidos en primera y segunda instancia, comienza el análisis de los errores de derecho denunciados, en primer lugar, analiza el que dice relación con la infracción al artículo 124 del Código Tributario, señalando que de dicha norma se puede concluir que toda persona que invoque un interés actual comprometido, es decir, un interés pecuniario, real y efectivo, que diga relación directa con la materia objeto del reclamo y que exista a la época del reclamo, puede reclamar, sin necesidad de ser contribuyente o responsable del impuesto, por lo que la sentencia recurrida yerra al sostener que al no haber reclamado el contribuyente destinatario

de esa resolución, COMAREM, ni quién podía invocar un interés actual comprometido respecto de la misma, COMAPA, esta última no pudiera cuestionar en su reclamo las liquidaciones practicadas en contra, con posterioridad y derivadas de esa resolución, los elementos que le sirvieron de base para determinar el impuesto que se le cobra o cuya restitución el Servicio persiga.

Por tanto, el artículo 124 del Código Tributario, no requiere para reclamar de los elementos que sostienen una liquidación que se derive de lo dictaminado en una resolución anterior contra un tercer contribuyente, que previamente este último haya objetado la misma, interpretación que se encuentra en armonía con lo dispuesto en el artículo 8 Número 1 de la Convención Americana de Derechos Humanos que garantiza el derecho al debido proceso.

Asentado entonces por la Excma. C.S. que COMAPA puede en su reclamo cuestionar los elementos que fundaron el rechazo de los gastos imputados por COMAREM, procede al estudio de ese asunto, señalando que la necesidad del gasto, en relación al pago de indemnizaciones por años de servicio, solo pueden calificarse como tales aquellas que no puedan dejar de ser pagadas por imperativo legal, estableciéndose que en el caso, y de acuerdo al análisis de la normativa, solo puede reconocerse como obligatoria y por ende necesaria para efectos tributarios, aquella que tiene un tope de 90 UF, y un límite máximo de 330 días de remuneraciones, considerando el Excmo. Tribunal en este caso, que todo exceso es considerado gasto no necesario para producir renta, rechazando como pretende el contribuyente que dicho exceso se considere como necesario para COMAREM.

Señala a su vez el Tribunal de Casación, que en relación a la falta de aplicación del principio de continuidad laboral si existe la infracción denunciada, sin embargo, para efectos tributarios solo deben considerarse como gastos necesarios los límites señalados y no la totalidad de los años en los cuales el trabajador prestó servicios a las diferentes empresas del Holding, debiendo reconocerse en este caso como gasto necesario el máximo del límite legal establecido.

**“Constructora FV Limitada contra SII”
Rol N°282-2015, C.A. de Santiago 11/01/2016**

Materia: Gasto rechazado; Multas contractuales Ministerio de Obras Públicas.

La Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago confirmó la sentencia de primera instancia dictada por el 4° TTA de Santiago de fecha 28 de octubre de 2015, que rechazó el reclamo interpuesto por el contribuyente. A su vez, con fecha 28 de enero de 2016, el contribuyente dedujo Recurso de Casación en el Fondo en contra de la sentencia de segunda instancia.

La Iltma. Corte coincide con el raciocinio expresado en la sentencia de primera instancia respecto a considerar que no es posible calificar como gasto necesario una partida correspondiente a multas impuestas por el Ministerio de Obras Públicas en el cumplimiento de contratos administrativos de obras públicas. Lo anterior, en atención a que la Iltma. Corte estima que el pago final corresponde a un ingreso percibido por un monto neto facturado, produciéndose un ingreso a caja inferior, operando como descuento hasta por el monto de la multa aplicada por el incumplimiento, por lo que el deudor extinguiría la obligación de la factura de manera total o íntegra a través de su pago y compensación parcial. En esta línea, sostiene que en atención al artículo 31 de la Ley sobre Impuesto a la Renta, es posible colegir los siguientes requisitos para la determinación de la renta líquida, a saber: a) Que correspondan a desembolsos pagados o adeudados; b) Que se encuentren respaldados o justificados fehacientemente con la documentación correspondiente a fin de probar su naturaleza, necesidad, efectividad y monto; c) Que correspondan al período en que se está determinando la renta; d) Que pertenezcan al giro de la empresa; e) Que no se trate de gastos que la ley declare como “no deducibles”; y f) Que no se encuentren rebajados como costo directo de acuerdo al artículo 30 de la Ley sobre Impuesto a la Renta.

Respecto a los argumentos esgrimidos por la Iltma. Corte, señala que el vocablo “necesario” se corresponde, entonces, con la significación que le ha atribuido su tenor literal, esto es aquellos desembolsos en los que inevitablemente ha debido incurrir el contribuyente para generar la renta líquida imponible que se pretende determinar, relacionados directamente con su ejercicio o giro y que tengan el carácter de inevitables y obligatorios para el fin social. En ese sentido, señala que, al tratarse de multa o sanción estipulada voluntariamente en el contrato como consecuencia de un

eventual incumplimiento, no cumpliría con el requisito de la obligatoriedad del gasto como requisito del gasto necesario contemplado en el artículo 31 de la Ley de Impuesto a la Renta, al emanar dicho gasto del vínculo contractual del contribuyente y depender de su parte el incumplimiento del mismo. Asimismo, la Iltma. Corte señala que no se demostró que aquellos desembolsos correspondieran a gastos necesarios e imprescindibles para producir la renta, toda vez que corresponden a pagos de multas impuestas en el cumplimiento de contratos administrativos de obras públicas en los que constan los incumplimientos cometidos, todos, argumentos que a juicio de la Iltma. Corte de Apelaciones son suficientes para confirmar en todas sus partes la sentencia de primera instancia.

Es del caso destacar que, con fecha 28 de enero de 2016, tanto la parte reclamante como reclamada dedujeron en contra de esta sentencia, Recurso de Casación en el Fondo, los que se encuentran pendientes de resolución.

**“Durán Guzmán Víctor con S.I.I Dirección Regional de Iquique”
Rol N°10.942-2014, C.S 13/04/2015**

Materia: Citación debe indicar determinadamente las operaciones cuestionadas para aumentar plazo de prescripción.

La Excma. Corte Suprema rechaza el recurso de Casación en el Fondo interpuesto por el Servicio de Impuestos Internos y a su vez, acoge el recurso de Casación en el Fondo deducido por don Víctor René Durán Guzmán, ambos deducidos en contra de la sentencia definitiva de segunda instancia dictada por la Iltma. Corte de Apelaciones de Iquique con fecha 21 de abril de 2014, que confirmó la sentencia de primera instancia dictada con fecha 14 de febrero de 2014 por el Tribunal Tributario y Aduanero.

Don Víctor Durán Guzmán, en procedimiento general de reclamaciones, dedujo reclamo tributario en contra de liquidaciones de impuestos que le fueron practicadas por el Servicio de Impuestos Internos (en adelante, “SII”) por justificación de inversiones. En primera instancia se acogió en parte la reclamación deducida, declarándose la prescripción de la acción fiscalizadora del SII respecto del año tributario 2009 (respecto de una inversión que arrastraba del año comercial 2008) en atención a que la acción de fiscalización del SII cuyo plazo es de 3 años contado desde la expiración del plazo legal en que debió efectuarse el pago, se encontraría en lo referente a esa inversión, prescrita, por lo que justificó parcialmente

la inversión en sólo \$35.163.333. Con todo, se rechazó la alegación de prescripción efectuada por el contribuyente respecto del año tributario 2010, la que fundó en el hecho que la citación que precedió las liquidaciones no aumentó el plazo de prescripción en los términos del inciso 4° del artículo 200 del Código Tributario, por cuanto en dicha citación no se habrían señalado determinadamente las operaciones cuestionadas, requisito indispensable para que opere el referido aumento.

Sobre este punto en particular, la Excma. Corte Suprema coincidió con la postura del contribuyente en orden a considerar que la acción fiscalizadora del SII, respecto del año tributario 2010, se encontraba prescrita al momento de notificar las liquidaciones reclamadas. Respecto a los argumentos esgrimidos por la Excma. Corte Suprema, dispuso que el inciso 4° del artículo 200 del Código Tributario prescribe que “Los plazos anteriores se entenderán aumentados por el término de tres meses desde que se cite al contribuyente, de conformidad al artículo 63 o a otras disposiciones que establezcan el trámite de la citación para determinar o reliquidar un impuesto, respecto de los impuestos derivados de las operaciones que se indiquen determinadamente en la citación. Si se proroga el plazo conferido al contribuyente en la citación respectiva, se entenderán igualmente aumentados, en los mismos términos, los plazos señalados en este artículo”. En ese sentido, se encontrarían también el artículo 63 del Código Tributario y 70 de la Ley sobre Impuesto a la Renta, por lo que estima que la ley impone un parámetro claro, esto es, que la citación cursada ha de indicar “determinadamente” las operaciones cuestionadas, dicho adverbio alude a “fijar los términos de algo”, “distinguir”, “discernir”, “señalar”, “acción de señalamiento que ha de ser concreta, precisa”, por lo que la singularización que describe las operaciones cuestionadas con los signos “//2009” no satisface la distinción concreta y precisa que la norma demanda y que es de cargo del ente fiscalizador atendido que corresponde a tal institución velar por la continuidad de las acciones que permiten el ejercicio de sus facultades de fiscalización, todos, argumentos que a juicio de la Excma. Corte Suprema son suficientes para acoger el Recurso de Casación en el Fondo deducido por don Víctor René Durán Guzmán y rechazar el Recurso de Casación en el Fondo interpuesto por el Servicio de Impuestos Internos.

**“Exportadora Pacífico Sur Ltda. con S.I.I.
VII Dirección Regional Talca”
Rol N° 9.432-2015, CS 24/05/2016**

Materia: Falta de motivación; Resolución debe contener fundamentos de hecho y derecho; Citación previa no sule ausencia de motivos de Resolución posterior.

La Excma. Corte Suprema rechazó el recurso de casación en el fondo deducido por el SII, en contra de la sentencia dictada por la Iltrta. Corte de Apelaciones de Talca, que confirmó la sentencia de primera instancia dictada por el TTA de la región del Maule.

El contribuyente, cuyo giro corresponde a la comercialización de excedentes industriales, presentó ante el SII en el año 2012, solicitudes de devolución de IVA Exportador por los períodos de mayo, junio y julio del mismo año, en fechas distintas, y por un monto total que ascendía a \$64.789.475. Luego, el SII dispuso la realización de una Fiscalización Especial Previa (FEP), para analizar los tres períodos tributarios, y como resultado emitió tres resoluciones exentas que denegaron parcialmente las solicitudes impetradas por el contribuyente.

Contra las resoluciones emitidas por el SII, el contribuyente interpuso reclamo ante el TTA de la Región del Maule, que terminó por acoger el reclamo presentado. La sentencia definitiva fue apelada por el SII ante la Iltrta. Corte de Apelaciones de Talca., la que fue confirmada en todas sus partes.

Mediante recurso de casación en el fondo, el SII recurrió en contra de la sentencia de segunda instancia por existir en opinión del Servicio, infracción al artículo 5° incisos primero y tercero del D.S N° 348 de 1975; artículo 13 de la Ley N°19.880; y, artículos 132 inciso cuarto, y 21 del Código Tributario, en relación este último, con el artículo 23 N° 5 del D.L N° 825.

El SII sostuvo que la sentencia impugnada considera que no hay razones plausibles para haber denegado las devoluciones solicitadas por el contribuyente reclamante, pese a haberse aportado a juicio del mismo SII, prueba que se habría recopilado además para fundamentar una acción penal dirigida contra el mismo contribuyente, y que en este sentido, la existencia de delitos tributarios sancionados con pena corporal serviría como fundamento para denegar la devolución.

Por otra parte, el SII sostiene que en virtud de la aplicación del principio de especialidad, no correspondería en el caso aplicar la Ley N°19.880; y que, además el fallo alteraría la carga de la prueba, ya que los actos reclamados tienen como motivo una FEP que dio origen a acciones penales y citaciones por diferencias de impuestos, por tanto, sobre el contribuyente debería recaer la carga de la prueba, y éste no habría acreditado la efectividad y materialidad de las operaciones. Por último, el SII señala que el fallo omite análisis de la prueba testimonial y documental aportada en autos.

En cuanto a la sentencia de primera instancia, que fue confirmada en segunda instancia, se indica que las resoluciones emitidas por el SII, y que habrían denegado parcialmente las solicitudes del contribuyente, no contienen expresamente las motivaciones por las cuales se autorizó sólo una parte de las devoluciones por IVA Exportador. Estas resoluciones carecerían de “razones plausibles”, conforme a los artículos 11, 16 y 41 de la Ley N°19.880. En este sentido, además la sentencia señala que conforme al inciso tercero del artículo 5 del D.S 348 de 1975, el SII puede autorizar o denegar total o parcialmente una solicitud de IVA Exportador, pero el ejercicio de dicha facultad no está sujeta a la mera discreción del órgano fiscalizador, ya que deben existir razones plausibles que justifiquen el rechazo de la devolución. Por otra parte, de acuerdo a la Ley N°19.880, las razones deben explicitarse en el acto administrativo, y en el caso, esto no se cumple.

En este sentido, las resoluciones impugnadas no contienen fundamentos de hecho, ni de derecho, por tanto, no se puede entender que las citaciones emitidas por el SII contengan las fundamentaciones de dichos actos, por cuanto no han sido incorporadas en el texto de las resoluciones, para efectos de que éstas últimas cuenten con las razones de la decisión. Se entiende por “razones plausibles” (de acuerdo al concepto entregado por la RAE), argumentación o fundamentación meritoria, admisible o aceptable, que en este caso deba justificar la denegación.

Concluye que el SII además vulneraría el derecho de defensa del contribuyente reclamante y el principio de transparencia de los actos administrativos, consignado en el artículo 16 de la Ley N°19.880.

Respecto a las infracciones esgrimidas la Excm. Corte Suprema señaló que el SII habría vulnerado los artículos 11, 16 y 41 de la Ley N°19.880, el artículo 5 del DS 348 de 1975, el derecho de defensa del contribuyente y el principio de transparencia de los actos administrativos. Luego, comparte con los pronunciamientos de primera y segunda

instancia, que deben explicitarse en la resolución denegatoria los motivos de ésta, de otro modo, se dejaría en absoluta arbitrariedad de un órgano de la administración acceder o no a la devolución solicitada. Además, al no bastarse a sí misma la resolución, impediría al contribuyente ejercer su derecho a reclamar en su contra al desconocer los fundamentos. Por otra parte, señala que sin perjuicio de que la sentencia de primera instancia concluya que las citaciones tampoco contienen las razones de los actos del SII, no puede entenderse que el fundamento de las resoluciones deba buscarse en actos administrativos distintos.

**“Empresas HITES S.A. con SII”
Rol N° 2.750-2015, C.S. 19/07/2016**

Materia: Retiros en exceso; Fusión por absorción;
Incremento de patrimonio.

La Excma. Corte Suprema rechazó el recurso de casación en el fondo deducido por Empresas Hites S.A., en contra de la sentencia dictada por la Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago, que confirmó el fallo de primera instancia.

El contribuyente con fecha 31 de diciembre de 2007 absorbió a la sociedad “Evaluaciones Moneda Ltda.”, respecto de la cual era socia, recibiendo de ella, antes de su absorción, retiros en exceso por la suma de \$7.679.055.061. Es un hecho de la causa que, “Evaluaciones Moneda Ltda.”, con motivo del proceso de fusión por absorción con Empresas Hites S.A., se disolvió, fecha en la cual todavía se mantenían pendientes los retiros en exceso.

Con fecha 29 de agosto de 2011, el SII emitió las liquidaciones N° 473 a 476, y que gravan como incremento patrimonial el retiro efectuado por la contribuyente respecto de la sociedad que absorbió. Si bien, Empresas Hites interpuso reclamación tributaria en contra de las liquidaciones señaladas, su acción no prosperó y la Iltma. Corte de Apelaciones confirmó el fallo de primera instancia, señalando que el retiro efectuado implicó un aumento del activo de la receptora, y al no haber sido devuelta esta suma, resultó consolidada, constituyendo un ingreso tributable que debió haber tributado.

La contribuyente al deducir el recurso de casación en el fondo, señaló que la sentencia de segunda instancia habría errado en la aplicación de los artículos 2 N° 2, 14 letra A), N° 1 y 3 de la LIR; artículos 19, 22 y

23 del Código Civil, en relación al artículo 17 de la LIR; 7 letra B) y 19 de la LOC del SII; artículo 3° transitorio de la Ley N° 20.780, literal I, A, N° 1 A), IV y N° 3.

Sostuvo la recurrente los siguientes argumentos: 1) la sentencia impugnada consideró como incremento patrimonial el retiro en exceso realizado por la reclamante en la sociedad que después absorbió, sin considerar que este retiro no estaba sujeto a pago de impuesto porque se grava cuando se recibe y en caso de exceder el FUT, se considera recibido en el primer ejercicio posterior en que la empresa tenga utilidades tributables. Por lo tanto, no se puede dar carácter de incremento patrimonial mientras no se generen utilidades tributables en la sociedad que soportó los retiros en exceso, y dado que ésta se disolvió poniendo término a su giro con motivo de la absorción, la autoridad fiscalizadora debió a esa fecha cobrar el impuesto a la absorbida, conforme al artículo 38 bis de la LIR; 2) no existe norma que haga aplicable el artículo 2 N° 2 de la LIR para gravar una cantidad que no es incremento patrimonial; 3) la circunstancia de que la operación no esté contemplada como Ingreso No Renta en el artículo 17 de la LIR no implica que sea renta; 4) al caso es aplicable el artículo 14 A), N° 1 de la LIR, que regula retiros en exceso; 5) la operación no puede subsumirse en ninguno de los hechos gravados del artículo 20 de la LIR, ni definirse como ingreso o renta bruta, por lo que no puede formar parte de la Renta Líquida Imponible.

Al respecto, la Excma. CS señaló que la cuestión jurídica a resolver es si la circunstancia de hecho objeto de las liquidaciones es constitutiva de renta o no, cobrando relevancia el concepto de renta del artículo 2 N° 2 de la LIR.

El hecho materia de las liquidaciones es la consolidación de los ingresos producto de los retiros en exceso del FUT efectuados por la reclamante, producto de la absorción posterior, no así la tributación de los retiros, que por regla general se gravan al ser percibidos cuando se obtienen con cargo a las utilidades tributables en el FUT. Se trata de dilucidar el tratamiento que debe recibir la incorporación definitiva en el patrimonio de la reclamante de una suma de dinero que equivale a los retiros efectuados y que no pagaron impuesto, monto que culminó anexo al peculio del contribuyente por absorción de aquella que soportó los retiros. Por tanto, los dineros en conflicto no tributaron como retiros y perdieron tal calidad al producirse la absorción por parte de la reclamante de la sociedad que soportó tales erogaciones, pasando a aumentar su activo. En este sentido, nos enfrentamos a un incremento patrimonial

y la operación encuadra en la definición de renta, y no está dentro de la enumeración de ingresos no renta.

Por otra parte, la Excma. CS se hizo cargo de los demás argumentos señalados por la recurrente: 1) en cuando a la inexistencia de norma que establezca que la cantidad en discusión es renta, señala que el artículo 20 ordinal quinto de la LIR grava con Impuesto de Primera Categoría todas aquellas retas que no tengan una forma especial de imposición y que tampoco estén exentas, además de contar con los artículos 29 a 33 de la LIR, que regulan la determinación de la Renta Líquida Imponible sujeta a Impuesto de Primera Categoría; 2) es erróneo considerar como normativa aplicable aquella que regula el tratamiento tributario de los retiros –artículo 14 A LIR– que no es una norma atingente y decisoria en el caso; 3) tampoco es una norma atingente el artículo 17 de la LIR que enumera los ingresos no renta; y, 4) tampoco son aplicables los artículos 19, 22, 23 del Código Civil; 6° letra A) N° 1, 25, 69 del Código Tributario; 7 letra B) y 19 de la LOC del SII; y artículo 3° transitorio de la Ley N° 20.780, para efectos de tomar la decisión del asunto, por tratarse de disposiciones ajenas a la operación de liquidación, su calificación y tributación.

