



ANÁLISIS DE LA NORMA DE SUBCAPITALIZACIÓN DEL ARTÍCULO 41 F DE LA LIR A LA LUZ DEL PLAN BEPS

Parte I

**TESIS PARA OPTAR AL GRADO DE
MAGÍSTER EN TRIBUTACIÓN**

**Alumno: Pablo Gabriel Bucchi Cuevas
Profesor Guía: Christian Delcorto P.**

Santiago, Marzo 2018

TABLA DE CONTENIDOS

1. INTRODUCCIÓN	1
2. CAPÍTULO I: MARCO TEÓRICO.....	7
Nociones generales sobre la subcapitalización	7
El fenómeno de la subcapitalización	7
Problemas que genera la subcapitalización	9
Cómo ha sido enfrentada la subcapitalización	11
La subcapitalización en el plan BEPS.....	13
Origen del plan BEPS	13
La Acción N° 4 y el BPA o enfoque de mejores prácticas sugeridas	14
Tratamiento tributario de la subcapitalización en Chile	17
Historia	17
Las leyes N° 20.780, N° 20.899 y el nuevo artículo 41 F	20

ÍNDICE DE ABREVIATURAS

Se incluye a continuación, un glosario de las principales abreviaturas utilizadas en el presente documento:

LIR	Artículo 1° del D.L. N° 824 de 1974 de Ley sobre Impuesto a la Renta
BEPS	<i>Base Erosion and Profit Shifting</i> o erosión de la base imponible y traslado de beneficios
SII	Servicio de Impuestos Internos
Ley 20.780	Ley N° 20.780 de 2014 de Reforma tributaria que modifica el sistema de tributación de la renta e introduce diversos ajustes en el sistema tributario.
Ley 20.899	Ley N° 20.899 de 2016 que Simplifica el Sistema de Tributación a la Renta y perfecciona otras disposiciones legales tributarias.
OCDE	Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico
MNE	<i>Multinational enterprises</i> o empresas multinacionales
ALP	<i>Arm's length principle</i> o principio de competencia
BPA	<i>Best practice approach</i> o mejores prácticas sugeridas por BEPS
IA	Impuesto adicional
RLI	Renta líquida imponible
CDTI	Convenio para evitar la doble tributación internacional
EP	Establecimiento permanente
IU	Impuesto único de 35% a la subcapitalización en Chile
NGA	Norma general anti elusiva

1. INTRODUCCIÓN

A través de la Ley N° 20.780 el legislador introdujo un conjunto de modificaciones a la legislación tributaria chilena que significaron la mayor reforma que ha experimentado nuestra legislación fiscal desde la dictación de la Ley N° 18.293 del año 1984 y la integración de los impuestos de primera categoría y finales en el sistema de impuesto a la renta chileno.

En el proyecto de la Ley N° 20.780, presentado por el Poder Ejecutivo al Congreso poco menos de seis meses antes de su promulgación y publicación, se señalaba expresamente que los principales objetivos perseguidos por esta ley de reforma eran aumentar el financiamiento permanente del fisco para cumplir con sus fines, avanzar en mejorar la equidad tributaria, incorporar nuevos y mejores mecanismos de incentivo al ahorro y la inversión, y avanzar en mejorar las medidas para disminuir la evasión y la elusión fiscal¹.

Entre de las medidas incorporadas a la LIR para prevenir y disminuir la evasión y la elusión fiscal en materia de tributación internacional, se destacó una importante modificación a la norma de subcapitalización – conocida en el medio local como norma sobre exceso de endeudamiento. En efecto, a través de la incorporación del nuevo artículo 41 F, las leyes N° 20.780 y N° 20.899 introdujeron en la LIR una nueva norma de control de subcapitalización, reemplazando íntegramente, a partir del 1° de enero de 2015, la antigua norma contenida en el N° 1 del inciso cuarto del artículo 59 de la LIR según su texto vigente hasta el 31 de diciembre de 2014.

¹ Mensaje Presidencial N° 24-362 de fecha 1 de abril de 2014, p. 5.

En relación a las medidas incorporadas a la LIR para prevenir y disminuir la evasión y la elusión fiscal en materia de tributación internacional, el proyecto de la Ley N° 20.780 estableció expresamente que estas modificaciones buscaban que la legislación de Chile convergiera con los estándares propuestos por el plan BEPS².