Consideramos que es interesante relacionar este fallo con el Oficio N° 2.153 de 2013 del SII, que emite un pronunciamiento en un contexto donde se evalúa poner término a las operaciones de una sociedad de responsabilidad limitada a través de una fusión por incorporación por parte de otra empresa relacionada. La consulta va enfocada en la situación tributaria de excesos de retiros que existen a la fecha del término de actividades en la sociedad que será absorbida, y si de acuerdo a los artículos 14 y 38 bis de la LIR se generaría alguna obligación tributaria posterior al término de giro para la sociedad que termina sus actividades y para la absorbente, respecto de los excesos de retiros existentes a ese momento.

Frente a la consulta, el SII concluye de forma opuesta al fallo, al señalar que la sociedad que efectúa el termino de giro no se afecta con impuesto alguno sobre los retiros en exceso que registre a esa fecha, y que la sociedad absorbente tampoco se grava con impuesto sobre las mismas cantidades.

**“Inversiones Protisa S.A. con S.I.I.”
Rol N° 23.456-2014, C.S. 21/01/2016**

Materia: Corrección monetaria inversión extranjera.

La Excm. Corte Suprema rechazó el recurso de casación en el fondo deducido por el Servicio de Impuestos Internos y acogió el recurso de casación en el fondo interpuesto por la contribuyente en contra de la sentencia dictada por la Il. Corte de Apelaciones de Santiago, que revocó en parte la sentencia dictada por el juez tributario de la Dirección Regional Metropolitana del ente fiscalizador, que rechazó el reclamo en contra de las liquidaciones por concepto de Impuesto a la Renta.

La contribuyente reclamante es una sociedad constituida en Chile, que efectuó inversiones en una sociedad española. Para pagar el capital de la sociedad española, realizó remesas a España en dólares, pero las convirtió en euros y luego corrigió la inversión original en dólares, por ser la moneda desembolsada en Chile y remesada a España para la compra de las acciones. Asimismo, la contribuyente remesó otras sumas a una filial, en calidad de “préstamos para aportes de capital”, y habría realizado aportes a la sociedad española, mediante el aporte de acciones de sociedades argentinas valorizadas en euros. Algunas de estas inversiones fueron realizadas a través del mercado cambiario formal e informadas al Banco Central de Chile. Es del caso destacar que tanto el contribuyente como el fisco dedujeron recursos de casación en el fondo.

Mediante el primer recurso de casación, la contribuyente recurre contra la sentencia por existir infracción al artículo 26 del Código Tributario en relación con la aplicación de los artículos 41 N° 4 y 41 B N° 4 de la Ley sobre Impuesto a la Renta, e infracción a los artículos 19 N° 20, 63 N° 14 y 65 N° 1 de la Constitución, en relación con la aplicación del artículo 58 N° 1 de la Ley sobre Impuesto a la Renta.

La contribuyente sostiene que el fallo resolvió erróneamente el tratamiento tributario que debe darse a una inversión realizada en el extranjero en que se habrían desembolsado originalmente dólares americanos, y que estaba radicada en acciones de sociedades argentinas, que después fueron aportadas a una sociedad española, suma que se corrigió monetariamente según la valorización del dólar. El fallo habría entendido que se trataría de una nueva inversión, que debería corregirse monetariamente según la variación del euro, por ser la moneda de curso legal en España, donde quedó radicada la inversión. Luego, la

contribuyente sostiene que el Servicio de Impuestos Internos estableció que las inversiones mantenidas en el exterior deben contabilizarse en Chile conforme a la moneda extranjera registrada en el Banco Central y/o la desembolsada en Chile para efectuar la inversión, cuestión que la contribuyente habría cumplido en este caso. Por último, la contribuyente señala que en lo relativo a los “préstamos por aportes de capital”, el fallo la ha calificado como un “establecimiento permanente”, sin cumplirse los requisitos para ello, aplicándose erróneamente el artículo 58 N° 1 y 74 de la Ley Sobre Impuesto a la Renta respecto de las remesas realizadas por la contribuyente, obligándola a efectuar retenciones por impuesto adicional.

Mediante el segundo recurso de casación, el Fisco, denunció que el fallo habría infringido el artículo 41 B N° 4 de la Ley sobre Impuesto a la Renta y no habría aplicado el artículo 41 N° 8 del referido cuerpo legal. El Servicio sostiene que la contribuyente al haber adquirido la participación social en la sociedad española, realizó la inversión en moneda nacional, por tanto, determina que ha ocurrido una inversión y para efectos de aplicar las normas sobre corrección monetaria, procede la corrección de acuerdo a la variación del IPC según el artículo 41 N° 8 de la Ley sobre Impuesto a la Renta.

La Excma. Corte Suprema, en cuanto al primer recurso de casación, señaló que no concurrían los elementos establecidos para el cobro del impuesto del artículo 58 N° 1 de la Ley sobre Impuesto a la Renta, no pudiendo la sociedad estar obligada a efectuar las retenciones del artículo 74 N° 4 de la referida ley, debido a que la contribuyente es una sociedad constituida en Chile.

Luego, señaló que la cuestión jurídica apuntaba a dilucidar si la contribuyente cumplía con lo establecido en el artículo 26 del Código Tributario, permitiéndole acogerse a lo establecido en las instrucciones impartidas por el SII en relación con los artículos 41 B N° 4 y 41 N° 4 de la Ley sobre Impuesto a la Renta. Para estos efectos, la Excma. Corte se basa en la Circular N° 52 de 1993, y los Oficios: 2.277 de 2003, 11 de 2003 y 552 de 2007.

De acuerdo a las instrucciones señaladas, el Servicio habría determinado que el carácter de inversión original en dólares no se pierde por el hecho de suscribir y pagar el aumento de capital en la sociedad española mediante el aporte de las acciones que la contribuyente tenía en tres sociedades argentinas, ya que es el dólar la moneda que se desembolsó en el país para hacer la inversión original y registró el Banco Central. En

este sentido, es indiferente que el capital o aumentos de capital se hayan radicado con posterioridad en España. Por otra parte, las inversiones efectuadas en el exterior en acciones de sociedades, se contabilizan en Chile por el valor efectivamente invertido en el exterior, según sea la moneda extranjera que se ha desembolsado para efectuar la inversión, considerándose para su corrección monetaria al término del ejercicio como un activo en moneda extranjera.

En consecuencia, las inversiones mantenidas en el exterior deben contabilizarse en Chile conforme a la moneda extranjera registrada por el Banco Central y/o desembolsada en Chile para efectuarla. La corrección monetaria para efectos tributarios, debe efectuarse conforme a la variación de esa moneda extranjera. Por tanto, el fallo infringió el artículo 26 Código Tributario, en relación a los artículos 41 B N° 4 y 41 N° 4 de la Ley sobre Impuesto a la Renta, por haber confirmado las liquidaciones pretendiendo cobrar un impuesto que es improcedente.

En cuanto al recurso del Fisco, la Corte señaló que éste desconocía que se tratara de una inversión extranjera en dólares. Luego, indicó que se trataba de una inversión en acciones de una sociedad extranjera, las que, de acuerdo al artículo 41 B N° 4 de la Ley sobre Impuesto a la Renta, se consideraba como activo en moneda extranjera, aplicándose el artículo 41 N° 4 de la citada ley, decisión que no envolvía error de derecho, por lo que el recurso fue desestimado.

**“Pirotecnia Igual Chile S.A con SII”
Rol N° 24.611-2014, C.S. 07/01/2016**

Materia: Omisión aplicación Convenio para Evitar Doble Tributación Internacional; Beneficio empresarial.

La Excm. Corte Suprema rechazó el recurso de casación en el fondo deducido por el contribuyente en contra de la sentencia dictada por la Htma. Corte de Apelaciones de Valparaíso, que confirmó la sentencia de primera instancia dictada por el Tribunal Tributario y Aduanero de Valparaíso.

El contribuyente fundamenta su recurso señalando que las Liquidaciones reclamadas por retenciones no efectuadas de impuesto adicional de los años 2008, 2009 y 2011 por remesas pagadas a una empresa constituida fuera del país debían ser dejadas sin efecto, toda vez que no se encontraba en la obligación de efectuar la retención, al no encontrarse acreditadas

el origen o naturaleza de las rentas, cuya determinación es función del Servicio de Impuestos Internos, por lo que en la sentencia recurrida existió contraversión a una serie de disposiciones legales, así como también al Convenio para Evitar la Doble Tributación suscrito con España. Señala a su vez, que la facultad fiscalizadora del Servicio se encontraba prescrita, por referirse a impuestos con un vencimiento anterior a tres años.

La Excma. Corte Suprema después de realizar un resumen de los argumentos esgrimidos en primera y segunda instancia, comienza el análisis de los errores de derecho denunciados, en primer lugar el que dice relación con el establecimiento de los presupuestos fácticos de la decisión, ya que en palabras del recurrente existió falta de calificación de los antecedentes presentados para determinar el hecho gravado y el impuesto a aplicar, argumentación desechada por el máximo Tribunal toda vez que estimó que el fallo de alzada efectivamente calificó los pagos efectuados y determinó cual es el impuesto a pagar, específicamente el impuesto adicional del artículo 60 de la Ley sobre Impuesto a la Renta.

En cuanto a la alegación relativa a la prescripción que habría operado de acuerdo al artículo 200 del Código Tributario, esta fue rechazada por la Corte, ya que estimó que en el caso particular el plazo de prescripción se amplió a 6 años, por cuanto es un hecho no discutido que el contribuyente no realizó las retenciones de impuesto adicional, cuya declaración es eventual y mensual, diferente a la declaración anual de renta realizada por el contribuyente, por lo que en los hechos, al no haberse realizado la declaración del impuesto adicional, se aplicó correctamente el tiempo de prescripción.

Se señala a su vez por el Tribunal de casación, que es un hecho no discutido que la reclamante efectuó pagos al extranjero y que son hechos no demostrados que las remesas fueron realizadas por prestaciones de servicios o que son producto de pagos de servicios o arriendos como alega la reclamante, por lo que el artículo 60 de la Ley sobre Impuesto a la Renta, al establecer un hecho gravado residual que solo requiere para el devengo del impuesto que se realice un pago a una persona jurídica constituido fuera del país, es totalmente aplicable en el caso.

En lo que respecta al error de derecho en la omisión de aplicación del Convenio para evitar la doble tributación alegado por la recurrente, sosteniendo que los pagos cuestionados corresponden a un beneficio empresarial, de conformidad a lo señalado por la Corte, para su aplicación se requiere la determinación de determinados supuestos fácticos, los cuales no fueron establecidos en estos autos, señalado por otro lado que

el beneficio empresarial debe ser invocado por la persona extranjera, y no por el contribuyente nacional como ocurrió en este caso, rechazando de esta forma el recurso de casación en el fondo interpuesto por el contribuyente.

**“San Francisco Investment S.A. con S.I.I.”
Rol N° 26.366-2014, C.S. 29/03/2016**

Materia: Artículo 59 inciso 1° LIR; Artículos 59 N°2 de la LIR; Trabajos técnicos; Know-how; Interpretación de los contratos.

La Excm. Corte Suprema acogió el recurso de casación en el fondo deducido por el Fisco de Chile en contra de la sentencia dictada por la Illtma. Corte de Apelaciones de Rancagua, que revocó la sentencia de primera instancia, el cual rechazó el reclamo tributario interpuesto por el contribuyente en contra de Liquidaciones emitidas por el Servicio de Impuestos Internos, que determinaron diferencias de impuestos por retenciones del artículo 74 de la ley de Impuesto a la Renta.

La sentencia de segunda instancia, acogió el argumento esgrimido por el contribuyente, relativo a que los contratos suscritos con una empresa extranjera, que motivaron las liquidaciones reclamadas, correspondían a servicios de asesoría técnica efectuada por una empresa extranjera, en los términos del artículo 59 N°2 inciso 4° de la Ley sobre impuesto a la Renta, debiendo gravarse dicha operación por tanto con la tasa señalada en dicha disposición y no con la establecida en el inciso primero del mencionado artículo, como lo pretendía el Servicio de Impuestos Internos, al determinar que dicho contrato correspondía a un “*Know-how*”, por lo que de acuerdo a sus facultades interpretativas la Illtma. Corte de Apelaciones de Rancagua, estableció que en ninguna de las cláusulas del contrato se pactó la entrega del “*Know-how*” al operador, sino que solamente su uso para que a través de este conocimiento se asesore al cliente.

El Fisco en tanto, fundamentó su recurso de casación sosteniendo que el tribunal de segunda instancia, desnaturalizó el objeto del contrato, desatendiendo la obligación pactada por las partes de acuerdo a la ley del contrato.

En este sentido, la Excm. Corte Suprema si bien reconoció que la interpretación de los contratos queda dentro de las facultades propias de los tribunales de instancia, esto no obsta a la revisión de la cual puede ser objeto por la Corte de casación, en el único evento que en dicha

labor se haya desnaturalizado el acuerdo al que han llegado las partes, transgrediéndose de esta forma la ley del contrato prevista en el artículo 1545 del Código Civil.

Lo afirmado por la Excma. Corte Suprema, encuentra su fundamento en cuanto la Corte de Apelaciones, al realizar el análisis de los contratos que dieron lugar a las Liquidaciones reclamadas, señaló que las prestaciones pactadas entre los contratantes eran amplias o genéricas, y no específicas, no susceptibles de constituirse en propiedad, además de no revestir el carácter de secretas o reservadas, requisitos propios de los contratos de “*Know-how*”, en los cuales, las obligaciones se acomodaría más a una obligación de dar, ya que se entregaría para ser explotado o usado algo específico, aunque no necesariamente material, todo esto en relación con lo preceptuado por el inciso primero del artículo 59. En cambio, en el número 2 inciso 4° de la señalada norma, se trataría más bien de obligaciones de hacer, como lo sería el prestar asesorías, cuestión que dicho Tribunal consideró era el objeto de los contratos en cuestión.

La Corte de casación, estimó en relación con las normas de interpretación de los contratos establecidas en el Código Civil y con el sistema subjetivo de interpretación establecido en nuestra legislación, que al momento de realizar una interpretación de un contrato es necesario recurrir a la intención de las partes, siempre y cuando ella se desprenda y se distinga perfectamente del pacto, ya que de lo contrario, el interpretador no podrá construir intenciones presuntas, sino que deberá recurrir a otros criterios exegéticos de índole más objetivos. Todo lo cual a criterio de la Excma. Corte Suprema fue vulnerado por la Corte de Apelaciones, desnaturalizando el verdadero objeto del contrato, realizando una ilegal apreciación de sus cláusulas.

El Tribunal Supremo arribó a la conclusión de que en el caso en concreto, los servicios prestados consistían precisamente en la preparación de un plan, debido a que la envergadura del servicio prestado se asimila a la expresión “fórmula” empleado en el artículo 59 inciso 1° de la Ley de Impuesto a la Renta, concluyendo de esta forma, que lo entregado fue precisamente el conocimiento específico sobre la forma de ejecutar íntegramente un negocio específico, aportando su conocimiento a todas y cada una de las áreas que resultan necesarias para su implementación, todos aspectos que dan cuenta que en la especie se trata de una transferencia de conocimiento total, sin la cual el negocio pretendido y que constituye el giro de la reclamante, no puede ejecutarse, estimando que en el caso concreto se trataba de un contrato de “*Know-how*”.

De tal modo, la Corte Suprema, analizando tanto el tenor literal del contrato, como la forma en que éste fue llevado a la práctica, concluyó que las “asesorías” prestadas, no se circunscribían a las señaladas en el N°2 inciso 4° del artículo 59, sino que tal como se señaló, la envergadura del servicio prestado se asimila a la expresión “*fórmula*” establecida en el inciso 1° del artículo 59, debiendo tributar, en su opinión, con la tasa del 30%.

JURISPRUDENCIA ADMINISTRATIVA

OFICIOS RENTA

ÍNDICE DE PALABRAS CLAVE

A

- Acciones de canje: Ord. 3298 de 29.12.2015.
- Acciones: Ord. 2853 de 11.11.2015.
- Acciones de propia emisión: Ord. 1916 de 27.07.2015.
- Activo intangible: Ord. 3234 de 23.12.2015.
- Adquisición de créditos: Ord. 827 de 01.04.2016.
- Agencia: Ord. 2897 de 16.11.2015.
- Ahorro Neto Positivo/Negativo: Ord. 402 de 12.02.2016.
- Amortización: Ord. 3234 de 23.12.2015.
- Artículo 100 LMV: Ord.1828 de 14.07.2015.
- Autonomía de la voluntad: Ord. 872 de 06.04.2016.
- Arrendamiento: Ord. 826 de 01.04.2016.
- Artículo 24 transitorio: Ord. 3236 de 23.12.2015.
- Artículo 64 del CT: Ord. 1649 de 18.06.2015.
- Arrendamiento: Ord. 1917 de 27.07.2015.
- Asignación de activos: Ord. 1756 de 06.07.2015.
- Agencia o establecimiento permanente: Ord. 1756 de 06.07.2015.

B

- Beneficio tributario: Ord. 3298 de 29.12.2015 y Ord.1755 de 06.07.2015.
- Beneficio previsional: Ord. 1823 de 14.07.2015.
- Buena fe: Ord. 3236 de 23.12.2015.

C

- Cambio de domicilio corporativo: Ord. 1985 de 03.08.2015, Ord. 1835 de 17.05.2016 y Ord. 876 de 05.04.2016.
- Cambio de régimen: Ord. 958, de 13.04.2016.
- Cambio de propiedad: Ord.1828 de 14.07.2015.
- Castigo incobrables: Ord. 1980 de 31.07.2015.
- Cheque: Ord. 1212 de 03.05.2016.
- Crédito “teórico”: Ord. 957 de 13.04.2016.
- Convenio de Doble Tributación: Ord. 876 de 05.04.2016, Ord. 1985 de 03.08.2015.
- Contrato de Mandato: Ord. 872 de 06.04.2016.
- Contrato de asociación o cuentas en participación: Ord. 1483 de 02.06.2015.
- Contratos de mitigación: Ord. 1381 de 27.05.2015.
- Colocación de acciones: Ord. 2897 de 16.11.2015.
- Corporación de derecho privado: Ord. 1823 de 14.07.2015.

D

- Desembolsos: Ord. 1381 de 27.05.2015.
- Derechos de Aprovechamiento de Aguas: Ord. 1917 de 27.07.2015.
- Devolución de impuesto: Ord. 957 de 13.04.2016.
- Devengo: Ord. 827 de 01.04.2016.
- Depreciación: Ord. 3295 de 29.12.2015.
- Derecho de explotación: Ord. 3234 de 23.12.2015.
- Dividendos provisorios: Ord. 957 de 13.04.2016.
- Disolución: Ord. 1686 de 25.06.2015 y Ord. 2853 de 11.11.2015.
- Donación: Ord.1755 de 06.07.2015.

E

- Enajenación: Ord. 1835 de 17.05.2016 y Ord. 876 de 05.04.2016.
- Establecimiento permanente: Ord. 827 de 01.04.2016.
- Extravío de documentos: Ord. 958, de 13.04.2016.

F

- Facultad de tasación: Ord. 1649 de 18.06.2015 y Ord. 1756 de 06.07.2015.
- Ficción legal: Ord. 3040 de 27.11.2015.
- Fondo mixto de apoyo social: Ord.1755 de 06.07.2015.
- Fusión: Ord. 3298 de 29.12.2015, Ord. 3190 de 17.12.2015, Ord. 2853 de 11.11.2015, Ord. 2294 de 08.09.2015, Ord. 3234 de 23.12.2015 y Ord. 2897 de 16.11.2015.
- Fusión inversa: Ord. 1916 de 27.07.2015.