En su intento por alinear la legislación chilena con las mejores prácticas sugeridas por la OCDE y el G-20 a través de su plan BEPS, el legislador reformuló y redefinió una serie de aspectos de la norma de subcapitalización. Entre otros, pareciera existir un cambio – o al menos una extensión – de los objetivos perseguidos por el legislador con la norma de subcapitalización, reconociéndose diferencias relevantes entre el texto vigente con anterioridad al año 2015 y el nuevo artículo 41 F. A modo de ejemplo se pueden mencionar la forma de cálculo del exceso de endeudamiento, los pagos transfronterizos que quedan sujetos a la sanción impuesta por la norma, la definición de qué se entiende por deuda relacionada y la forma de aplicar la sanción impuesta a contribuyentes que efectúan pagos en una situación de subcapitalización, entre otras.

A primera vista lo anterior parece ser coherente con la finalidad perseguida por la Acción N° 4 del plan BEPS de reducir los espacios de evasión y elusión fiscal mediante la deducción de pagos de intereses y otros desembolsos financieros que erosionan la base imponible, así como la intención de evitar las planificaciones internacionales que en algún momento permitió la norma anterior a las leyes de reforma – ambos objetivos que subyacen al plan BEPS. Sin embargo, al realizar

² Mensaje Presidencial N° 24-362 de fecha 1 de abril de 2014, p. 8.

un análisis más detallado del texto del nuevo artículo 41 F de la LIR y contrastarlo con las prácticas recomendadas por la Acción N° 4 del plan BEPS, surgen importantes diferencias que parecieran sugerir que en esta materia el legislador se apartó de las recomendaciones del plan BEPS y creó su propia norma de subcapitalización sin seguir la prácticas sugeridas.

Es así como del análisis del contexto de la génesis de esta nueva normativa surge un primer cuestionamiento en torno a la determinación de si el nuevo artículo 41 F de la LIR efectivamente adopta e incorpora a la legislación tributaria chilena las recomendaciones del plan BEPS en materia de erosión de la base imponible a través de prácticas de subcapitalización. Asimismo, y como una consecuencia directa de lo anterior, surge un segundo cuestionamiento respecto a si la nueva norma de subcapitalización del artículo 41 F de la LIR tiene un efecto anti elusivo o de control efectivo, o si por el contrario, bajo la vigencia de su nuevo texto aún es posible utilizar la subcapitalización como una herramienta de planificación tributaria.

Dar respuesta a estas interrogantes es de suma importancia pues gran cantidad de las inversiones transfronterizas que se realizan en Chile se financian, al menos en parte, a través de deuda, siendo fundamental comprender cabalmente cuál es el alcance de este nuevo artículo 41 F y de los cambios introducidos por el legislador, de modo de poder determinar cómo éste debe ser interpretado y aplicado por los actores del sistema tributario, cuáles son los potenciales espacios para planificar tributariamente a través de estructuras de subcapitalización – si los hay – y cuál es el real impacto cuantitativo a nivel de tasas efectivas de tributación

que un contribuyente podría enfrentar si se le aplica esta nueva norma de subcapitalización.

A pesar de la gran importancia que tiene el nuevo artículo 41 F de la LIR en materia de tributación internacional y local y de haberse dictado esta norma hace ya más de tres años, aún no existe doctrina ni jurisprudencia relevante que se refiera a ella. Tampoco existen estudios que contengan un análisis jurídico pormenorizado de su texto y que aborden las interrogantes que se plantean en este trabajo, razón por la que es fundamental enfocarse en el estudio de esta nueva norma y comenzar a desentrañar su alcance en nuestro ordenamiento jurídico. No obstante lo anterior, se puede mencionar el trabajo realizado por Jorge Burgos y Patricia Sepúlveda (2017), única obra que a la fecha aborda, si bien en forma general y con un enfoque en su interacción con las normas de los CDTI, el fenómeno de la subcapitalización en el contexto del plan BEPS³.

Frente a la ausencia de un trabajo que aborde de manera particular y sistematizada el estudio de esta nueva norma de la legislación tributaria chilena, este trabajo propone aportar una visión innovadora y dar una respuesta a las interrogantes señaladas, ayudando a definir un marco conceptual claro para la interpretación y aplicación del artículo 41 F de la LIR y comprender las importantes implicancias tributarias que se pueden derivar de su aplicación práctica.

³ También se puede mencionar el trabajo *“Financiamiento Intra-Grupo de Inversiones de Bienes de Capital desde el Extranjero de Empresas Chilenas en Expansión. Impacto en los Modelos de Planificación Frente al Proyecto BEPS, un Caso de Estudio de Financiamiento Externo”* de José Benedicto Vidal Vargas (2016). Esta obra, sin embargo, tampoco contiene un análisis jurídico del artículo 41 F de la LIR.