G

- Gasto: Ord. 1980 de 31.07.2015 y Ord. 1921 de 27.07.2015.
- Gasto necesario: Ord. 871 de 06.04.2016 y Ord. 3295 de 29.12.2015.
- Gastos Rechazados: Ord. 2528 de 07.10.2015.
- Goodwill: Ord. 3234 de 23.12.2015, Ord. 1921 de 27.07.2015 y Ord. 1916 de 27.07.2015.

H

- Herencia: Ord. 3040 de 27.11.2015.

I

- Impuesto Adicional: Ord. 957 de 13.04.2016 y Ord. 1914 de 27.07.2015.
- Imputación de pérdidas: Ord. 1483 de 02.06.2015.
- Impuesto sustitutivo: Ord. 3040 de 27.11.2015.
- Impuesto Único artículo 21 de la LIR: Ord. 2528 de 07.10.2015.
- Impuesto Específico a la Actividad Minera (IEAM): Ord. 1921 de 27.07.2015.
- Impuesto al juego: Ord. 1912 de 24.07.2015.
- Intereses: Ord. 1914 de 27.07.2015.
- Intangible: Ord. 3234 de 23.12.2015.
- Investigación y Desarrollo (I&D): Ord. 2294 de 08.09.2015.

- Incentivos o Beneficios Tributarios: Ord. 2294 de 08.09.2015.
- Inversionista Extranjero: Ord. 1985 de 03.08.2015.

J

- Joint Operating Agreement: Ord. 3295 de 29.12.2015.

L

- Ley N° 18.985: Ord. 958, de 13.04.2016.
- Ley N° 20.780: Ord. 958, de 13.04.2016.
- Ley 19.955: Ord. 1912 de 24.07.2015.
- Legítima razón de negocios: Ord. 1756 de 06.07.2015 y Ord. 1649 de 18.06.2015.
- Libro de ingresos y egresos: Ord. 1502 de 03.06.2015.
- Libro de caja: Ord. 1502 de 03.06.2015.
- Liquidación: Ord. 1686 de 25.06.2015.

M

- Mayor valor: Ord. 2897 de 16.11.2015.
- Método de valoración de existencias: Ord. 3190 de 17.12.2015.
- Menor valor: Ord. 1686 de 25.06.2015.

N

- Negligencia: Ord. 871 de 06.04.2016.

O

- Obligaciones tributarias: Ord. 1483 de 02.06.2015.

P

- Partes relacionadas: Ord. 2946 de 18.11.2015.
- Patente: Ord. 1917 de 27.07.2015.
- Percepción: Ord. 827 de 01.04.2016.
- Primera enajenación: Ord. 958, de 13.04.2016.
- Personas Naturales: Ord. 2528 de 07.10.2015.
- Perdidas tributarias: Ord. 1912 de 24.07.2015, Ord.1828 de 14.07.2015 y Ord. 1686 de 25.06.2015.
- Precio inferior a valor par: Ord. 827 de 01.04.2016.

- Predios agrícolas: Ord. 958, de 13.04.2016.
- Prima: Ord. 871 de 06.04.2016.
- Predios agrícolas/no agrícolas: Ord. 826 de 01.04.2016.
- Préstamo: Ord. 2946 de 18.11.2015.
- Prescripción: Ord. 1980 de 31.07.2015.
- Prestaciones complementarias: Ord. 1823 de 14.07.2015.
- Proyecto de cooperación internacional: Ord.1755 de 06.07.2015.
- Pymes: Ord. 1980 de 31.07.2015.

R

- Recuperación de patente pagada por derechos de aguas: Ord. 1917 de 27.07.2015.
- Régimen de tributación simplificada: Ord. 1502 de 03.06.2015.
- Registro de utilidades: Ord. 1483 de 02.06.2015.
- Renta Imponible Operacional Minera (RIOM): Ord. 1921 de 27.07.2015.
- Repatriación: Ord. 3236 de 23.12.2015.
- Responsabilidad civil y penal: Ord. 3236 de 23.12.2015.
- Reorganización: Ord. 3190 de 17.12.2015 y Ord. 1649 de 18.06.2015.
- Reorganización internacional: Ord. 1756 de 06.07.2015.
- Residencia: Ord. 1985 de 03.08.2015.
- Resolución de calificación ambiental: Ord. 1381 de 27.05.2015.
- Retiro de utilidades: Ord. 1212 de 03.05.2016.
- Retiro encubierto: Ord. 2946 de 18.11.2015.

S

- Sucursal/agencia en el extranjero: Ord. 1914 de 27.07.2015.

T

- Tribunal: Ord. 1980 de 31.07.2015.

U

- Usufructo: Ord. 1917 de 27.07.2015.

V

- Valor de inversión: Ord. 1686 de 25.06.2015.
- Venta indirecta: Ord. 1756 de 06.07.2015.

ORD. N° 1385, DE 17.05.2016

Palabras Clave: Migración corporativa, cambio de domicilio, enajenación.

Un contribuyente solicita al SII confirmar el criterio que el cambio de domicilio de una sociedad extranjera que tiene activos subyacentes ubicados en Chile, no implicaría un acto de enajenación ni de tributación, puesto que no se afectaría la continuidad de la personalidad jurídica de la sociedad en cuestión. Al respecto, el SII señala que en nuestro ordenamiento jurídico tributario no existe norma que ponga término a la personalidad jurídica de una sociedad constituida en el extranjero por el solo hecho de que está misma modifique su domicilio. Señala además que, si bien en nuestro ordenamiento el concepto de enajenación debe entenderse en un sentido amplio, aun así, no se produciría una enajenación de los activos subyacentes ubicados en Chile, por cuanto dichos bienes aun pertenecen al patrimonio de la sociedad, la que solo modifica su domicilio, no pasando a formar parte de otro distinto. En consecuencia, el cambio de domicilio de acuerdo a nuestro ordenamiento jurídico tributario no afecta la continuidad de la personalidad jurídica, ni se entienden enajenados los activos subyacentes producto del cambio de domicilio.

ORD. N° 1212, DE 03.05.2016

Palabras Clave: cheque, retiro de utilidades.

Un contribuyente solicita al SII su opinión respecto al momento en que se materializa el retiro de utilidades, cuando éste se materializa mediante el giro de cheques en favor del socio. Al respecto, el SII cita el artículo 10 de la Ley de Cuentas Corrientes y Cheques que dispone que el cheque es una orden escrita y girada contra un Banco para que éste pague, a su presente, el todo o parte de los fondos que el librador pueda disponer en cuenta corriente. El giro efectuado por el librador del referido documento, implica poner a disposición del socio respectivo las rentas o cantidades referidas. En consecuencia, el retiro efectivo no se produce sino que hasta el momento en que tal documento es presentado ante el banco respectivo y pagado por éste, puesto que el patrimonio de la empresa no disminuye por solo giro de un cheque, sino cuando este es pagado.

ORD. N° 958, DE 13.04.2016

Palabras Clave: primera enajenación, predios agrícolas, cambio de régimen, extravío de documentos, artículo 5° transitorio, Ley N° 18.985, Ley N° 20.780.

Un contribuyente solicita al SII pronunciarse respecto a la aplicación de la franquicia tributaria establecida en el artículo 5° transitorio de la Ley N° 18.985, respecto de la primera enajenación de predios agrícolas, en relación con lo establecido por la Ley N° 20.780. El contribuyente añade que si bien no dispone del aviso y balance inicial respectivo para acreditar el cambio de régimen exigido por el artículo 5° transitorio, si contaría con las declaraciones de renta de los años 1992 y 1993 que darían fe de la forma de declarar sus rentas efectivas conforme al artículo 5° transitorio. A este respecto, el SII señala que el extravío del aviso de cambio de régimen y del balance no lo inhabilita para acogerse a la franquicia legal consultada, ya que contara con los recursos legales para probarlo. En cuanto al valor de la primera enajenación de los predios agrícolas que figuran en sus activos, adquiridos con anterioridad a la publicación de la Ley N° 18.985, que efectúen los contribuyentes que desde el 1° de enero de 1991 en adelante hubieran pasado a tributar sobre base de renta efectiva determinada según contabilidad completa, de acuerdo a las modificaciones que introdujo la Ley N° 18.985, podrá sujetarse a lo dispuesto en el artículo 5° transitorio de dicha Ley, siempre que la enajenación respectiva se hubiere efectuado hasta el 31 de diciembre de 2015. Si la enajenación de los bienes referidos se efectúa a contar del 1° de enero de 2016, se podrá sujetar a lo dispuesto en el N° 6, del numeral IV, del artículo tercero de las disposiciones transitorias de la Ley N° 20.780.

ORD. N° 957, DE 13.04.2016

Palabras Clave: Impuesto Adicional, crédito “teórico”, dividendos provisorios, devolución de impuesto.

Un contribuyente solicita al SII reconsiderar la respuesta formulada mediante el Oficio N° 1.268 de 2013 y, en consecuencia, la procedencia de solicitar la devolución conforme al inciso segundo del N° 3 del artículo 126 del CT, respecto de la diferencia de IA generada por el incremento de la base imponible, cuando la sociedad anónima queda obligada a la restitución del crédito “teórico” por IDPC, tratándose de dividendos provisorios. En cuanto a la reconsideración presentada, el SII confirma lo señalado en el Oficio 1.268 de 2013, por cuanto tanto la retención del

IA como la restitución del crédito por IDPC, se habrían efectuado conforme a la LIR e instrucciones vigentes sobre la materia. Por tanto, en lo tocante a la solicitud de devolución de impuestos de acuerdo al N° 2 del artículo 126 del CT planteada en el Oficio, no puede señalarse que haya existido un pago de impuestos efectuado doblemente, en exceso, que resulte indebido o por un monto distinto de aquel que correspondía, no siendo procedente la utilización del mecanismo indicado. En consecuencia, tampoco sería procedente solicitar la devolución del impuesto que resulte del incremento en la base imponible del IA, conforme a las normas del artículo 126 N° 3 inciso segundo del CT, atendido que no acontece en el caso examinado el supuesto esencial de la norma, el cual supone la existencia de una ley de fomento o que establezca una franquicia tributaria, la cual conceda el derecho a obtener la devolución de tributos dentro de un determinado plazo.

ORD. N° 876, DE 05.04.2016

Palabras Clave: Migración corporativa, cambio de domicilio, enajenación, Convenio de Doble Tributación.

Un contribuyente solicita al SII confirmar ciertos criterios sobre los efectos tributarios que se producirían en Chile, en caso de que una sociedad constituida en Holanda traslade su domicilio a España, en vista de que Chile con éste último posee un Convenio para evitar la doble tributación. Para estos efectos, el consultante señala que se utilizaría la figura jurídica denominada “migración corporativa”, reconocida en ambas jurisdicciones, mediante la cual una persona jurídica constituida en un determinado país emigra a otra jurisdicción, sin dejar de existir en el proceso migratorio, quedando constituido su domicilio en la segunda jurisdicción. Por su parte, el SII informa que el cambio de domicilio desde Holanda a España no tiene efectos tributarios en nuestro país, en la medida que no implique la enajenación de los activos que la sociedad holandesa tiene en Chile. Luego, y en la medida que la sociedad holandesa cumpla con los requisitos para ser considerada como residente de España en conformidad con el Convenio entre la República de Chile y el Reino de España, podría invocar los beneficios de tal Convenio. Sin perjuicio de lo anterior, señala que las autoridades chilenas pueden rebatir dicha calificación a través del procedimiento de Acuerdo Mutuo regulado en los mismos tratados, en vista de que los Convenios tienen mecanismos para asegurar que los beneficios sean obtenidos por residentes de los Estados contratantes y no por residentes de terceros Estados que no tendrían derecho a tales beneficios.

ORD. N° 872, DE 06.04.2016

Palabras Clave: Contrato de Mandato, utilidades, autonomía de la voluntad.

Un contribuyente consulta al SII por los efectos tributarios en relación a la LIR, de un contrato de mandato otorgado por un acreedor de una sociedad de responsabilidad limitada, a los socios de la misma compañía. Mediante dicho mandato, se establece que los socios deberán gestionar la obtención de utilidades, autorizándose al mandante (acreedor) a percibir, por cuenta de los socios, las utilidades sociales como pago del crédito otorgado. Al respecto, el SII señala que los socios de una sociedad de personas son quienes deben declarar el impuesto correspondiente a las utilidades que les correspondan en la sociedad en la cual participan, con los créditos tributarios que la ley establece, sin perjuicio de que una vez ingresadas dichas utilidades a su patrimonio, puedan transferirlas a un tercero en uso de la autonomía de la voluntad. La existencia de un mandato para cobrar dichas utilidades en nada altera el elemento esencial de participación en las utilidades que tiene el contrato de sociedad.

ORD. N° 871, DE 06.04.2016

Palabras Clave: Gasto necesario, primas, seguro de responsabilidad civil, negligencia.

Un contribuyente solicita al SII ratificar la calificación de gasto necesario para producir la renta, respecto de los desembolsos incurridos por concepto de primas de un seguro de responsabilidad civil contratado por una empresa de suministro de servicios sanitarios domiciliarios. Dicho seguro tendría por objeto responder por eventuales daños ocasionados a clientes en las operaciones propias del giro (roturas de matrices y cañerías de agua potable y/o aguas servidas, entre otros). Al respecto, el SII señala que en el evento que el seguro a que se refiere el contribuyente, cubre el riesgo de responsabilidad civil por daños a terceros como consecuencia de la prestación de los servicios normales del giro (producto de roturas de matrices y cañerías de agua potable y/o aguas servidas u otros eventos, todos ellos producidos por la propia naturaleza del suministro domiciliario de agua potable y/o disposición de aguas servidas), el gasto por las primas correspondientes se considerará como necesario para producir la renta en los términos señalados por la Ley. El SII arriba a esta conclusión al estimar que el seguro contratado se relaciona con el giro del contribuyente y no con hechos causados por negligencia, culpa o falta de servicio, toda vez que permite la prestación continua de los servicios de suministro domiciliario.

ORD. N° 827, DE 01.04.2016

Palabras Clave: Adquisición de créditos, precio inferior a valor par, establecimiento permanente, percepción, devengo.

Un contribuyente solicita al SII que, por una parte, reconsidere lo indicado en el Oficio N° 1.568 de 2011 (en cuanto a que la renta generada en la adquisición de créditos a un precio inferior a su valor par o nominal por un contribuyente no podría encuadrarse dentro del artículo 20 N° 2 de la LIR) y; por otra parte, pronunciarse respecto a la constitución de un establecimiento permanente en Chile, de acuerdo a los términos del artículo 58 N° 1 de la LIR, por un banco extranjero que adquiriría créditos a través de un mandatario. Respecto de la primera consulta, el SII confirma lo establecido en el Oficio 1.568 de 2011, particularmente en cuanto dispone que la renta generada en la adquisición de créditos a un precio inferior a su valor par o nominal por un contribuyente que no tribute respecto de actividades clasificadas en los N° s. 1, 3, 4 y 5 del artículo 20 de la LIR en base a renta efectiva determinada por medio contabilidad completa y balance general, corresponde para el adquirente o cesionario a una renta clasificada en el N° 2 del artículo 20 de la LIR, la cual para fines tributarios, debe reconocerse en el año comercial correspondiente a aquel en que ocurre su percepción. En cuanto al establecimiento permanente, el SII señala que debe verificarse la extensión del mandato para determinar si se incluye la posibilidad de concluir o cerrar negocios. En caso de ser así, la determinación de su renta efectiva se haría según un balance general y contabilidad completa. Bajo esta consideración, el SII señala que si obtiene rentas clasificadas bajo alguno de los N° s. 1, 3, 4 o 5 del artículo 20 de la LIR, las rentas derivadas de la adquisición de créditos a un valor inferior a su valor par, deberán reconocerse para fines tributarios en el año comercial en que se hayan devengado, esto es, en el año en que se adquieren los títulos de crédito, o en su defecto, cuando haya sido percibida dicha renta por el establecimiento permanente, según sea lo que ocurre en primer término.

ORD. N° 826, DE 01.04.2016

Palabras Clave: Predios agrícolas, Predios no agrícolas, arrendamiento, sociedad anónima, arrendamiento.

Un contribuyente solicita al SII un pronunciamiento sobre la tributación que afecta a una sociedad anónima arrendadora de predios agrícolas y no agrícolas, que nunca ha explotado estos últimos; y sobre la situación

tributaria de los arrendatarios de dichos predios agrícolas, especialmente en lo que dice relación con la norma establecida en el inciso 8° de la letra b), del N° 1, del artículo 20 de la LIR. Al respecto, el SII expresó que la sociedad antes descrita, debe tributar respecto de los ingresos provenientes del arrendamiento de predios agrícolas en conformidad con lo dispuesto en la letra c), del N° 1, del artículo 20 de la LIR, vale decir, en base a la renta efectiva determinada según contrato, sin que pueda efectuar deducción alguna a dichas rentas. Respecto de la renta proveniente del arrendamiento de los predios no agrícolas debe tributar conforme a lo dispuesto en la letra d), del N° 1, del artículo 20 de la LIR, vale decir sobre la renta efectiva determinada en base a contabilidad completa, pudiendo rebajar los gastos necesarios, según las reglas generales de dicho texto legal. En concordancia con lo anterior, el arrendador de predios agrícolas o no agrícolas que nunca ha explotado sus predios agrícolas, bajo ninguna circunstancia tributa conforme a la letra a), del N° 1, del artículo 20 de la LIR. En cuanto a las personas naturales arrendatarias de predios agrícolas de propiedad de una sociedad anónima, si cumplen con los requisitos establecidos en la letra b), del N° 1, del artículo 20 de la LIR, deberán tributar con el impuesto de primera categoría sobre la base de la renta presunta de dichos predios agrícolas, la que se presume de derecho para ese tipo de explotador es igual al 4% del avalúo fiscal de dichos predios, debido a que la presunción del 10% del avalúo fiscal que contempla dicha letra, solamente es aplicable a quienes exploten los predios agrícolas en virtud del título de propietario o usufructuario.

ORD. N° 402, DE 12.02.2016

Palabras Clave: Ahorro Neto Positivo, Ahorro Neto Negativo, artículo 57 bis de la LIR.

Un contribuyente solicita al SII aclarar la forma en que se debe computar el plazo de cuatro años de Ahorro Neto Positivo, a partir del año 2017, respecto de inversiones efectuadas al amparo del artículo 57 bis de la LIR, considerando las normas transitorias de la Ley N° 20.780. Al respecto, el SII señala que si el contribuyente al 1° de enero de 2017 aún no cumple el plazo de 4 años con saldos de Ahorro Neto Positivo, podrá considerar los ejercicios sucesivos siguientes para tales efectos, siempre que en dichos períodos no efectúe giros o retiros de las cantidades acogidas al artículo 57 bis de la LIR, no debiendo considerarse, para estos efectos, la proporción de aquellos giros o retiros que no fuera utilizada en el año 2016 para calcular el ahorro neto de dicho ejercicio.

OFICIO N° 3298, DE 29.12.2015

Palabras Clave: beneficio tributario, acciones de canje, fusión, artículo 107 de la LIR.

Un contribuyente solicita al SII confirmar la vigencia de la Circular n°35 de 2008, que permite acoger las acciones de canje emitidas en fusiones de sociedades sujetas al régimen preferencial establecido por el artículo 107 de la LIR, al asimilarlas a las acciones de pago de primera emisión causadas en un proceso de aumento de capital de una sociedad ya existente. Dando respuesta a lo anterior, el SII confirma la vigencia de la referida Circular, señalando que la fecha de adquisición de las acciones de la sociedad absorbida, no se pierde por un acuerdo de fusión, sino que debe entenderse que tal fecha corresponde a la de su emisión, dado que el canje no es más que un acto material que no debe alterar los derechos asociados a los títulos que representa.

OFICIO N° 3295, DE 29.12.2015

Palabras Clave: gasto necesario, depreciación, Joint Operating Agreement.