Como consecuencia de lo anterior, este trabajo se propone realizar una primera aproximación al impacto del plan BEPS en Chile en materia de subcapitalización. Para ello, se analizará la norma del artículo 41 F de la LIR de conformidad a las siguientes hipótesis: (i) En primer lugar, se sostiene que, a pesar de lo señalado por el legislador en el mensaje del proyecto de ley que se convertiría en la Ley N° 20.780, el artículo 41 F de la LIR no incorpora ni adopta las mejores prácticas sugeridas en la Acción N° 4 del plan BEPS. Por el contrario, se aparta de las mejores prácticas recomendadas en tal documento. (ii) En segundo lugar, se sostiene que producto de la decisión adoptada por el legislador de apartarse de las mejores prácticas sugeridas por la Acción N° 4 del plan BEPS, la nueva norma de subcapitalización del artículo 41 F de la LIR no ha eliminado los espacios que existen para realizar planificaciones tributarias con esquemas de subcapitalización, pues su particular redacción y su concordancia con otras normas de la LIR limitan su capacidad de proteger la erosión de la base imponible y también el traslado de beneficios al extranjero.

Para dar respuesta a las interrogantes que han planteado y validar las hipótesis propuestas se realizará un análisis jurídico de la norma del artículo 41 F de la LIR a través de una metodología dogmática, de modo de determinar cuál es el verdadero sentido y alcance de su texto, cómo se aparta de la Acción N° 4 del plan BEPS y de qué manera su texto aún permitiría realizar planificaciones utilizando esquemas de subcapitalización.

En el Capítulo I se entregará el marco teórico de este trabajo en el que en primer lugar se explicará en qué consiste el fenómeno de la subcapitalización, qué

efectos produce y por qué debe ser regulado. A continuación se expondrá en cómo ha sido abordado el fenómeno de la subcapitalización por la OCDE y el G-20 en el plan BEPS y qué soluciones se han propuesto. Finalmente, se explicará cuál ha sido el tratamiento de la subcapitalización en Chile y se revisarán los aspectos particulares del nuevo artículo 41 F de la LIR.

En el Capítulo II se abordará directamente la primera interrogante, realizando un análisis pormenorizado del artículo 41 F de la LIR bajo el prisma de las mejores prácticas propuestas por la Acción N° 4 del plan BEPS, evidenciando las diferencias y proponiendo una alternativa de cómo debe ser entendida y aplicada la norma en atención a su texto actual.

En el Capítulo III se abordará la segunda interrogante, analizando el texto del artículo 41 F de la LIR desde un punto de vista práctico y sometiendo a revisión los esquemas de subcapitalización más comúnmente utilizados antes de la Ley N° 20.780 para evaluar si la legislación tributaria aún permite realizar planificaciones tributarias con esquemas de subcapitalización.

2. CAPÍTULO I: MARCO TEÓRICO

Nociones generales sobre la subcapitalización

El fenómeno de la subcapitalización

La subcapitalización se sitúa en el contexto de la política o estructura de financiamiento de una empresa o grupo económico. En particular, una empresa puede ser financiada a través de recursos propios – capital – o a través de recursos de terceros – deuda. Esta decisión, conocida en el ámbito de las finanzas corporativas como la estructura de capital de una empresa⁴, ha sido largamente debatida y estudiada en búsqueda de una respuesta a la pregunta de cuál es la fórmula óptima de financiamiento que toda empresa debería adoptar. Las teorías de mayor renombre en esta materia son la teoría del *static trade-off*⁵ y la teoría del *pecking-order*⁶. Por exceder el ámbito de este trabajo sólo mencionaremos que ambas tienen sus ventajas y desventajas, sin embargo ninguna de ellas ha dado respuesta certera a la pregunta fundamental de la estructura óptima de capital (Frydenberg, 2004).

En el contexto del financiamiento de la empresa, el concepto de subcapitalización – también conocido como capitalización delgada (*thin capitalization*) o exceso de

⁴ Sobre la materia, ver Miller y Modigliani (1958).

⁵ Según Frydenberg (2004), esta teoría sostiene que el endeudamiento óptimo de una empresa estará determinado por la compensación entre las pérdidas y las ganancias derivadas del endeudamiento, debiendo sustituir deuda por capital y capital por deuda hasta maximizar el valor de la compañía. Las tres hipótesis principales utilizadas para explicar esta teoría la de los costos de transacción, la asimetría de información y el efecto impositivo.