Un contribuyente solicita a la Dirección Nacional su pronunciamiento frente a la figura de un contrato celebrado por el Estado de Chile con particulares para la exploración y explotación de yacimientos de hidrocarburos (CEOP) y del acuerdo que regula la relación entre las partes del CEOP, llamado "Joint Operating Agreement (JOA). Una de las empresas parte, será el operador del JOA, Frente a esta exposición, el Servicio confirma que:

- (i) La relación entre las partes del CEOP, no configura una entidad independiente que pueda ser calificada como contribuyente, de modo que cada partícipe mantiene su calidad como tal, de forma independiente.
- (ii) El operador deberá llevar la contabilidad por todos los costos y/o gastos en las distintas etapas que se desarrollen conjuntamente.
- (iii) La depreciación de los bienes del activo inmovilizado deberá hacerse efectiva de acuerdo a la cuota de dominio que cada socio tenga sobre los bienes. Dicha cuota, deberá ser consistente con el porcentaje de los ingresos que se estén reconociendo en el mismo periodo
- (iv) Cada partícipe podrá determinar su régimen de depreciación, con la debida autorización.

- (v) El operador de la operación deberá efectuar una liquidación mensual sobre los gastos incurridos dentro de los 8 primeros días a aquel que los motiva.
- (vi) Cada partícipe podrá imputar a su débito fiscal el IVA crédito registrado en la liquidación factura de la letra anterior, en la proporción que les corresponda, o solicitar su devolución.

OFICIO N° 3236, DE 23.12.2015

Palabras Clave: artículo 24 transitorio, repatriación, responsabilidad civil y penal, buena fe.

Se solicita al SII por medio de una consulta que se aclare el alcance de la extinción de responsabilidad penal establecida en el artículo 24 transitorio N°12 de la ley 20780, frente al artículo 96 del Código Penal. El SII indica que como efecto de la declaración y pago del impuesto único que ahí se establece, se produce la extinción de pleno derecho de las responsabilidades civiles, penales o administrativas derivadas del incumplimiento de las obligaciones establecidas por la legislación tributaria, dado que se presume de derecho la buena fe del contribuyente respecto de la omisión de declaración o falta de cumplimiento de sus obligaciones. De esta forma, el SII concluye que el Estado renuncia a su pretensión punitiva en relación a los delitos tributarios que podrían originarse de bienes y rentas incluidas en dichas declaraciones.

OFICIO N° 3234, DE 23.12.2015

Palabras Clave: activo intangible, goodwill, fusión, amortización, intangible, derecho de explotación.

Un contribuyente plantea al SII la situación en que se producirán dos fusiones propias consecutivas de sociedades de su grupo empresarial, y que como consecuencia de las fusiones se genera una diferencia entre el costo de adquisición de las acciones de la sociedad absorbida y su patrimonio tributario. El contribuyente solicita confirmar que el goodwill generado deberá distribuirse entre los activos no monetarios de la sociedad absorbida; que el derecho de explotación que se transferirá entre sociedades es considerado un activo no monetario al cual deberá asignarse valor y que en consecuencia el goodwill también deberá distribuirse sobre éste; y que dicho derecho se amortiza conforme a la vida útil que se establece en su respectivo contrato. El SII dando respuesta, confirma en primer lugar

el criterio de que en caso que por una fusión se produzca un goodwill, este deberá distribuirse proporcionalmente entre todos los activos no monetarios provenientes de la sociedad absorbida, que hayan formado parte de su capital propio tributario, y cuyo valor tributario sea inferior al corriente en plaza o de los que normalmente se cobren en similares convenciones. En cuanto al derecho de explotación, indica que éste es un activo intangible no susceptible de ser amortizado, no pudiendo afectar los resultados tributarios del contribuyente, sino hasta que dicho activo sea enajenado o pierda total o parcialmente su valor. Además, dado que no existiría un desembolso efectivo conectado a la adquisición de dicho activo, este no tendría una representación en el capital propio tributario de la sociedad absorbida, por lo que no deberá considerarse en la asignación del goodwill.

OFICIO N° 3190 DE 17.12.2015

Palabras Clave: método de valoración de existencias, fusión, reorganización.

Un contribuyente solicita el pronunciamiento del SII en cuanto al método de valoración de existencias que debiese utilizar una sociedad, luego de que reciba todo el stock de existencias de otra sociedad, como consecuencia de su absorción. El SII ha indicado que de acuerdo al artículo 30 de la LIR, el método de costeo de existencias elegido por una sociedad deberá mantenerse por un mínimo de 5 años comerciales consecutivos, no siendo posible realizar una excepción a dicho. Dado lo anterior, concluye que el hecho que una sociedad adquiera existencias de otra entidad mediante un proceso de reorganización, no la habilita para modificar el método de valoración de existencias que haya previamente elegido.

OFICIO N° 3040 DE 27.11.2015

Palabras Clave: herencia, impuesto sustitutivo, ficción legal, artículo 5 LIR.

Se recibe por la Dirección Nacional del SII una consulta sobre la forma de determinar la tasa variable que deben considerar los herederos de un empresario unipersonal que falleció antes del 31 de diciembre de 2014, y que buscan acogerse al pago del impuesto único y sustitutivo al FUT del artículo 3 transitorio n°11 numeral I, de la Ley 20.780. Para determinar dicha tasa variable, el SII estima que es necesario considerar la ficción legal que presenta el artículo 5 de la LIR, por el cual se considerará el patrimonio hereditario, mientras no se determinen las cuotas, como continuación del

causante y gozará y le afectaran todos los derechos y obligaciones que a aquel le hubiesen correspondido de acuerdo a la ley. Agrega que, pasados 3 años desde la apertura de la sucesión, las rentas respectivas deberán ser declaradas por los comuneros en proporción a sus cuotas. De esta forma, mientras no se divida la comunidad ni hayan pasado 3 años desde su apertura, a efectos de la determinación del impuesto establecido por la citada disposición, se deberá tomar el promedio de las tasas marginales más altas de IGC que hayan afectado al empresario en los años tributarios 2012, 2013 o 2014 (en reemplazo de las de los comuneros).

OFICIO N° 2946 DE 18.11.2015

Palabras Clave: artículo 21, retiro encubierto, préstamo, partes relacionadas.

Un contribuyente solicita al SII confirmar la aplicación de la tributación establecida en el artículo 21 inciso 3 literal ii) de la LIR, respecto de los préstamos efectuados a sociedades extranjeras relacionadas con el acreedor de acuerdo al art. 100 de la Ley 18.045 de Mercado de Valores. El SII señala que para determinar la aplicación de dicho artículo en la situación planteada, deberá analizarse si el préstamo constituye o no un retiro encubierto de cantidades afectas a los impuestos IGC o IA, para lo cual el SII considerará las utilidades retenidas en la empresa a la fecha del préstamo, y la relación de éstas con el monto prestado; el destino y destinatario final de los recursos; el plazo del préstamo, prórrogas o renovaciones, tasas de interés u otras cláusulas relevantes. No obstante, concluye el Servicio que, mientras el préstamo entre empresas de un mismo grupo empresarial, relacionadas en los términos del art.100 de la Ley n°18.045, no tenga como beneficiario final al propietario, socio o accionista de la empresa o sociedad respectiva, no se aplicará el citado artículo 21. Finalmente indica que no se podrá determinar su aplicación a priori ya que cada situación se deberá ver en particular y que en definitiva dependerá de si el uso de los recursos del préstamo redundará en un beneficio para el propietario, socio o accionista directa o indirectamente, lo cual solo podrá verificarse con motivo del ejercicio de sus funciones normales de fiscalización, a la vista de antecedentes concretos y dentro de los correspondientes plazos de prescripción.

OFICIO N° 2897 DE 16.11.2015

Palabras Clave: colocación de acciones, fusión, agencia, mayor valor.

Se solicita un pronunciamiento del SII en relación a la aplicación del tratamiento tributario del artículo 17 n°5 de la LIR, respecto del sobreprecio obtenido por una sociedad anónima en la colocación de acciones de propia emisión, cuando luego de dicha colocación la sociedad es absorbida en un proceso de fusión, por una agencia en Chile, de una empresa extranjera, la cual suscribió la totalidad de dichas acciones. Sobre la base de los antecedentes indicado, el SII considera que no se aplica el citado artículo 17 n°5 de la LIR para el sobreprecio producido, toda vez que la agencia determinará el resultado de dicha inversión al momento de la fusión. Lo anterior, toda vez que el sobreprecio pagado por la agencia constituye para ésta un mayor costo de su inversión con motivo del aporte mismo, el cual, al momento de la fusión, producirá el efecto de disminuir el valor de la inversión, sin que haya un incremento de patrimonio para la agencia. En cuanto a la matriz de la agencia que efectúa retiros de ésta, luego de la fusión, se regulará por las reglas generales del art. 14 de la LIR, al no existir un incremento patrimonial al tenor del artículo 17n°5 de la LIR.

OFICIO N° 2853 DE 11.11.2015

Palabras Clave: disolución de sociedad, acciones, fusión.

Un contribuyente solicita al Servicio que ratifique lo interpretado por el Oficio n°4591, sobre la forma de determinar el valor de adquisición de acciones, antes de la vigencia de las modificaciones introducidas a los artículos 15 y 31 n°9 de LIR por la ley 20.630. El SII a través del mencionado oficio indica que el valor de costo de las acciones adquiridas con motivo de la disolución de una sociedad extranjera, sería igual valor al que adquirieron las acciones de dicha sociedad disuelta, siempre su único activo fuesen acciones de la sociedad chilena. Se ratifica el criterio del citado oficio, estableciéndose que el valor a registrarse para fines tributarios de los activos de la sociedad que se disuelve en los registros de la sociedad absorbente o receptora de estos, es el de adquisición de las respectivas acciones de la sociedad absorbida, distribuyéndose proporcionalmente el precio de adquisición del total de las acciones, entre todos los activos no monetarios traspasados o adquiridos producto de la fusión.

ORD. N° 2528, DE 07.10.2015

Palabras Clave: Gastos Rechazados, Personas Naturales, Impuesto Único (artículo 21 de la LIR).

Un contribuyente consulta al SII respecto a la declaración y pago del impuesto sobre las partidas indicadas en el inciso 3° del artículo 21 de la LIR, en cuanto a si la tributación es aplicable únicamente a los socios o accionistas directos de la empresa respectiva, o si debe dársele una interpretación más amplia (i.e incluyendo a los socios o accionistas indirectos). En el mismo sentido, se consulta respecto a quienes aplica la nueva declaración jurada. El SII, resolviendo la consulta, señala que el IGC o IA más la tasa adicional de 10% sobre las partidas señaladas anteriormente en ningún caso afectará a los propietarios, socios o accionistas de otras sociedades, que a su vez participen en aquella que se encuentra en la situación prevista en el artículo 21 (socios o accionistas indirectos). Señala, además, que la presentación de la declaración y certificado establecidos en la Resolución Ex. N°11 debe ser cumplida sólo por las empresas que se encuentran obligadas a declarar sus rentas efectivas de acuerdo a un balance general según contabilidad completa, o bien, cuando se encuentre acogida a lo dispuesto en el artículo 14 bis de la LIR, independientemente que sus accionistas, socios o comuneros se tratan de personas naturales o personas jurídicas o si corresponden o no a contribuyentes afectos a los IGC o IA.

ORD. N° 2390, DE 21.09.2015

Palabras Clave: Trust, Contribuyente Extranjero.

Un contribuyente consulta al SII respecto a la tributación que afecta a las rentas generadas por un trust constituido en el extranjero y que tienen como beneficiario a un extranjero domiciliado en Chile. De acuerdo al SII, se define a un trust como las relaciones legales creadas de acuerdo a normas de derecho extranjero –por acto inter vivos o mortis causa– por una persona, el constituyente, mediante la transmisión o transferencia de bienes, los cuales quedan bajo el control de un trustee, en interés de uno o más beneficiarios o con un fin determinado (según Resolución Exenta N°81, 2013). En este sentido, el contribuyente deberá computar las rentas cuya fuente esté fuera del país conforme a lo dispuesto en el artículo 12 de la LIR, es decir, debe reconocerlas considerando las rentas líquidas percibidas, salvo que el trust configure una agencia o establecimiento permanente en el exterior, en cuyo caso deberá considerar tanto las rentas

percibidas como devengadas, sin perjuicio de las normas contenidas en el artículo 41G de la LIR. Sin perjuicio de lo anterior, los contribuyentes que hayan constituido un trust en el extranjero, deberán dar cumplimiento a las obligaciones de información establecidas por el SII (Resolución Exenta N° 6 de 2003, modificada por las Resoluciones Exentas N°s 103 y 106 de 2013).

ORD. N° 2294, DE 08.09.2015

Palabras Clave: Fusión, Investigación y Desarrollo (I&D), Incentivos o Beneficios Tributarios.

Un contribuyente solicita al SII pronunciarse respecto de los efectos tributarios que se producen en la fusión de dos o más sociedades en relación con la utilización de los beneficios tributarios establecidos en la Ley sobre incentivo tributario a la inversión en investigación y desarrollo (I&D). Esta Ley permite a los contribuyentes imputar como crédito contra el IDPC ciertas inversiones en I&D efectuadas en alguna de las siguientes formas: (a) los pagos que efectúen a un Centro de Investigación en el marco de un Contrato celebrado al efecto, debidamente certificado por CORFO, y (b) los desembolsos realizados en virtud de un Proyecto de I&D, que los propios contribuyentes realicen de acuerdo a sus propias capacidades internas o las de terceros, debidamente certificados por CORFO. Ahora bien, respecto a la materia consultada, el SII dispone que si como consecuencia de un proceso de fusión por creación o incorporación, el contribuyente titular de los beneficios tributarios establecidos en la Ley N°20.241, se disuelve o desaparece, la nueva sociedad constituida o la sociedad absorbente, según corresponda, no tiene derecho a hacer uso de los beneficios establecidos en dicha Ley respecto de los desembolsos efectuados por tales conceptos, sea que se trate de un Contrato o Proyecto previamente certificado de acuerdo al procedimiento general, o cuya certificación se obtenga con posterioridad de acuerdo al procedimiento excepcional. No obstante lo anterior, en caso que los referidos gastos se encuentren sólo adeudados a la fecha de la fusión, la sociedad absorbente tendrá derecho a hacer uso de los beneficios establecidos en la Ley N° 20.241, respecto de los desembolsos que efectúe por tales conceptos, en caso que se certifique a la sociedad absorbente.

ORD. N° 1985, DE 03.08.2015

Palabras Clave: Domicilio, Residencia, Inversionista Extranjero, Convenios.

Un contribuyente solicita al SII resolver los efectos tributarios del cambio de domicilio o residencia de un inversionista extranjero. El Servicio señala que, en primer lugar, el contribuyente extranjero deberá calificar como residente de un Estado Contratante de acuerdo a los requisitos señalados en el respectivo convenio. De esta forma, cuando el inversionista cuente con un certificado de residencia que acredite que el Estado respectivo lo reconoce como tal para efectos del convenio, Chile en principio debe aceptar la calificación de “residente” efectuada por el otro Estado, sin perjuicio de la facultad que tienen las autoridades chilenas de rebatir dicha calificación a través del procedimiento de Acuerdo Mutuo regulado en los respectivos convenios. Respecto de la obligación de informar los cambios de domicilio o residencia, la Circular N° 31 de 2014 dispone que las personas y entidades no residentes que se inscriban en el RUT o inicien actividades a partir del 1 de enero de 2015, deben informar, entre otros datos, el país, dirección y fecha de constitución, y el país o países de residencia tributaria, así como también cualquier cambio de los datos entregados. Finalmente, el SII señala que las personas o entidades no residentes que hayan obtenido RUT/iniciación de actividades antes de la fecha indicada, no deberán aportar los datos requeridos por la nueva circular, a menos que al 1 de enero de 2015 tuvieran un establecimiento permanente en Chile.

ORD. N° 1980, DE 31.07.2015

Palabras Clave: Pymes, Castigo, Créditos vencidos e impagos, Gasto, Prescripción; Tribunal.

Se requiere al SII pronunciarse respecto a la forma en que se agotan prudencialmente los medios de cobro de créditos vencidos, con el objeto de castigarlos en cumplimiento de los requisitos establecidos en la LIR y la Circular N°24 de 2008. En este sentido, el Servicio señala que el castigo es un mecanismo excepcional, cuando las deudas se tornan incobrables por casusas debidamente fundamentadas, es decir, cuando dentro de los plazos de prescripción los medios de cobro realizados no han sido suficientes para obtener el cumplimiento, habiendo sido demostrado dicho interés en efectuar el cobro. Para estos efectos, debe considerarse los plazos aplicables según las normas de prescripción extintiva ordinaria, destinadas a obtener el cumplimiento de la obligación, conforme a las

reglas generales contenidas en los Códigos Civil o de Comercio, según corresponda, sin perjuicio de los plazos de prescripción especiales que establezca la Ley. Considerando las prácticas comerciales de la PYMES, la Circular N°24 estableció que sin perjuicio de que la regla general es que para poder castigar aquellos créditos que excedan las 50 UF debe demandarse judicialmente, el mismo instructivo contempla la posibilidad que el contribuyente acredite que la tramitación judicial no es razonable de acuerdo a la cuantía de la deuda, la relación comercial que se tenga con el deudor o la situación patrimonial del deudor, en cuyo caso, podrá castigarse la deuda cumplidos los respectivos requisitos señalados en la Circular. A continuación agrega que lo mismo aplica para el caso de contrato con cláusulas compromisorias, siempre y cuando haya cesado con el deudor todo tipo de relaciones comerciales, salvo aquellas que supongan pago al contado. Sin perjuicio de lo anterior, el requisito de haber requerido judicialmente al deudor –lo cual permitiría también castigar dichos créditos– se cumple con el ejercicio de los recursos correspondientes ante el tribunal arbitral conforme a la naturaleza de este procedimiento, y según lo acordado por las propias partes. Por otro lado, en caso de quiebra del deudor, el SII entiende que el acreedor deberá proceder a su castigo cuando (i) los créditos que no excedan de 10 UF y los que superen esta suma y no excedan de 50 UF, y que no hubieren sido castigados en forma previa a la declaratoria de quiebra, debe cumplirse con los requisitos establecidos en dicha Circular, siendo la declaratoria de quiebra el antecedente que define la oportunidad para su castigo, (ii) respecto de los créditos morosos que al término del ejercicio excedan de 50 UF, el cumplimiento del requisito de haber requerido judicialmente al acreedor, se entenderá cumplido con la verificación de los créditos y preferencias, sin perjuicio de los demás requisitos señalados en la Circular N°24. Ahora bien, si dentro del proceso concursal se recuperan la totalidad o parte de los créditos castigados, se deberán efectuar los ajustes que correspondan a las rentas afectas del contribuyente.

ORD. N° 1921, DE 27.07.2015

Palabras Clave: Renta Imponible Operacional Minera (RIOM), Impuesto Específico a la Actividad Minera (IEAM), Goodwill, Gasto.

Un contribuyente solicita al SII pronunciarse respecto a los efectos y aplicación de la norma sobre Goodwill tributario –previa la modificación del año 2012 realizada por la Ley 20.630– en la determinación de la Renta Imponible Operacional Minera (RIOM) y la posterior aplicación del

Impuesto Específico a la Actividad Minera (IEAM). Luego de un análisis de la normativa aplicable –especialmente respecto al artículo 64 ter de la LIR– el SII señala que para los efectos de definir si procede o no la rebaja por concepto de depreciación, amortización o rebaja como costo o gasto, de aquella parte del Goodwill incorporado en el valor de los activos no monetarios recibidos con ocasión de la fusión, se debe distinguir el tipo de activo de que se trate, pues sólo procederá dicha rebaja en tanto éste activo se encuentre vinculado directamente con ingresos provenientes de la venta de productos mineros (el oficio analiza someramente los casos de Goodwill asignados a existencias de productos mineros, cuentas por cobrar y activos fijos o inversiones).

ORD. N° 1917, DE 27.07.2015

Palabras Clave: Usufructo, Arrendamiento, Derechos de aprovechamiento de aguas, Recuperación, Patente.