⁶ Según Frydenberg (2004), esta teoría sostiene que las empresas siempre preferirán el financiamiento interno al externo, y preferirán financiarse con deuda en vez de capital si la empresa tiene que emitir valores.

endeudamiento – ha sido acuñado para referirse aquellas situaciones en las que una empresa tiene una estructura de capital en la que el nivel de deuda es relativamente elevado en comparación al nivel de capital (OCDE, 2012).

La decisión de cómo se financia una empresa es de una enorme importancia pues por lo general las legislaciones de los distintos países dan un tratamiento tributario distinto al capital y a la deuda. Por una parte, los réditos obtenidos de una inversión a través de capital se distribuyen como dividendos, los que comparativamente con los intereses están afectos a una tasa impositiva mayor. Además, los gastos por intereses normalmente son deducibles de la determinación del resultado tributario de una compañía, lo que no ocurre con las distribuciones de dividendos. Por otro lado, en algunos países la repatriación del capital está sujeta a reglas de imputación que obligan a recalificar tales repatriaciones como retiros de utilidades en caso de existir cantidades acumuladas en la empresa que aún estén pendientes de tributación. Adicionalmente, ciertas legislaciones sujetan tanto el capital como la deuda a determinados gravámenes⁷. Finalmente, existen otras consideraciones de índole tributaria asociadas al financiamiento con deuda o capital que generan efectos que distorsionan los sistemas tributarios, pero que exceden de la materia en estudio, por lo que no nos referiremos a ellas⁸.

⁷ Por ejemplo, el impuesto a las operaciones societarias en España; el impuesto de timbres y estampillas y patente municipal en Chile.

⁸ Existen determinados tipos de instrumentos financieros conocidos, como instrumentos híbridos, que en algunos países son considerados como capital y en otros como deuda (*hybrid mismatch instruments*), pudiendo ser utilizados para distorsionar el análisis de la composición del financiamiento de una MNE y, en definitiva, obtener beneficios tributarios.

En consideración a lo anterior, el fenómeno de la subcapitalización adquiere especial relevancia en el contexto de grupos empresariales, particularmente MNE, pues ante las diferentes legislaciones de cada país la variable tributaria se convierte en uno de los elementos fundamentales a considerar desde el punto de vista financiero. En este sentido, Fernández Atuña (2013) aterriza el fenómeno de la subcapitalización desde la óptica tributaria, definiéndolo como a la práctica de alterar en forma sustancial la estructura financiera por motivos de índole exclusivamente fiscal, endeudándose una compañía en exceso con el objeto de maximizar el beneficio mundial neto de impuestos del grupo de empresas al que pertenece.

Problemas que genera la subcapitalización

En materia de tributación, el fenómeno de la subcapitalización puede generar una serie de distorsiones tanto a nivel local como a nivel global, afectando los intereses de una o varias jurisdicciones y dando pie a planificaciones tributarias agresivas con fines elusivos.

Por un lado, como se mencionó anteriormente, la regla general en las legislaciones tributarias a nivel mundial es que los gastos por intereses y otros gastos financieros asociados a una deuda sean deducibles para efectos tributarios. Por lo tanto, subcapitalizar una filial puede traer grandes beneficios tratándose de compañías con un alto nivel de ingresos que están situadas en jurisdicciones con una carga tributaria elevada, disminuyendo o eliminado por completo su utilidad afecta a impuestos y trasladando tales flujos a una jurisdicción con una carga tributaria menor. A mayor abundamiento, la deducción de gastos

por intereses en exceso puede dar origen a resultados de pérdida tributaria para una compañía, los que también pueden ser utilizados en forma ventajosa, por ejemplo, para obtener devoluciones de impuestos⁹.

Asimismo, muchos países gravan los pagos transfronterizos de intereses con una tasa de impuesto más baja que aquella aplicada a los dividendos, siendo más eficiente para una MNE obtener flujos desde una jurisdicción determinada vía pago de intereses y no a través de distribuciones de dividendos. En el caso de Chile, los intereses pagados hacia el exterior por determinados conceptos establecidos en el artículo 59, inciso 4, N° 1 de la LIR se gravan con una tasa de IA de 4% en comparación a las distribuciones de dividendos, que se afectan con una tasa de IA de 35% por aplicación de los artículo 58 N°2 y 60 de la LIR.

Desde la óptica internacional, las MNE pueden combinar estos efectos para reducir la carga tributaria global, erosionando la base imponible de una jurisdicción con alta carga tributaria y trasladando los beneficios generados en ella a una jurisdicción con una carga tributaria menor, maximizando, asimismo, la disponibilidad de flujos disponibles. Este tipo de prácticas, además de erosionar la base imponible atentan contra los principios de equidad tributaria horizontal, capacidad contributiva y neutralidad fiscal.