Un contribuyente solicita al SII pronunciarse respecto de si el titular de derechos de aprovechamiento de aguas, quien los ha cedido en arrendamiento o en usufructo al propietario de las obras en las cuales se emplean dichas aguas, puede recuperar el pago de la patente pagada por la no utilización de las aguas, establecida en el artículo 129 bis 4 del Código de Aguas, y en virtud del mecanismo del artículo 129 bis 20 del mismo código. Respecto a lo anterior, el SII hace referencia a una serie de instrucciones impartidas sobre la recuperación de las patentes pagadas por la no utilización de aguas, indicando los requisitos que se deben cumplir para que los contribuyentes puedan verse favorecidos con el mecanismo de recuperación mediante su imputación en contra de los PPM obligatorios u otros impuestos de retención o recargo. Respecto al caso concreto, señala que el contribuyente puede ocupar el mecanismo de imputación establecido en el artículo 129 bis 20 del Código de Aguas, a partir de la fecha en que se dé inicio a la utilización de las aguas, en tanto mantenga la titularidad de los derechos a esa fecha.

ORD. N° 1916, DE 27.07.2015

Palabras Clave: Goodwill; Fusión Inversa, Acciones de propia emisión.

Un contribuyente consulta al SII respecto de la aplicación y efectos de las normas sobre Goodwill en un caso de “fusión inversa”. El Servicio señala que no resulta aplicable lo dispuesto en el número 9 del artículo 31 de la LIR, puesto que no se cumpliría con unos de los requisitos que establece

dicha norma, esto es, que exista una inversión realizada en derechos sociales o acciones por parte de la sociedad absorbente en la sociedad fusionada, previo a la fusión. No obstante, en caso de que efectivamente se produzca una fusión inversa y las acciones de propia emisión que se adquieran no sean enajenadas en la oportunidad establecida por ley, deberá disminuirse el capital social y el capital propio de la sociedad absorbente en un monto equivalente al valor o costo tributario que tenían las acciones de propia emisión en la sociedad absorbida. Agrega finalmente que esta disminución de capital, en ningún caso, representa pérdida tributaria para la sociedad absorbente de acuerdo al número 3 del artículo 31 de la LIR, así como tampoco constituye un gasto diferido o una diferencia que deba incrementar el valor de los activos no monetarios recibidos con ocasión de la fusión.

ORD. N° 1914, DE 27.07.2015

Palabras Clave: Intereses, Impuesto adicional, Sucursal/Agencia en el extranjero.

Un contribuyente consulta si los intereses obtenidos por una sucursal en el extranjero, por depósitos efectuados en la casa matriz constituida en Chile, no debieran considerarse en la determinación de la renta líquida imponible de la sucursal en el extranjero. Lo anterior, atendido que dichos intereses habrían completado su tributación al ser gravados con Impuesto Adicional, cuando fueron remesados al exterior. En opinión del contribuyente, se generaría una doble tributación de dichas rentas cuando la casa matriz registre el resultado de ganancia o pérdida tributaria obtenida por la referida sucursal. El SII, por su parte, rechaza la opinión del solicitante al no existir norma legal expresa que permita la exclusión de los intereses del resultado tributario de la sucursal en el exterior. A continuación, señala que si bien los intereses se gravan con el Impuesto Adicional en su remesa al exterior, y deben ser reconocidos como ingresos por la sucursal y por esa vía formar parte de los resultados que deben reconocerse en Chile, debe tenerse presente que al mismo tiempo, la casa matriz en el país deduce como gasto los intereses pagados o devengados por tales depósitos, de acuerdo a lo establecido en el N° 1, del artículo 31 de la LIR.

ORD. N° 1912, DE 24.07.2015

Palabras Clave: Pérdidas tributarias, Impuesto al Juego, Ley 19.955.

Un contribuyente consulta respecto de la forma en que se debe calcular Impuesto al Juego, en caso de existir pérdidas tributarias. Al respecto, el artículo 59, letra a), de la Ley N° 19.995 establece un impuesto con tasa de 20% sobre los ingresos brutos que obtengan las sociedades operadoras de casinos de juego, previa deducción del importe por IVA y el monto destinado a solucionar los PPM obligatorios. En este contexto, el SII señala que no son obligatorios los PPM que correspondan al primer trimestre del ejercicio posterior a aquél en que se produjo la pérdida tributaria, excepto cuando la pérdida tributaria ha sido totalmente absorbida por el FUT existente al término del ejercicio anterior, en cuyo caso el contribuyente está obligado a efectuar PPM por el primer trimestre. Tampoco resultan obligatorios los PPM correspondientes a los trimestres siguientes, cuando dicha situación de pérdida se mantenga. Finalmente, el SII agrega que son obligatorios los PPM en caso que la situación de pérdida tributaria sea sólo a nivel de RLI y no de FUT, o en caso que la pérdida tributaria no se mantenga en los trimestres siguientes. En el primer caso, se precisa que los PPM son obligatorios si, aun encontrándose en situación de pérdida tributaria en el primer, segundo o tercer trimestre del ejercicio comercial respectivo, el contribuyente cuenta con un Saldo Positivo de FUT procedente del ejercicio anterior que absorba dicha pérdida tributaria trimestral, pues en tal evento no resulta procedente que dicha pérdida tributaria “trimestral” sea absorbida por las utilidades retenidas en el Registro FUT.

ORD. N°1828, DE 14.07.2015

Palabras Clave: Pérdida tributaria, cambio de propiedad, Artículo 31 N°3, Artículo 100 LMV.

Un contribuyente solicita al SII confirmar que no existe relación entre dos sociedades, en los términos del artículo 100 de la LMV, por el mero hecho que tengan un director común, y por ende, no sería aplicable a su respecto la norma de excepción a las restricciones al uso de las pérdidas tributarias cuando el cambio de propiedad se efectúa entre empresas relacionadas, contenida en la parte final del N°3 del artículo 31 de la LIR. A este respecto, el SII señala que el artículo 100 de la LMV no contempla dentro de las hipótesis de relación la situación descrita por el contribuyente,

por lo que confirma que no procede la excepción contenida en la parte final del N°3 del artículo 31 de la LIR.

ORD. N° 1823, DE 14.07.2015

Palabras Clave: beneficios previsionales, corporación de derecho privado, prestaciones complementarias.

Un contribuyente solicita un pronunciamiento respecto al tratamiento aplicable a los beneficios entregados a los trabajadores de una empresa, por parte de una corporación de derecho privado sin fines de lucro cuyo objeto es prestar servicios y beneficios “previsionales”, financiados con aportes tanto de la empresa como de los propios trabajadores, y cuyo monto y obligatoriedad deriva de un convenio colectivo. A juicio del contribuyente, las instrucciones del SII señalan que los beneficios previsionales pueden ser entregados por departamentos u oficinas de bienestar, por sindicatos o bien por cajas de compensación, sin embargo, no existe claridad respecto al tratamiento en caso que los beneficios sean entregados por una institución constituida conforme se señaló precedentemente. Al respecto, y habiendo previamente consultado a la SUSESO, el SII concluye que si bien las ayudas otorgadas por una corporación de derecho privado sin fines de lucro no son beneficios previsionales, estas pueden ser calificadas como prestaciones complementarias a la seguridad social y, en consecuencia, asimilables a los beneficios previsionales susceptibles de aprovechar el tratamiento establecido en el artículo 17 N°13 de la LIR. Para ello, tales beneficios deberán cumplir estrictamente con todos los requisitos señalados en la Circular N°75 de 1976, modificada y complementada por la N°66 de 1977.

ORD. N° 1755, DE 06.07.2015

Palabras Clave: proyecto de cooperación internacional, donación, beneficios tributarios, Fondo Mixto de Apoyo Social.

Un contribuyente solicita al SII confirmar si las empresas privadas que colaboren en el financiamiento de proyectos de beneficencia de cooperación internacional, que cuentan con la aprobación del consejo que administra el Fondo Mixto de Apoyo Social, pueden acogerse a los beneficios tributarios establecidos en el Título I de la Ley N°19.885 de 2003. Al respecto, el SII señala que si bien la ley ni su reglamento excluyen a las entidades extranjeras, la naturaleza de algunos de los requisitos establecidos a los

eventuales donatarios, denotan que estos necesariamente deben ser entidades o instituciones nacionales. Considerando lo anterior, el SII concluye que los beneficios tributarios establecidos en los artículos 1 y 1 bis de la citada ley, son aplicables a donaciones efectuadas a donatarios que cumplan con los requisitos legales allí establecidos, y que se encuentren inscritos en el registro a que se refiere el artículo 5 de la misma norma; para financiar programas cuyo registro en el banco de proyectos haya sido certificado por el Ministerio de Planificación. Dado lo anterior, el SII concluye que debe tratarse de proyectos cuyos beneficiarios se encuentren en el país y que su rentabilidad social sea evaluada en función de grupos o destinatarios situados en Chile.

ORD. N° 1756, DE 06.07.2015

Palabras Clave: reorganización internacional, facultad de tasación, venta indirecta, asignación de activos, agencia o establecimiento permanente, legítima razón de negocios.

Un contribuyente solicita un pronunciamiento en relación a la facultad del SII para tasar reorganizaciones internacionales que impliquen la venta directa de activos situados en Chile, y sobre la eventual aplicación a dichas reorganizaciones de la regla de excepción contenida en el inciso final del artículo 10 de la LIR, que libera a ciertas ventas indirectas de la aplicación del Impuesto establecido en el artículo 58 N°3 de la LIR; en el evento que tales enajenaciones se hayan efectuado en el contexto de una reorganización del grupo empresarial y siempre que en dichas operaciones no se hubiese generado renta o un mayor valor para el enajenante. A este respecto, señala el SII que el inciso 3ero del artículo 64 del CT le otorga, bajo ciertas circunstancias, la facultad de tasar el precio o valor asignado al objeto de la enajenación, no obstante, la misma disposición establece en su inciso 5to una serie de requisitos bajo los cuales no aplicará la facultad de tasación. De esta forma, si en el contexto de una reorganización internacional, se verifica la enajenación de bienes corporales o incorporeales, esta podrá ser objeto de tasación, salvo que la reorganización cumpla con la totalidad de los requisitos señalados en la norma, reiterando el SII que para ello necesariamente los efectos tributarios de la reorganización deberán producirse y agotarse íntegramente en el país. Tratándose específicamente de la asignación de activos efectuada entre una matriz extranjera a su agencia, sucursal u otra forma de establecimiento permanente en Chile, o bien desde este a su matriz extranjera u otro

establecimiento permanente en Chile o en el exterior, dicha asignación, aun cuando no configure una enajenación propiamente tal, podrá ser objeto de tasación, en virtud de lo dispuesto en el inciso 3ero, del artículo 38 de la LIR, salvo que la operación cumpla con los requisitos señalados en la misma norma, a saber: (i) que la asignación obedezca a una legítima razón de negocios; (ii) no origine un flujo efecto de dinero para la matriz extranjera; (iii) que la asignación de las acciones o derechos sociales sea efectuada y registrada en la contabilidad del establecimiento permanente en Chile, al valor contable o tributario en que dichos activos estaban registrados en la matriz en el extranjero. En lo que se refiere a la eventual aplicación a las ventas directas de la norma de excepción contenida en el artículo 10, inciso final de la LIR, el SII concluye que no resulta aplicable la interpretación extensiva de la norma, y que tal cuestión solo podría materializarse por medio de una modificación legal.

ORD. N° 1686, DE 25.06.2015

Palabras Clave: menor valor, pérdida tributaria, valor de inversión, disolución, liquidación, sociedad de responsabilidad limitada.

Un contribuyente solicita al SII confirmar que el menor valor obtenido por un socio, quien a su vez es contribuyente del IDPC, como consecuencia que el monto recibido producto de la disolución y liquidación de una SRL resultó inferior al valor tributario de la inversión; es susceptible de ser rebajado en la determinación de su renta líquida imponible de primera categoría. A este respecto, el SII señala que adoptado el acuerdo de disolución y liquidación, y habiéndose cumplido en tiempo y forma las solemnidades exigidas por la ley, incluido el aviso de término de giro de la sociedad, el socio contribuyente de IDPC que determina su renta efectiva según contabilidad completa, podrá rebajar la pérdida efectiva que sufra con motivo de dicha disolución, debiendo considerarse para su cálculo, el valor tributario de la inversión efectiva que mantenía en los derechos sociales, conformado por los valores de adquisición, aportes de capital y aumentos del mismo, descontadas las devoluciones de capital que se hubieren efectuado con anterioridad a la disolución, todos ellos reajustados a la fecha de la disolución, debiendo además tenerse presente la eventual existencia de retiros en exceso que no hubiesen sido imputados a rentas tributables o no, efectuados por el socio en cuestión.

ORD. N° 1649, DE 18.06.2015

Palabras Clave: reorganización empresarial, facultad de tasación, legítima razón de negocios, artículo 64 del CT.

Un contribuyente señala que una S.A. de giro inversiones, mantiene participaciones en distintas áreas comerciales a través de la propiedad de acciones en una sociedad vinculada al sector de cementos, hormigones y premezclado, y en otra vinculada al sector metalmecánico y gases industriales. Asimismo, la sociedad tendría participación en actividades comerciales distintas a las anteriores. Continúa señalando que a fin de independizar las actividades, ya que se están evaluando nuevas oportunidades de asociación y/o financiamiento en forma separada para cada área de negocios; resulta necesario reorganizar el grupo empresarial. El proceso de reorganización implicará la creación de dos nuevas sociedades, a las que se aportarán a valor tributario, la totalidad de las acciones que la sociedad tiene en cada una de las entidades productivas; siendo el valor tributario inferior tanto al financiero como al de mercado. El contribuyente solicita confirmar que el proceso descrito se enmarca dentro del concepto de reorganización empresarial contemplado en el inciso 5to del artículo 64 del CT y que existe, además, una legítima razón de negocios detrás de la operación. Ante esto, el SII señala que el inciso 5to del artículo 64 del CT y las instrucciones contenidas en la Circular 45 de 2001, establecen que no aplicará la facultad de tasación contemplada en el inciso 3 del mismo artículo, cuando se trate del aporte, total o parcial, de activos de cualquier clase, que resulte de otros procesos de reorganización que obedezcan a una legítima razón de negocios, en que subsista la empresa aportante, siempre que se cumplan los siguientes requisitos: (i) que impliquen un aumento de capital o la constitución de una nueva sociedad; (ii) no se originen flujos efectivos de dinero para el aportante; (iii) los aportes se efectúen y registren al valor contable o tributario en que los activos estaban registrados en la aportante; y (iv) que los valores se asignen en junta de accionistas o escritura pública de constitución o modificación de la sociedad, según corresponda. Basándose sólo en lo descrito en el requerimiento, el SII concluye que la reorganización que se pretende, se enmarcaría dentro del inciso 5to del artículo 64 del CT, por lo que cumpliéndose los requisitos legales señalados, no sería procedente la facultad de tasación respecto de los activos que serían enajenados mediante su aporte en el marco de una reorganización empresarial, y cuyo valor comercial o de mercado es superior a su valor tributario. En relación a la existencia de una legítima razón de negocios, el SII señala que

corresponde a la instancia de fiscalización respectiva pronunciarse sobre su existencia efectiva, considerando para ello el conjunto de circunstancias previas, concurrentes y posteriores a la reorganización.

ORD. N°1502, DE 03.06.2015

Palabras Clave: libro de ingresos y egresos, libro de caja, régimen de tributación simplificada, contabilidad completa optativa, artículo 14 ter de la LIR.

Se solicita un pronunciamiento de parte del SII, en relación a si el hecho que un contribuyente acogido el régimen establecido en el artículo 14 ter de la LIR, decida voluntariamente llevar contabilidad completa, suple la obligación de llevar los libros de caja y de ingresos y egresos establecida en el N°3, de la letra A) del mismo artículo, vigente desde el 1 de enero de 2015 y en las instrucciones impartidas por la Circular N°69 de 2014. Al respecto, el SII señala que los contribuyentes que se acojan al régimen de tributación del artículo 14 ter deben llevar los registros de ingresos y egresos y de caja, cuando corresponda, en la forma establecida en la Resolución Exenta N°129 de 2014. Continúa señalando que dichos contribuyentes pueden, optativamente, decidir llevar contabilidad completa, decisión que los libera de la obligación de llevar los registros contables de ingresos y egresos y de caja, según corresponda. Los contribuyentes deberán manifestar tal decisión en la declaración anual de impuestos a la renta correspondiente a cada año comercial por el cual tomaron dicha decisión.

ORD. N°1483, DE 02.06.2015

Palabras Clave: contrato de asociación o cuentas en participación, obligaciones tributarias, registro de utilidades, imputación de pérdidas.

Un contribuyente solicita un pronunciamiento en relación a los efectos tributarios de un contrato de asociación o cuentas en participación celebrado para el desarrollo de un proyecto de construcción. Se solicita confirmar si el procedimiento contable tributario que estaría utilizando se ajusta a la normativa; señalando al respecto que debido a la duración de los proyectos, no es posible determinar año a año si el resultado contable será definitivo, por lo cual no es posible determinar la participación real de los socios partícipes sino hasta el término del mismo. En tal sentido, señala el requirente que es el socio gestor quien cancela los PPM y el IDPC por las utilidades del año; ingresando el total de la utilidad a su FUT y

luego rebaja de él las distribuciones hechas a los socios partícipes, a quienes les emite un certificado señalando los montos que le corresponden por su participación en la utilidad del año, los cuales ingresan a su FUT con los créditos correspondientes. Asimismo, solicita un pronunciamiento respecto al tratamiento aplicable al registro FUT que lleva el gestor respecto de las utilidades y pérdidas que se generan por el inicio de un nuevo proyecto, cuando aún no se ha finiquitado la participación en el proyecto anterior. Ante tal requerimiento, el SII señala que el contrato de asociación o cuentas en participación se encuentra definido en el artículo 507 del C. de Com. Por su parte, el artículo 28 del CT establece que el gestor será el responsable exclusivo del cumplimiento de las obligaciones tributarias que afecten a las operaciones que constituyan el giro de la asociación. Señala el SII que las instrucciones a este respecto se impartieron por medio de la Circular N°29 de 1999, de conformidad a las cuales, en la medida que se acredite el negocio que llevan en común las partes, esto es, su efectividad, condiciones y monto de la participación, tanto el gestor como los partícipes quedarán sujetos a las normas tributarias aplicables a los contribuyentes que deban declarar el IDPC en base a renta efectiva, y particularmente a las normas del artículo 14, letra A) de la LIR, asumiendo todas las obligaciones tributarias en forma separada, respecto del resultado, tanto positivo como negativo, que se obtenga de la participación. Por el contrario, en caso que no se pruebe la efectividad de la participación, el gestor deberá dar cumplimiento a todas las obligaciones que le afecten, debiendo declarar y pagar el IDPC e impuestos finales, considerando como renta imponible propia la que determine para todos los efectos que dispone la ley tributaria. Luego del análisis, concluye el SII que al no acreditarse la efectividad de la participación en el caso en consulta, no aprecia inconvenientes en relación al procedimiento utilizado por el gestor en relación al registro de la totalidad de las utilidades en su FUT, siempre que se lleve un adecuado registro de las respectivas sumas, su año de origen y créditos asociados; y que por consiguiente, los retiros o distribuciones efectuados por los socios o accionistas del gestor no se imputen a las utilidades del partícipe y que las pérdidas tributarias producidas por los nuevos proyectos realizados en forma independiente por el gestor, solo se computen o compensen con los resultados que, en definitiva, le correspondan en este. No obstante, en caso de acreditarse la efectividad del contrato de asociación o cuenta en participación, cada parte deberá hacerse cargo de la tributación con el IDPC e impuestos finales, en la parte que les corresponda en el resultado tributario que determine la asociación.

ORD. N°1381, DE 27.05.2015

Palabras Clave: resolución de calificación ambiental, contratos de mitigación, desembolsos, artículo 21 de la LIR.

Un contribuyente solicita un pronunciamiento respecto al tratamiento aplicable a los desembolsos efectuados por una empresa dedicada al desarrollo de proyectos de generación eléctrica, los que son ejecutados a través de las denominadas Entidades de Inversión Directa; vehículos que deben efectuar diversos desembolsos en virtud de obligaciones impuestas en resoluciones de calificación ambiental que aprueban la ejecución de los proyectos y de contratos de mitigación de externalidades. Específicamente el contribuyente solicita se confirme que: (i) en caso de presentar una renta líquida imponible y capital propio tributario negativos, las EID deben necesariamente considerar el parámetro contemplado en el numeral v), del inc. 2 del artículo 21 de la LIR, es decir el 5% de la inversión total anual destinada a la ejecución del proyecto, a efectos de determinar una eventual aplicación del artículo 21 a los desembolsos efectuados en virtud de los contratos de mitigación; y (ii) que la deducibilidad de los desembolsos efectuados en virtud de una resolución de calificación ambiental no se rige por el artículo 21, sino por las reglas generales del artículo 31. Luego de transcribir el numeral v) del Inc. 2 del artículo 21 incorporado por la Ley N°20.712, el SII señala que su redacción es clara al señalar que se afectará con el impuesto establecido en dicho artículo la parte de los desembolsos que excedan la cantidad menor entre las tres alternativas que la misma norma contempla, de esta forma, en caso que en un ejercicio un contribuyente determine una pérdida tributaria o bien su capital propio tributario sea negativo, no tiene aplicación la liberación que dispone el numeral v), puesto que en tal caso, la cantidad menor (2% de la renta líquida 1,6 por mil del capital propio) es negativa, y para estos efectos, equivalente a 0. Respecto al segundo criterio a confirmar, el SII señala que de acuerdo al tenor del numeral v) del Inc. 2 del artículo 21 vigente hasta el 31 de diciembre de 2016, la liberación de impuesto allí establecida, dice relación con los desembolsos efectuados con motivo de la aprobación o ejecución de proyectos que cuenten o deban contar con una resolución dictada por autoridad competente y que consten en un contrato o convenio suscrito con una autoridad pública o las demás entidades que indica, y no respecto de aquellos desembolsos obligatorios que se efectúen como parte de exigencias estipuladas en la resolución de calificación ambiental que apruebe dicho proyecto, emitida por una Comisión Regional de Medio Ambiente.

OFICIOS IVA

ÍNDICE DE PALABRAS CLAVE

A

- Actividad de Diversión o Esparcimiento: Ord. N° 2210, de 28.08.2015 y Ord. N° 1560, de 10.06.2015.
- Actividad Deportiva: Ord. N° 1560, de 10.06.2015.
- Actividad Docente: Ord. N° 1560, de 10.06.2015.
- Activo Fijo: Ord. N°1428, de 28.05.2015.
- Activo “Realizable”: Ord. N°1428, de 28.05.2015.
- Agencia de Negocios: Ord. N° 1772, de 08.07.2015
- Arrendamiento: Ord. N°1428, de 28.05.2015, Ord. N° 1495, de 03.06.2015, Ord. N° 1774, de 08.07.2015, Ord. N° 1814, de 13.07.2015.
- Art. 12, letra B), N° 10: Ord. N° 1661, de 24.06.2015 y (Ord. N° 1474, de 02.06.2015.
- Aumento de Precio: Ord. N° 866, de 05.04.2016
- Avalúo Fiscal: Ord. N° 1774, de 08.07.2015

B

- Back Office: Ord. N° 1772, de 08.07.2015.
- Beneficio Viviendas Sociales: Ord. N°1209, de 03.05.2016.
- Bienes Corporales Muebles: Ord. N°1428, de 28.05.2015 y Ord. N° 1836, de 14.07.2015.
- Bienes de Capital: Ord. N° 1661, de 24.06.2015 y Ord. N° 1474, de 02.06.2015.
- Bienes Incorporales: Ord. N° 1923, de 27.07.2015.
- Boleta de ventas y/o servicios afectos: Ord. N° 2210, de 28.08.2015.

C

- Casinos: Ord. N° 2210, de 28.08.2015
- Centros Comerciales: Ord. N° 1208, de 03.05.2016
- Cobro Indebido: Ord. N° 1446, de 29.05.2015.
- Comités Rurales de Energía Eléctrica: Ord. N° 859, de 05.04.2016.
- Compensación de Deuda: Ord. N° 1495, de 03.06.2015.

- Compraventa: Ord. N° 1381, de 17.05.2016 y Ord. N° 867, de 05.04.2016.
- Concesión minera: Ord. N° 1440, de 24.05.2016.
- Contrato de Leasing: Ord. N°1428, de 28.05.2015.
- Contrato de Obra Pública: Ord. N° 1495, de 03.06.2015 y Ord. N° 866, de 05.04.2016.
- Contrato General de Construcción: Ord. N° 1836, de 14.07.2015 y Ord. N° 867, de 05.04.2016.
- Crédito Especial (Viviendas Subsidio Habitacional): Ord. N° 1836, de 14.07.2015.
- Crédito Fiscal: Ord. N° 3088, de 03.12.2015.

D

- Decreto Ley N° 910: Ord. N° 1836, de 14.07.2015.
- Depósitos Francos: Ord. 828, de 01.04.2016.
- Devolución: Ord. N° 1474, de 02.06.2015, Ord. N° 1446, de 29.05.2015.
- Devolución de Retenciones: Ord. N° 1495, de 03.06.2015.
- Derecho de Imagen: Ord. N° 1382, de 17.05.2016.
- Documentos (SNA): Ord. N° 3088, de 03.12.2015.
- Documentos Tributarios: Ord. N° 157, de 20.01.2016.

E

- Empresas Constructoras: Ord. N° 1836, de 14.07.2015.
- Empresas Mineras: Ord. N° 2581, de 14.10.2015.

F

- Factura de Compra: Ord. N° 1495, de 03.06.2015.
- Faenas e Instalaciones Mineras: Ord. N° 2581, de 14.10.2015.
- Formulario 09: Ord. N° 3088, de 03.12.2015.

G

- Garantía: Ord. N° 2581, de 14.10.2015.
- Garantía Legal o Convencional: Ord. N° 157, de 20.01.2016.
- Gift Cards: Ord. N° 865, de 05.04.2016.

I

- Importación: Ord. N° 1661, de 24.06.2015, Ord. N° 1474, de 02.06.2015 y Ord. N° 3088, de 03.12.2015.
- Impuesto Adicional a Vehículos Motorizados Nuevos Ley N° 20.780: Ord. N° 52, de 08.01.2016.
- Instalaciones (Inmuebles): Ord. N° 1814, de 13.07.2015 y Ord. N° 1495, de 03.06.2015.
- Intermediación o Correduría: Ord. N° 865, de 05.04.2016.

L

- Ley N° 20.551: Ord. N° 2581, de 14.10.2015.
- Locales Comerciales: Ord. N° 1774, de 08.07.2015.

M

- Máquinas de Juego: Ord. N° 2210, de 28.08.2015.
- Marca: Ord. N° 1382, de 17.05.2016.
- Muebles: Ord. N° 1495, de 03.06.2015.

O

- Oficina Amoblada: Ord. N° 1814, de 13.07.2015.
- Opción de Compra: Ord. N° 1495, de 03.06.2015 y Ord. N°1428, de 28.05.2015.

P

- Pagos Provisionales Obligatorios: Ord. N° 1836, de 14.07.2015.
- Plan de Cierre de Faenas: Ord. N° 2581, de 14.10.2015.
- Playa de Estacionamientos: Ord. N° 1814, de 13.07.2015.
- Premios: Ord. N° 866, de 05.04.2016.
- Prestación de Servicios: Ord. N° 828, de 01.04.2016.
- Programas Deportivos Integrales: Ord. N° 1560, de 10.06.2015.
- Proyecto de Inversión Extranjera: Ord. N° 1661, de 24.06.2015.

R

- Reemplazo de productos: Ord. N° 157, de 20.01.2016.
- Programas de rehabilitación física: Ord. N° 1560, de 10.06.2015.

S

- Servicios de Administración: Ord. N° 1774, de 08.07.2015.
- Servicio Nacional de Aduanas: Ord. N° 3088, de 03.12.2015.
- Servicios Civiles y Mercantiles: Ord. N° 1774, de 08.07.2015.
- Servicios de Comercialización de Cuotas de Transporte: Ord. N° 1923, de 27.07.2015.
- Servicios de Promoción y Publicidad: Ord. N° 1208, de 03.05.2016.
- Sistemas Solares Térmicos: Ord. N° 1209, de 03.05.2016.
- Subsidio Habitacional: Ord. N° 1836, de 14.07.2015.
- Suministro de Energía: Ord. 859, de 05.04.2016.

T

- Título Gratuito: Ord. N° 157, de 20.01.2016.
- Tragamonedas: Ord. N° 2210, de 28.08.2015.
- Transferencia de Bienes: Ord. N° 1440, de 24.05.2016.
- Transferencia de Crédito Personal: Ord. N° 865, de 05.04.2016.
- Transporte Ferroviario: Ord. N° 1923, de 27.07.2015.

V

- Vehículos Motorizados Nuevos: Ord. N° 52, de 08.01.2016 y Ord. N° 1446, de 29.05.2015.
- Venta: Ord. N° 157, de 20.01.2016, Ord. N° 1923, de 27.07.2015 y Ord. N° 1836, de 14.07.2015.
- Vivienda con Subsidio Habitacional: Ord. N° 1381, de 17.05.2016.

Z

- Zonas Franca: Ord. N° 828, de 01.04.2016.

ORD. N° 1440, DE 24.05.2016

Palabras Clave: concesión minera, transferencia de bienes.

Un contribuyente solicita al SII pronunciarse respecto a la aplicación e interpretación de la ley del IVA, producto de la modificación introducida por la Ley N° 20.780 del 2014, en lo que se refiere a la venta de concesiones mineras. Al efecto, el SII señala que si bien las modificaciones que hacen las leyes N° 20.780 y 20.899 al N° 1 y 3 del artículo 2° del Decreto Ley N° 825, de 1974, consisten en incorporar al hecho gravado venta, en general, la venta de inmuebles nuevos o usados, no importando si éstos fueron construidos por el propio vendedor o si dichos bienes fueron construidos por un tercero y adquiridos para la venta, por quien tiene la calidad de vendedor habitual de dichos bienes; lo que en efecto pretende la Ley es gravar con IVA la parte construida del bien –ya que la norma excluye expresamente del hecho gravado a los terrenos incluidos en la operación– en las distintas etapas de comercialización de los bienes hasta el usuario final, siempre que dichas transferencias sean realizadas por un vendedor habitual de ellos. En consecuencia, la transferencia de una concesión minera, que es un derecho real constituido sobre un bien inmueble, no se encuentra gravada con IVA, en consideración a que el bien sobre el que está constituido dicho derecho, no corresponde a aquellos inmuebles construidos, nuevos o usados, cuya transferencia por vendedores habituales, se encuentra gravada con el impuesto.

ORD. N° 1382, DE 17.05.2016

Palabras Clave: Derecho de imagen, marca.

Un contribuyente solicita al SII indicar el tratamiento tributario de los derechos de imagen de los deportistas, en vista de que nuestro sistema tributario no contempla una ley que regule el tratamiento impositivo de los deportistas en Chile, como tampoco una que regule específicamente el tratamiento tributario de sus derechos de imagen. En consideración a lo anterior, el SII señala que en caso de celebrarse un contrato por el cual se permite el uso en avisos publicitarios del nombre, imagen y figura personal de un deportista, se configura el hecho gravado establecido en el artículo 8°, letra h), del Decreto Ley N° 825 de 1974, que se refiere a cualquier forma de cesión del uso o goce temporal de marcas, patentes de invención, procedimientos o fórmulas industriales y otras prestaciones similares, considerando que jurídicamente el concepto de “marca” puede comprender el nombre y el retrato de una persona natural que así

lo registre. Lo anterior, por entenderse conforme al artículo 20°, letra c) de la Ley N° 19.039, que las marcas comerciales sujetas a su protección comprenden también el nombre, el seudónimo o el retrato de una persona natural cualquiera que consienta en ello.

ORD. N° 1381, DE 17.05.2016

Palabras Clave: compraventa, vivienda con subsidio habitacional.

Un contribuyente solicita al SII confirmar si la compra de una vivienda con subsidio y con crédito hipotecario queda afecta al pago de IVA. Sobre el particular, el SII señala que, conforme a la nueva letra F, agregada al artículo 12 de la Ley sobre IVA en virtud de las modificaciones introducidas por las leyes N° 20.780 y 20.899, la venta de una vivienda efectuada al beneficiario de un subsidio habitacional otorgado por el Ministerio de Vivienda y Urbanismo se encuentra exenta de IVA, en cuanto esta haya sido financiada, en todo o parte, por el referido subsidio.

ORD. N° 1209, DE 03.05.2016

Palabras Clave: DL N° 910 de 1975, sistemas solares térmicos, beneficio viviendas sociales.

A solicitud de una Dirección Regional, el SII aclara el tratamiento tributario y requisitos para acceder a los beneficios tributarios contemplados en el artículo 21 del DL N° 910 de 1975, respecto de la instalación de sistema solares térmicos o de colectores solares. Al respecto el SII señala que los beneficios de dicho artículo son aplicables, por excepción, a los contratos de ampliación, modificación, reparación o mantenimiento y a los contratos generales de construcción, que no sean por administración, referidos a la urbanización de terrenos, siempre que esos contratos recaigan exclusivamente en viviendas sociales a que se refiere el artículo 3°, del DL N° 2.552, de 1979. En cuanto a los contratos, señala que el concepto de “ampliación, modificación, reparación o mantenimiento” cubre un campo diverso de especialidades en la construcción, dentro de los cuales puede considerarse la instalación de sistemas solares térmicos o de colectores solares como una entre varias especialidades de la construcción, que implican una modificación de la vivienda primitiva y, por tanto, los contratos que se celebren para su instalación se encuentran beneficiados de la franquicia.

ORD. N° 1208, DE 03.05.2016

Palabras Clave: Centros Comerciales, servicios de promoción y publicidad, IVA.

Un contribuyente solicita al SII aclarar el tratamiento tributario de los pagos que perciben los arrendadores de centros comerciales, producto de los servicios que prestan a los arrendatarios, a saber, aquellos de gestión y administración para el adecuado funcionamiento del mall, el cual incluye también servicios vinculados a la promoción y publicidad del centro comercial, por los cuales recibe un 5% a los servicios anteriores. Al respecto, el SII ha señalado que todos los servicios señalados que presta el arrendatario se encuentran afectos al IVA, puesto que de conformidad con el N° 2 del Art. 2°, del D.L. N° 825, de 1974, por provenir su remuneración de una actividad comprendida en el Art. 20°, N° 3 de la LIR, a saber, que el arrendatario percibe rentas del comercio según lo ha entendido el SII, de acuerdo al artículo 3° del Código de Comercio.

ORD. N° 867, DE 05.04.2016

Palabras Clave: Contratos generales de construcción, compraventa de inmuebles.

Frente al requerimiento de un contribuyente, el SII confirma el criterio contenido en el Oficio N° 2277 de 1999 respecto de la aplicación del IVA a los contratos generales de construcción, en cuanto a que estos pueden adoptar dos modalidades, según sea la forma en que se acuerden: a suma alzada o por administración, correspondiendo el primero a la venta del inmueble que se construya –gravado con IVA sobre la base imponible del precio acordado que incluye los materiales–, y el segundo, a los servicios necesarios para construirlo –también gravado con IVA sobre la base imponible del precio acordado que, esta vez, no incluye los materiales– que comprenden la administración de los materiales aportados por quién encarga la obra. En consecuencia, si las facturas de adquisición de los bienes y de utilización de los servicios respectivos fueron extendidas a nombre de la constructora y ésta hizo uso del crédito fiscal del IVA recargado en ellas, el contrato tendrá que calificarse como de construcción por suma alzada, gravando con IVA sobre la base imponible del precio que incluya todos los materiales.

ORD. N° 866, DE 05.04.2016

Palabras Clave: Contratos de construcción de obras públicas, premios, aumento de precio.

La Contraloría General de la República solicita al SII pronunciarse sobre la aplicación del IVA a los premios asociados a contratos de construcción de obras públicas. Al respecto, el SII señala que todo contrato general de construcción, sea a suma alzada o por administración, se encuentra gravado con IVA, conforme al art. 8°, letra e) del DL N° 825 de 1974. Así, independiente de que el contrato de construcción de obra pública sea pagado en dinero directamente por el Ministerio de Obras Públicas o bien su precio se pague con la concesión temporal del derecho a explotar la obra construida, los premios se consideran un aumento del precio del contrato, y por tanto afectos a IVA.

ORD. N° 865, DE 05.04.2016

Palabras Clave: Gift Cards, transferencia de crédito personal, intermediación o correduría.

Un contribuyente solicita al SII un pronunciamiento respecto de la afectación con IVA de la venta de códigos alfa numéricos (Gift Cards) en Chile, adquiridos en el exterior, a los cuales se les agrega un margen. Al respecto, el SII señala que desde el punto de vista del concepto de venta (contenido en el N° 1 del artículo 2° del D.L. N° 825, de 1974), es posible colegir que las operaciones descritas no se encontrarían afectas a IVA, ya que no configurarían venta al tenor de la norma aludida, en razón de que aquéllas solo importan la entrega o transferencia de un crédito personal, consistente en la adquisición de los códigos alfanuméricos que se venden a terceros para que éstos los canjeen en alguna tienda vía página web por el monto del crédito adquirido. Por otra parte, en opinión del SII, no es posible sostener que en la especie se configure un servicio gravado con IVA, por cuanto no se vislumbra que en el caso bajo análisis exista algún tipo de intermediación o correduría entre el contribuyente y los clientes finales, que pudiera hacer concluir que la percepción de la remuneración provenga del ejercicio de alguna de las actividades comprendidas en los N° 3 y 4, del artículo 20° de la LIR.

ORD. 859, DE 05.04.2016

Palabras Clave: Comités rurales de energía eléctrica, suministro de energía.

Una Dirección Regional solicita aclarar la situación tributaria de los comités rurales de energía eléctrica. En opinión del SII y en conformidad con la Ley 19.418, este tipo de comités se encontrarían exentos de toda contribución, impuesto y derechos fiscales y municipales, con la excepción del IVA, toda vez que, a juicio del SII, el IVA grava cualquier actividad que configure alguna de las hipótesis descritas en el D.L. N° 825, de 1974. No obstante lo anterior, el SII hace presente que si bien el suministro de energía eléctrica, por regla general, se encuentra gravado con IVA, en este caso en particular no se verá afectado por el citado tributo, en tanto el suministro se haga por el precio de costo sin agregarle valor alguno. Lo anterior, en el entendido que cada comité actúa como consumidor final, al producir electricidad sin ánimo de reventa, sino que con el solo propósito de distribuirla entre sus asociados.

ORD. 828, DE 01.04.2016

Palabras Clave: Prestación de servicios, Depósitos Francos, Zonas Franca.

Un contribuyente solicita al SII aclarar la situación tributaria de los servicios prestados en los Depósitos Francos y en la Zona Franca Paraguaya, ambos ubicados en Antofagasta, en relación a la interpretación y aplicación de las normas del DL N° 825. En opinión del SII y en conformidad con el Convenio celebrado por Chile con la República del Paraguay, solo se indican exenciones a los gravámenes o derechos aduaneros y las demás normas de importaciones que aplica el gobierno chileno en su régimen general, mas no se refiere a alguna norma o una posible exención en el ámbito del IVA que beneficie a los servicios prestados o utilizados en dicha zona franca. En consecuencia, corresponderá regirse a dichas zonas franca de acuerdo a la normativa general del DL 825 de 1974 y aplicar los tributos que correspondan.

ORD. N° 157, DE 20.01.2016

Palabras Clave: reemplazo de bienes, venta, título gratuito, garantía legal o convencional, documentos tributarios.

Un contribuyente, cuyo giro consiste en la distribución y venta de alimentos perecibles, emite documentos tributarios distintos en la comercialización, devolución y/o canje de productos por vencimiento o daño. En su opinión,

en el caso del reemplazo a título gratuito de bienes corporales muebles propios de su giro, no procedería la emisión de una nota de crédito o una factura. Respecto a lo anterior, el SII señala que el mero reemplazo de productos a título gratuito, en virtud del deber de garantía legal, no constituye venta y, consecuentemente, no procede la emisión de boletas o facturas, así como tampoco de notas de crédito o débito, por cuanto en la condición de gratuidad, no se produciría una modificación al impuesto previamente facturado. Por tanto, para respaldar el traslado de dichos productos, se deberá emitir una guía de despacho, en la que se indique expresamente que la causa de la salida del bien del inventario de la empresa, es el cumplimiento del deber de garantía legal o convencional.

ORD. N° 52, DE 08.01.2016

Palabras Clave: vehículos motorizados nuevos, fórmula de cálculo, impuesto adicional a vehículos motorizados nuevos Ley N° 20.780.

Un contribuyente solicita aclarar si el nuevo factor de $90 \times \text{g/km}$ de NOx en la fórmula de cálculo del impuesto adicional a los vehículos motorizados nuevos establecido en el artículo 3° de la Ley N° 20.780, que comienza a regir a contar del año calendario 2016, debe considerarse según la fecha de emisión de las facturas de venta de los vehículos o, en cambio, según la fecha de pago del referido impuesto. En respuesta a la solicitud, el SII señala que el inciso segundo del artículo décimo transitorio de la Ley N° 20.780 establece reglas expresas respecto de la fórmula aplicable durante ciertos periodos, diferenciando aquella que rigió hasta el 31 de diciembre de 2015, de la que regirá desde el año calendario 2016. En opinión del SII, la fórmula de cálculo del impuesto durante el año calendario 2016 es la que debe utilizarse para todos los pagos del impuesto que se efectúen a contar del 01.01.2016, sin distinguir la fecha en que se facturó la venta o consumó legalmente la importación.

ORD. N° 3088, DE 03.12.2015

Palabras Clave: Servicio Nacional de Aduanas, importaciones, formulario 09, documentos (SNA), crédito fiscal.

Un contribuyente ha solicitado al SII confirmar si procede utilizar como crédito fiscal el IVA pagado mediante un documento emitido por el Servicio Nacional de Aduanas, específicamente el Formulario 09 o Giro y Comprobante de Impuestos. Respecto a lo anterior, el SII señala que de acuerdo al artículo 25°, del D.L. N° 825, para hacer uso del crédito fiscal

el contribuyente deberá acreditar que el impuesto ha sido pagado según los comprobantes de ingreso del impuesto tratándose de importaciones. Así, en el caso en análisis, el Formulario 09 o Giro y Comprobante de Pago es un documento válido que da cuenta del pago de IVA y emitido por un órgano competente, por lo que el importador podrá hacer uso del crédito en el mismo período de pago del correspondiente impuesto.

ORD. N° 2581, DE 14.10.2015

Palabras Clave: empresas mineras, faenas e instalaciones mineras, garantía; plan de cierre de faenas, Ley N° 20.551.

Un Servicio Público solicita al SII pronunciarse respecto a si debe incluirse el IVA en el monto de la garantía financiera que deben otorgar las empresas mineras, conforme a la Ley N° 20.551 del 2011, que Regula el Cierre de Faenas e Instalaciones Mineras, con el objeto de asegurar el cumplimiento íntegro y oportuno de las obligaciones de cierre que le impone dicha ley. Al respecto el SII señala que el Director de dicho servicio carece de competencia para pronunciarse sobre el monto de la garantía que debe extender la empresa minera o el empresario minero para asegurar el íntegro y oportuno cumplimiento del plan de cierre, particularmente si dicha suma debe contemplar el IVA soportado y pagado en la adquisición de bienes y servicios requeridos para el cierre de las faenas mineras. Sin embargo, se informa que en toda adquisición de bienes corporales muebles y servicios afectos a IVA, el adquirente debe pagar el IVA que se recarga en la operación junto con el precio del bien o servicio a su respectivo vendedor o prestador de servicio, quien debe enterar dicho tributo en arcas fiscales, lo cual implica que si no se contempla dicho gravamen en la garantía ésta no cubrirá el valor que debe enterar contribuyente por los bienes o servicios requeridos para la ejecución del plan de cierre, ello sin perjuicio de la facultad posterior del adquirente o beneficiario del servicio, en este caso de la empresa minera o el empresario minero, en la medida que sea contribuyente de IVA o exportador, de recuperar dicho tributo.

ORD. N° 2210, DE 28.08.2015

Palabras Clave: máquinas de juego, tragamonedas, casinos, actividad de diversión o esparcimiento, boleta.

Frente a una consulta realizada por el Ministerio de Hacienda, el SII indica que la explotación de máquinas de juego –genéricamente denominadas tragamonedas– fuera de los casinos legalmente autorizados, constituye una

prestación de servicios afecta al IVA, por tratarse de una actividad destinada a otorgar “diversión” o “esparcimiento”, en virtud de dicha tipificación según lo señalado en el N° 4 del artículo 20 de la LIR. Por ello, se hace presente que en caso de que las máquinas de juego operen con monedas o dinero efectivo, deberán ser autorizadas previamente por el Servicio para su funcionamiento (mismo procedimiento para la autorización de máquina expendedoras), a diferencia de aquellas que operan con fichas, en las cuales no se requerirá de autorización del SII para operarlas, por cuanto la emisión de la boleta respectiva deberá realizarse al momento de la adquisición de las mencionadas fichas o elementos accionarios.

ORD. N° 1923, DE 27.07.2015

Palabras Clave: servicios de comercialización de cuotas de transporte, transporte ferroviario, venta, bienes incorporeales.

Un contribuyente solicita al Servicio confirmar si los servicios de comercialización de cuotas de transporte, prestados a los usuarios del transporte ferroviario, constituye un hecho gravado con IVA. De acuerdo a lo señalado por el contribuyente, no se configuraría un hecho gravado con IVA, ya que el servicio prestado no implicaría la venta de bienes corporales muebles, sino de derechos personales. Ante esta solicitud, el SII señala que la venta de pasajes de ferrocarril, hecha por la propia empresa o por un tercero, no configura en si misma un hecho gravado con el IVA, puesto que no recae en bienes corporales muebles que pueden ser objeto de comercialización, sino que en bienes representativos del derecho personal del pasajero para ser transportado de un lugar a otro.

ORD. N° 1836, DE 14.07.2015

Palabras Clave: Decreto Ley N°910, venta, bienes inmuebles, subsidio habitacional, contrato general de construcción, crédito especial (viviendas subsidio habitacional), empresas constructoras, pagos provisionales obligatorios.

En esta presentación, un contribuyente solicita al SII pronunciarse respecto las siguientes materias, en relación a las nuevas normas introducidas por la Ley 20.780:

- (i) Si el crédito especial del artículo 21° del Decreto Ley N° 910 de 1975, resulta aplicable para ventas viviendas a beneficiarios de un subsidio habitacional otorgado por el Ministerio de Vivienda y Urbanismo,

cuando ésta haya sido financiada, en todo o parte, por el referido subsidio, de acuerdo artículo 12º, letra F), incorporado por la reforma. Ante esta consulta el SII señala que las empresas constructoras no pueden ser beneficiarias de dicho crédito especial, ya que, para efectos de determinar el monto que la ley autoriza a deducir de sus pagos provisionales obligatorios de la LIR, es necesario que dicha venta esté gravada con dicho impuesto;

- (ii) Determinar el tratamiento tributario del traspaso de bienes inmuebles que lleven a cabo las empresas constructoras desde un punto de vista de IVA y la LIR (enajenación de terrenos sin construcción y de viviendas ya construidas). Respecto al IVA, el SII señala que en caso que la empresa constructora enajene el terreno donde se construirán las viviendas a una inmobiliaria y que posteriormente se celebre un contrato de construcción entre ambas, la transferencia del terreno no se afectará con IVA y el contrato general de construcción que se celebre entre ambas empresas estará afecto a IVA, gozando la constructora del crédito especial contenido en el artículo 21º, del D.L. 910. Si la construcción ya se ha iniciado, la venta estará afecta a IVA y la constructora también podrá aprovechar el crédito especial recién señalado.
- (iii) Si la nueva exención incorporada en la letra f) del artículo 12 del DL N°825 (ventas de viviendas con subsidio habitacional) aplica a los contratos generales de construcción, al que hace alusión el artículo 8, letra e) del mismo cuerpo legal. En respuesta a lo anterior, el SII señala que dicha exención está referida específicamente a los contratos de venta de viviendas, concepto que por su naturaleza, es más restringido que el de contrato de construcción, correspondiendo el primero a un hecho gravado básico de venta y el segundo a un hecho gravado especial. Junto con exponer pasajes de la historia de la Ley 20.780, el SII concluye que de acuerdo al sentido restringido que debe orientar la interpretación de las exenciones, debe entenderse que la exención referida no alcanza a los contratos de construcción sino sólo a las ventas de viviendas financiadas en todo o parte con subsidios.

ORD. N° 1814, DE 13.07.2015

Palabras Clave: arriendo estacionamientos, oficina amoblada, playa de estacionamientos, instalaciones (inmuebles).

Un contribuyente solicita al SII pronunciarse respecto a la aplicación de IVA al arrendamiento de estacionamientos que hace una sociedad inmobiliaria dueña del edificio, a otras sociedades del mismo grupo (a las cuales también arrienda oficinas amobladas) y a empleados de las mismas. Respecto a lo anterior, el SII señala, en primer lugar, que el arrendamiento de un box para estacionamiento desprovisto de instalaciones, ubicado en el mismo edificio en que se arrienda una oficina y celebrado por las mismas partes que suscribieron el contrato de arrendamiento de la oficina, no se encuentra gravado IVA. Luego, y en atención a la letra i) del artículo 8 del DL 825, el SII señala que si en la especie no se configura el servicio de estacionamiento desarrollado en playas de estacionamiento que describe la norma, no se verificaría el hecho gravado, toda vez que éstos no se encuentran abiertos al público, sino que serían arrendados a los propios trabajadores de las empresas arrendatarias de las oficinas del mismo edificio. Por otra parte, al encontrarse desprovistos de instalaciones que posibiliten el desarrollo de una actividad comercial o industrial, tampoco se verifica el hecho gravado de la letra g) del artículo 8° del señalado cuerpo legal.

ORD. N° 1774, DE 08.07.2015

Palabras Clave: avalúo fiscal, rol, arrendamiento inmuebles, locales comerciales, base imponible

El contribuyente es una empresa se dedica a la construcción, explotación y administración de centros comerciales, los cuales algunos se encuentran emplazados en dos o más predios, en una misma o en distintas comunas, cada uno con su propio rol de avalúo fiscal. Ahora bien, y a para efectos de la aplicación del artículo 17 del DL 825, el cual permite deducir de la renta de arrendamiento un 11% anual del avalúo fiscal del inmueble, o la proporción correspondiente si el arrendamiento es parcial o por períodos distintos de un año, el contribuyente propone una fórmula para calcular el valor del avalúo fiscal de los locales comerciales situados en estos centros comerciales que se encuentren emplazados en más de un predio, en consideración que el Oficio N°1.716 del año 2010 solo hace referencia a centros comerciales emplazados sobre un predio (un rol). En respuesta a lo anterior, el SII expresa la fórmula de cálculo del avalúo de los locales

comerciales antes referidos, validando la fórmula de determinación del avalúo propuesta por el contribuyente (para ver detalle, referirse al oficio), señalando finamente que deberá aplicarse el 11% sobre el avalúo parcial de cada local, a fin de determinar la base imponible del IVA.

ORD. N° 1772, DE 08.07.2015

Palabras Clave: agencia de negocios, servicio de administración, servicios civiles y mercantiles, back office.

Un contribuyente solicita al SII determinar la procedencia de gravar con IVA dos servicios que un contribuyente pretende prestar a un banco, los cuales consistirían en la “administración operacional de los créditos universitarios con aval del Estado” y en la “administración de contratos de crédito CAE”. En este contexto, el SII determina que el primer servicio, en lo esencial, consiste en la provisión del personal que deberá responder vía call center o directamente, en las oficinas del banco, las consultas efectuadas por los estudiantes en relación con los créditos CAE, mientras que el segundo se trataría de prestaciones que corresponden a funciones o procesos operativos continuos que son inherentes a la gestión de una cartera de créditos, para lo cual tendría un equipo de personal tecnológico y operativo y, además, un sistema computacional de administración y control de gestión centralizado. Frente a lo anterior, el SII califica que la empresa prestadora de servicios antes descritos constituye una agencia de negocios, y por tanto afectos a IVA, por cuanto ambos tienen por objeto facilitar a su cliente la ejecución de sus negocios, a través de la prestación de una serie de servicios de la más variada índole, tanto civiles como mercantiles, de acuerdo a criterios expresados con anterioridad por la autoridad tributaria.

ORD. N° 1661, DE 24.06.2015

Palabras Clave: importación; bienes de capital, proyecto de inversión extranjera, Art. 12, letra B), N°10.

Por requerimiento del Ministerio de Hacienda, el SII se pronuncia sobre las implicancias asociadas a la Resolución por medio de la cual se declara exenta de IVA la importación del bien de capital que especifica como Proyecto Solar Fotovoltaico, y a la eventual extensión del beneficio a la parte o componente denominada “Trackers”. Al respecto, el SII señala que el artículo 12, letra B), N°10 de la Ley del IVA establece que estarán

exentas de IVA las importaciones de especies efectuadas por los inversionistas y las empresas receptoras por el monto de la inversión efectivamente recibida en calidad de aporte, siempre que consistan en bienes de capital que formen parte de un proyecto de inversión extranjera formalmente convenido con el Estado de acuerdo a las disposiciones del D.L N°600, o en bienes de capital que no se produzcan en Chile en calidad y cantidad suficiente, que formen parte de un proyecto similar de inversión nacional, que sea considerado de interés para el país, circunstancias todas que serán calificadas por el Ministerio de Economía, Fomento y Turismo, refrendada además por el Ministerio de Hacienda. Señala además el SII, que la exención en comento es de tipo personal, beneficiando a los inversionistas incluidos en el listado contenido en el D.S N°181 de 2011. Finalmente, el SII señala que la facultad de calificar la concurrencia de los requisitos que hacen procedente la franquicia del artículo 12, letra B), N°10, por disposición expresa de la misma norma, recae en el Ministerio de Economía, Fomento y Turismo, de manera tal que el SII carece de competencia para pronunciarse respecto al cumplimiento de los requisitos legales para acceder al beneficio.

ORD. N° 1560, DE 10.06.2015

Palabras Clave: programas deportivos integrales, actividad deportiva, actividad de recreación o esparcimiento, rehabilitación física, actividad docente, Art. 13 N°4 LIVA.

Un contribuyente solicita al SII confirmar el tratamiento aplicable a programas deportivos integrales, así como también en relación a la aplicación de la exención contenida en el Art. 13 N°4 de la Ley del IVA en la dictación de clases deportivas y entrenamiento personal, ofrecidas por un establecimiento de educación deportiva. El contribuyente señala que ofrece programas integrales de entrenamiento físico, los que comprenden tanto etapas de ejercitación como de recuperación, para lo cual cuenta con instalaciones deportivas y áreas especialmente condicionadas, tales como piscina, saunas, baños de contraste y vapor, entre otros. Como contraprestación por tales servicios, el contribuyente percibe un pago inicial o derecho de incorporación y una remuneración periódica. Adicionalmente, los clientes que contraten alguno de los programas, pueden anexar clases grupales de diversas disciplinas, las cuales no generarán pago adicional. De esta forma, considerando que el servicio no implica un pago a cambio de utilizar libremente las instalaciones, sino que su uso está supeditada

al tipo de plan suscrito; el SII entiende que dicho servicio califica como actividad deportiva, no quedando afecta a IVA por no estar comprendida dentro de los Nos 3 o 4 de la LIR. Señala además que tratándose de remuneraciones por otros planes o contratos, cuyo objeto no sea “deporte integral”, y que digan relación con el uso independiente de instalaciones, tales servicios revestirán la calidad de “actividad de recreación o esparcimiento”, quedando comprendidas dentro del N°4 de la LIR, y en consecuencia afectos al IVA. Respecto a la aplicación del Art. 13 N°4, el SII señala que de conformidad a lo instruido en la Circular N°11 de 2004, solo se considerarán actividades docentes aquellas clases impartidas en gimnasios y centros de rehabilitación física, siempre que sean realizadas por instructores que entreguen conocimientos y técnicas especiales que permitan ejercitar en forma correcta y adecuada el cuerpo y desarrollarlo, fortalecerlo, y darle flexibilidad por medio de determinados ejercicios. Por tanto, en la medida que se dé cumplimiento a dicha instrucción, tales servicios deberán considerarse exentos de IVA.

ORD. N° 1495, DE 03.06.2015

Palabras Clave: contrato de obra pública, contrato general de construcción, devolución de retenciones, compensación de deuda, factura de compra.

Un contribuyente solicita al SII pronunciarse respecto al monto por el cual debe emitirse una factura, cuando luego del término de las obras y trámites de aprobación final, se determina la devolución de las retenciones efectuadas conforme al Decreto N°75/2004 del Ministerio de Obras Públicas, así como también en relación a la posibilidad que dicho organismo emita una factura de compra por dicho concepto. Al respecto, el SII señala que de los artículos 158, 163 y 165 del Decreto antes indicado, se desprende que los contratos de obras públicas regulados por dicha norma se encuentran afectos a la retención de un porcentaje equivalente a un 10% como mínimo de cada estado de pago, a fin de garantizar el cumplimiento de las obligaciones establecidas en el contrato; de modo que, de generarse multas por incumplimientos, estas sean deducidas de dichas retenciones. En relación al IVA, el Art.N°8, letra e) grava los contratos de instalación o confección de especialidades y los contratos generales de construcción, siendo su base imponible el valor del contrato, debiendo emitirse la documentación pertinente al momento en que se perciba el pago del precio del contrato, o parte de este, cualquier sea la oportunidad en que se efectúe dicho pago. Las sumas retenidas, en opinión del SII,

forman parte del precio del contrato, sin perjuicio que la autoridad esté facultada para realizar dicha retención en garantía del cumplimiento de las obligaciones contenidas en el contrato. En opinión del SII, las multas que sean cobradas por la vía de rebajar el monto retenido, implican una compensación de deuda. En consecuencia, corresponde que la empresa constructora facture por el monto total del precio, incluyendo las retenciones, por formar éstas parte del precio. Respecto a la emisión de una factura de compra por parte del mandante de la obra, el SII concluye que atendido que el contribuyente no tiene la calidad de agente retenedor, en virtud de alguna de las Resoluciones de cambio de sujeto emitidas por el SII, no es posible que emita dichos documentos.

ORD. N° 1494, DE 02.06.2015

Palabras Clave: arrendamiento bien inmueble, opción de compra, muebles, instalaciones.

Un contribuyente pregunta respecto de la aplicación del IVA a un contrato de arrendamiento con opción de compra sobre un sitio eriaz, que no cuenta con ningún tipo de muebles, instalaciones o edificación; siendo el propio arrendatario quien intervendrá el inmueble, incorporando al mismo instalaciones que le permitan el desarrollo de su giro comercial, cuya propiedad será del arrendatario y quien podrá además desmantelarlas una vez finalizado el contrato. Al respecto, el SII señala que de conformidad al artículo 8, letra g) de la Ley de IVA, para que el arrendamiento o cualquier cesión del uso de un bien raíz se encuentre gravado con IVA, es necesario que el bien se encuentre dotado de bienes corporales muebles o cuente con instalaciones que permitan el desarrollo de una actividad comercial o industrial. De esta forma, ratificando el criterio sostenido en el Oficio N°2918 de 2011 (y en el entendido que el arriendo recae exclusivamente sobre un bien inmueble), el SII concluye que dicha operación no estaría afecta a IVA.

ORD. N° 1474, DE 02.06.2015

Palabras Clave: importación, bienes de capital, calificación administrativa, devolución, Art.12, letra B), N°10.

El Ministerio de Hacienda solicita al SII emitir un pronunciamiento sobre la interpretación que debe otorgarse a la exención contenida en el Art. 12, letra B), N°10 de la Ley del IVA (importaciones de bienes de capital que

no se produzcan en Chile en calidad y cantidad suficiente, que formen parte de un proyecto similar de inversiones nacional, que sea considerado de interés para el país), específicamente sobre la posibilidad de solicitar, conforme al artículo 126 del CT, la devolución del IVA soportado en la importación cuando estas se realizaron con anterioridad a la conclusión del acto administrativo por medio del cual se otorga el beneficio. A este respecto el SII señala que cuando un requisito debe cumplirse en determinado plazo u oportunidad, así lo dispone expresamente la ley o se desprende del contexto de las disposiciones, si no existe norma expresa o no se deriva del tenor de las disposiciones, se ha admitido la procedencia de un beneficio al momento de impetrarse. Así, considerando que el artículo 12, letra B), N°10 no establece plazo alguno para la obtener la calificación administrativa; su sola obtención habilita al contribuyente para impetrar el beneficio ante el SII, sea que la resolución se emita antes o después de verificada la importación, pero dentro de los plazos legales de prescripción.

ORD. N° 1446, DE 29.05.2015

Palabras Clave: impuesto adicional, vehículos motorizados nuevos, devolución, cobro indebido.

Un contribuyente solicita al SII declarar la no procedencia del pago del impuesto adicional a los vehículos motorizados nuevos, establecido en el Art. 3 de la Ley N°20.780, en la adquisición de una camioneta con capacidad de hasta 735 kilos, que forma parte del activo inmovilizado del contribuyente, por cuanto esta quedaría comprendida en la exención establecida en el Inc. 4° del artículo del 3 antes señalado. Adicionalmente, el consultante solicita al SII ordenar a la TGR la devolución del impuesto, a su juicio, indebidamente cobrado. Al respecto, el SII señala que la exención invocada establece los siguientes requisitos de procedencia: a) que se trate de camionetas nuevas de hasta 2.000 kilos de capacidad de carga útil; b) que sean adquiridas por contribuyentes afectos a IVA; y c) que las camionetas pasen a formar parte del activo inmovilizado del contribuyente. En consecuencia, habiendo analizado los antecedentes y características expuestas, el SII concluye que la adquisición de la camioneta se encontraría exenta del impuesto adicional aplicable a los vehículos motorizados nuevos. No obstante, se informa al contribuyente que para efectos de obtener la devolución del impuesto pagado indebidamente, deberá sujetarse a lo establecido en el artículo 126 del CT.

ORD. N° 1428, DE 28.05.2015

Palabras Clave: arrendamiento, bienes corporales muebles, activo fijo, opción de compra, contrato de leasing, activo “realizable”.

Frente a un requerimiento de un contribuyente, el SII confirma el criterio sostenido en el Oficio N°360 de 2007, respecto a que los bienes corporales muebles adquiridos con el fin de ser entregados en arriendo, forman parte del activo fijo del adquirente, y en consecuencia, resulta aplicable a su respecto el Art. 8, letra m) de la Ley del IVA; salvo que la posterior venta del bien se produzca en virtud del ejercicio de una opción de compra por parte del arrendatario, caso en que el activo adquiere la calidad de “realizable”; quedando su enajenación gravada con IVA conforme a las reglas generales. En este sentido, el SII señala que el concepto de activo fijo es de carácter contable, por lo que en cualquier momento puede cambiar su destino en conformidad a la voluntad del contribuyente arrendador, quien al momento de estipular en el contrato de leasing la posibilidad cierta de enajenar el bien mediante el ejercicio de la opción de compra por parte del arrendatario, está manifestando su intención concreta de vender el activo que, al momento de ejercer el derecho de opción de compra y producto de la mera voluntad de las partes contratantes, pasa a considerarse parte del activo realizable del contribuyente.

NORMAS DE PUBLICACIÓN

En caso de que nuestros lectores deseen publicar un artículo en nuestra sección de doctrina, este deberá cumplir con los siguientes requisitos:

1. Los trabajos deben ser remitidos al correo electrónico: anuarioderechotributario@mail.udp.cl, mecanografiados a interlineado simple, sin espacio entre párrafo y párrafo (o sea, después de punto aparte), con notas a pie de página, todo en tipografía *Times New Roman*, tamaño 12 para el texto y tamaño 10 para las notas, en hoja tamaño carta y en formato Word.
2. La extensión del trabajo podrá tener un máximo de 25 páginas.
3. Cada trabajo deberá ir acompañado con un resumen del mismo de no más de cien palabras, con indicación de las palabras claves del mismo.
4. En el primer llamado a pie de página el autor señalará una breve reseña de sus antecedentes profesionales y/o académicos.
5. Para ser publicados en la siguiente edición del Anuario, los trabajos deberán ser enviados a la dirección de correo electrónico ya señalada a más tardar el día 30 de mayo de 2015, la coordinación editorial del Anuario comunicará a los autores su decisión de publicar el artículo a más tardar el día 2 de julio del mismo año.
6. Las notas a pie de página y todo otro tipo de citas deberán seguir las siguientes normas:

CITAS

1. Leyes

- Número de la ley.
- País de la ley.

- Nombre de la ley o decreto, si lo tiene.
- Título de la publicación en que aparece oficialmente.
- Lugar de publicación.
- Fecha de publicación (día, mes y año).
- Paginación si hubiera.

EJEMPLO:

Ley N° 18.403. CHILE. Drogas y estupefacientes. Manual de antecedentes normativos para servicios de salud y colaboradores del SNS. Ministerio de Salud, Santiago, Chile, agosto de 1985. 15 p.

2. Sentencias

2.1. *El sistema de citas de sentencia, se funda en un sistema de abreviaciones*

Los tribunales se abrevian, de forma ejemplar, como sigue:

2.1.1. *Corte Suprema: CS.*

2.1.2. *Cortes de Apelaciones: Corte de Santiago, Corte de Iquique, Corte de Valparaíso, etc.*

2.1.3. *Juzgados civiles: 2° Juzg. Civ. de Santiago, 3° Juzg. Civ. de Concepción, etc.*

2.1.4. *Juzgados del crimen: 1° Juzg. del Crim. de Santiago, 2° Juzg. del Crim. de Concepción, etc.*

2.2. *Identificación de página*

Las sentencias de la Corte Suprema se suelen publicar junto a las sentencias de la Corte de Apelaciones y Juzgado de Letras que se dictaron en primera y segunda instancia en el mismo proceso. Cuando se cita una sentencia, sea de la Corte Suprema, Corte de Apelaciones o Juzgado de Letras, al identificarse la página en la cita, se debe indicar la primera página que comprende el conjunto de sentencias publicadas.

2.3. *Los días o meses inferiores a 10, se citan sin el 0 al principio*

Es decir: 1.4.1998 y no 01.04.1998. Todas las citas de páginas van sin la “p”. de página ni la “s”. de siguientes.

2.4. *La cita debe identificar*

- Tribunal que dictó la sentencia
- Fecha de la sentencia
- Revista, número y año de la publicación
- Número de página.

EJEMPLO:

CS, 1.4.1998, RDJ, T. XCV (1998), sec. 2ª, 85.

2.5. La cita textual de un extracto o considerando de una sentencia

Debe agregar una referencia entre paréntesis a la página en que se encuentra el extracto o considerando citado.

EJEMPLO:

CS, 1.4.1998, RDJ, T. XCV (1998), sec. 2ª, 85 (88).

2.6. Las revistas de jurisprudencia, se abrevian y citan de la siguiente manera

2.6.1. *Revista de Derecho y Jurisprudencia: RDJ. Ejemplo: CS, 10.1.1998, RDJ, T. XCV (1998), sec. 4ª, 95.*

2.6.2. *Gaceta Jurídica: GJ. Ejemplo: CS, 10.1.1998, GJ 211 (1998) 84.*

2.6.3. *Fallos del Mes: F. del M. Ejemplo: CS, 10.1.1998, F. del M. 472 (1998), 45.*

2.6.4. *Gaceta de los Tribunales: G. de los T. Ejemplo: CS, 21.5.1916, G. de los T. 308 (1918), 957.*

2.7. Consideraciones especiales

2.7.1. Sentencias confirmadas por la Corte Suprema

En caso de citarse una sentencia de una Corte de Apelaciones que ha sido confirmada por la Corte Suprema, se debe indicar: Corte de Apelaciones, fecha de la sentencia, referencia a la confirmación por la Corte Suprema, fecha de la sentencia confirmatoria, lugar de publicación, página y (en caso de cita textual) página en que se encuentra el considerando citado.

EJEMPLO:

Corte de Santiago, 21.4.1932, confirmada por la CS, 20.4.1933, RDJ, T. XXX (1930), sec. 1ª, 508 (512).

2.7.2. Sentencias de primera instancia confirmadas por una Corte de Apelaciones

Las sentencias de los Juzgados de Letras confirmadas por una Corte de Apelaciones se citan directamente como jurisprudencia de esa corte, sin referencia al juzgado en cuestión. Al identificarse la fecha, se debe mencionar la fecha de la sentencia confirmatoria.

EJEMPLO:

Corte de la Serena, 12.1.1998, GJ 211 (1998), 114.

2.7.3. Citas textuales

- a. En caso de cita textual, esta se debe encerrarse entre comillas. Cuando lo citado es una parte de una frase, pero que no se cita completa en su parte inicial o final, se debe igualmente encerrar entre comillas, sin agregar puntos.

EJEMPLO:

El considerando dice: “Una concepción que sólo se limita a la invocación del pretium doloris para deducir la acción es ilógica, empero el derecho es ante todo lógico”. Sólo se pretende extractar una parte de la frase (v. gr.,... la invocación del pretium doloris para deducir la acción es ilógica...). La cita dentro del texto será: Sobre la indemnización del daño moral los tribunales han sostenido que “la invocación del pretium doloris para deducir la acción es ilógica”, Corte de Valparaíso, 20.10.2000, RDJ, T. XCVII (2000), sec. 2ª, 95 (100).

- b. En caso de cita textual, pero en que una parte intermedia de una frase no se cita, se deberán agregar tres puntos entre lo citado.

EJEMPLO:

El considerando dice: “La jurisprudencia en general la ha limitado a la familia nuclear, cónyuge e hijos, que son quienes reciben el mayor grado de dolor es la cónyuge viuda que debe afrontar el cuidado y crianza de sus hijos y se ve privada de las atenciones físicas y morales y la pérdida de la vida en común que tenía con su cónyuge”. Sólo se pretende citar una parte de la frase pero suprimiendo una parte en la mitad (v. gr.,... la ha limitado a la familia nuclear... que son quienes reciben el mayor grado de dolor...). La cita será: Sobre la legitimación activa para demandar indemnización de perjuicios por daño moral la jurisprudencia “la ha limitado a la familia nuclear... que son quienes reciben el mayor grado de dolor”, Corte de Valparaíso, 20.10.2000, RDJ, T. XCVII (2000), sec. 2ª, 95 (100).

3. Sitios Web

3.1. Sitios web (*www: world wide web*)

- Autor(es).
- Título.
- Tipo de soporte entre corchetes [].
- Dirección electrónica entre ángulos (< >).
- Fecha de la visita entre corchetes [].

EJEMPLO:

ALMAZ ENTERPRISES. The nobel internet archive: Amartya Sen. [en línea] <<http://nobelprizes.com/nobel/economics/1998a.html>> [consulta: 03 de noviembre de 1998].

4. Documentos Electrónicos

Al citar un recurso electrónico es necesario que se identifique y recupere con facilidad a través de datos bibliográficos. La vigencia de los recursos de información en línea es temporal, están sujetos a cambios de localización y constante modificación, por lo tanto, se recomienda la verificación previa de estas referencias.

4.1. *Libros electrónicos, bases de datos y programas computacionales*

- Autor (es).
- Título.
- Tipo de soporte entre corchetes [].
- Lugar de publicación.
- Editor.
- Dirección electrónica entre ángulos (< >).
- Fecha de la consulta entre corchetes [].

EJEMPLO:

ENCICLOPEDIA SOBRE virus informáticos en pc's [en línea] <<http://www.programascomputo.com.mx/evp26.htm> com.mx> [consulta: 06 de agosto de 1999].

4.2. *Partes de textos electrónicos, bases de datos y programas informáticos*

- Autor (es) del capítulo.
- Título del capítulo.
- Tipo de soporte entre corchetes.
- Lugar de publicación.
- Numeración y/o localización de la parte dentro del documento fuente.
- Dirección electrónica entre ángulos (<>).
- Fecha de la consulta entre corchetes [].

EJEMPLO:

CONSEJO PROFESIONAL DE CIENCIAS ECONÓMICAS DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES. Delegaciones del Consejo Profesional de Ciencias Económicas de la Provincia de Buenos Aires [en línea] Buenos Aires, Argentina, Delegación San Martín. <<http://www.cpceer.com.ar/>> [consulta: 04 de agosto de 1999].

4.3. *Revistas electrónicas*

- Título.
- Tipo de medio.
- Edición.
- Lugar de publicación.
- Editor.

- Fecha de publicación.
- Fecha de consulta entre corchetes [].
- Disponibilidad y acceso.

EJEMPLO:

Anales de la Universidad de Chile [en línea]. Santiago, Chile: Universidad de Chile, 1844 [fecha de consulta: 11 de noviembre de 2009]. Disponible en: <<http://www.anales.uchile.cl/>>.

4.3. Artículos de revistas y publicaciones seriadas electrónicas

- Autor(es) del artículo.
- Título del artículo.
- Tipo de soporte entre corchetes [].
- Título de la publicación en serie.
- Fecha de la publicación (tal y como figura en el recurso).
- Volumen, número.
- Dirección electrónica.
- Fecha de la consulta entre corchetes [].

EJEMPLO:

TED E. NF/IEEE Workshop on the Socioeconomic Dimensions of Electronic Publishing. [en línea] The Journal of Electronic Publishing Michigan Vol. 4, issue 2 Special Issue December. <<http://www.press.umich.edu/jep/04-02/bios.html>> [consulta: 04 de agosto de 1999].

4.4. Artículos de periódicos electrónicos

- Autor (es).
- Título del artículo.
- Tipo de soporte entre corchetes [].
- Título del periódico.
- Día, mes, año.
- Dirección electrónica entre ángulos (< >).
- Fecha de la consulta entre corchetes [].

EJEMPLO:

MATUS, A. Estudio sobre los cibernautas nacionales: Perfil de los chilenos que navegan en Internet. [en línea] La Tercera en Internet. 21 de julio, 19.

5. Referencias bibliográficas de material impreso

5.1. Libro

- Autor(es) personal(es) o institucional.
- Título de la publicación.
- Número de la edición (excepto la primera edición).
- Lugar de publicación.
- Editorial.
- Año de publicación.
- Página(s) (si se trata de obras con más de un volumen, se debe indicar el n° del volumen sin mencionar la paginación).
- Nota de serie.

EJEMPLOS:

- a. *Un autor:* SPIEGEL, MURRAY R. Teoría y problemas de probabilidad y estadística. Madrid, McGraw-Hill, 1988. P.372. (Serie de compendios Schaum).
- b. *Autor institucional:* WEED SCIENCE SOCIETY OF AMERICA. Herbicide handbook. 5th ed. Champaign, IL, USA, Weed Science Society of America, 1983. 430 p.

5.2. Capítulo de libro escrito por autor distinto al autor (es) del libro

- Autor (es) del capítulo.
- Título del capítulo.
- En, (subrayado y seguido de dos puntos), autor(es) del libro (con mayúscula).
- Título del libro.
- Edición si la hubiere.
- País.
- Editorial.
- Año de publicación.
- Paginación del capítulo.

EJEMPLO:

KATZ B., R. Institucional y marco legal vigente. En: SANDOVAL L., H., PRENDEZ B., M. Y ULRIKSEN U., P. (Eds.). Contaminación atmosférica de Santiago: estado actual y situaciones. Santiago, Universidad de Chile y Comisión de Descontaminación de la Región Metropolitana, 1993. pp. 263-286.

5.3. Capítulo de libro escrito por el autor(es) del libro

- Autor (es) del capítulo.
- Título del capítulo.
- En su, subrayado y seguido de dos puntos.

- Título del libro.
- Edición si la hubiere.
- Lugar.
- Editorial.
- Año de publicación.
- Número de páginas del capítulo.

EJEMPLO:

HENNEFELD, JULIAN O. Selección múltiple. En su: Turbo Pascal con aplicaciones 4.0-6.0. 2ª ed. México, Grupo Editorial Interamericana, 1992. pp. 180-197.

5.4. Tesis

- Autor (es) de la tesis, memoria y/o seminario.
- Título de la tesis, memoria y/o seminario.
- Mención o grado al que se opta.
- Lugar de publicación.
- Institución patrocinante.
- Año de publicación.
- Paginación.

EJEMPLO:

ADAROS CÁRCAMO, RODRIGO EDUARDO. Sismicidad y tectónica del extremo sur de Chile. Tesis (Magíster en Ciencias, mención en Geología). Santiago, Chile. Universidad de Chile, Facultad de Ciencias Físicas y Matemáticas, 2003. 82 h.

5.5. Revista

- Título de la revista.
- Lugar y país de publicación.
- Volumen (cuando la revista lo incluye).
- Número entre paréntesis.
- Año de publicación.

EJEMPLO:

ANALES de la Universidad de Chile, Chile, 6 (17). 200

5.6. Artículo de revista

- Autor (es) del artículo.
- Título del artículo.
- Título de la revista (subrayado).
- Volumen (cuando la revista lo incluye).

- Número entre paréntesis.
- Paginación (precedida de dos puntos).
- Fecha de publicación (indicar mes y año).

EJEMPLO:

REYES Morales, Nira. Mito y realidades del modelo chileno. *Le Monde Diplomatique*. 18(5):, 2002.

5.7. Congreso, conferencia o reunión

- Nombre completo del congreso, seminario o reunión.
- Número de la conferencia, año y lugar del evento, entre paréntesis.
- Título de la publicación.
- Lugar y país de publicación.
- Editorial, o Institución (es) que lo patrocinan.
- Año de publicación.
- Número total de páginas si las hubiere.

EJEMPLO:

INTERNATIONAL Conference of the Chilean Computer Science Society (23^a,2003, Chillán, Chile). Proceedings. Los Alamitos, California, IEEE Computer Society Press, 2003. SEMINARIO Regional de política fiscal (11^o, Brasilia, Brasil, 1999). La política fiscal en América Latina: una selección de temas y experiencias de fines y comienzo de siglo. Santiago, Chile, Naciones Unidas - CEPAL, 1999. 451 p. 7

5.8. Documento presentado en congreso, conferencia o reunión

- Autor(es)
- Título del documento presentado al congreso, conferencia o reunión.
- En: nombre del congreso, conferencia o reunión, y entre paréntesis el número, año y lugar del evento.
- Título de la publicación.
- Lugar y país de publicación.
- Editor o Institución (es) que lo patrocinan.
- Año de publicación.
- Número total de páginas si las hubiere.

EJEMPLO:

MARTINEZ P, A., CEARDI J., B. Y KARACHON, A.M. 1998. Modelo matemático para la determinación de índice de lixiviación de agroquímicos en el suelo. En: SEMINARIO INTERNACIONAL plaguicidas: formulación, aplicación y residuos: marco legal, toxicológico y ambiental: 4 y 5 de noviembre de 1998. Santiago,

Universidad de Chile, Facultad de Ciencias Químicas y Farmacéuticas y Centro de Estudios para el Desarrollo de la Química. pp. s.p.

6. Trabajos no publicados

Las reglas de referencias bibliográficas, son las mismas antes vistas, pero para los distintos tipos de trabajos no publicados se debe aclarar: “Manuscrito no publicado” o “manuscrito presentado para su publicación”.

EJEMPLO:

SPIEGEL, MURRAY R. Teoría y problemas de probabilidad y estadística. Manuscrito no publicado. Madrid, 1998. P. 372.