⁹ En Chile, el artículo 31 N° 3 de la LIR permite que empresas con pérdidas tributarias absorban utilidades distribuidas vía dividendo y soliciten la devolución del impuesto que las gravó al ser generadas, mecanismo conocido como Pagos Provisionales por Utilidades Absorbidas.

Un ejemplo del potencial impacto de que puede generar una estructura de subcapitalización a nivel de erosión de base fiscal y transferencia de beneficios puede encontrarse en Víctor Villalón (2014)¹⁰:

Conceptos	Escenario A	Escenario B
Utilidad antes de intereses e impuestos	1,000	1,000
Gasto Intereses pagados al exterior	(1,000)	-
Gastos por impuesto categoría, tasa 20%	-	(200)
Resultado de balance entidad chilena	-	800
Pago de Impto. Adicional sobre intereses (\$1.000 por la tasa rebajada de 4% del Art. 59 N°1 LIR)	40	-
Pago de Impuesto de primera categoría (Escenario "B" \$800 + \$200) x tasa de 20%	-	200
Pago de I. Adicional sobre utilidades (Dividendo \$800 más incremento de primera categoría \$200, por la tasa de 35% del Art. 58 N°2 LIR= Impuesto bruto \$350 menos el crédito de categoría \$200)	-	150
Carga tributaria efectiva final	40	350
Flujo de caja disponible para la MNE	960	650

Cómo ha sido enfrentada la subcapitalización

Desde hace largo tiempo, distintos países a nivel mundial han detectado los potenciales efectos nocivos que se pueden derivar la subcapitalización de compañías en sus jurisdicciones y en respuesta han ideado distintas maneras de combatirlos. Estas distintas soluciones se han diferenciado por adoptar un enfoque objetivo o un enfoque subjetivo.

Las soluciones con un enfoque objetivo incorporan normas que establecen un límite fijo a las operaciones de endeudamiento con partes relacionadas, ya sea

¹⁰ Este esquema corresponde a un ejemplo bajo la norma de subcapitalización vigente al 31 de diciembre de 2014, de acuerdo a la tasa de al régimen general de tributación y la tasa de impuesto de primera categoría vigente para el año comercial 2013.

estableciendo un *ratio* máximo en el que las empresas pueden endeudarse, o fijando un límite máximo del monto de intereses y gastos financieros que pueden ser deducidos tributariamente según un parámetro de comparación pre-establecido¹¹. Las soluciones objetivas otorgan mayor certeza y son más fáciles de aplicar, pero tienen la desventaja de que no toman en consideración las características particulares de los intervinientes ni de la industria o mercado específico.

Las soluciones con un enfoque subjetivo, por otra parte, no establecen una regla fija, sino que se construyen sobre la aplicación del ALP, analizando cómo sería evaluado el nivel máximo de endeudamiento de una empresa en relación a sus condiciones económicas y financieras si se situara en un contexto de partes independientes. Este tipo de soluciones tiene la ventaja de que otorgan mayor flexibilidad para evaluar una situación de endeudamiento particular y permiten realizar ajustes cuando es necesario. Sin embargo, suelen ir en contra del principio de certeza jurídica y son de difícil aplicación y fiscalización.

Finalmente, hay países que han adoptado un enfoque mixto y han establecido reglas fijas de control que permiten realizar ciertos ajustes o un conjunto de alternativas entre las cuales el contribuyente puede optar.

¹¹ Los *ratios* más utilizados suelen ser de deuda/activos, deuda/capital y carga financiera/ingresos (EBIT o EBITDA). Los límites máximos por lo general se fijan en relación los activos o a los ingresos, con ciertos ajustes.

La subcapitalización en el plan BEPS

Origen del plan BEPS

En un intento por enfrentar y resolver de manera concertada el problema de la disparidad de criterios y soluciones de política fiscal a nivel internacional, el año 2012 la OCDE presentó un informe que se conocería en adelante como el plan BEPS, fijando una serie de objetivos, medidas y principios que guiarían la política fiscal internacional y que se esperaba fuera incorporada por los países a sus legislaciones internas en forma paulatina. De este modo, conjuntamente con el G-20, la OCDE puso en marcha un proyecto para identificar los principales problemas en materia de tributación internacional – entre ellos la subcapitalización y la utilización de pagos de intereses y otros gastos financieros – y definir un plan de acción consensuado para eliminar estos problemas y la disparidad de criterios y soluciones existentes a nivel mundial.

El año 2015 la OCDE publicó el reporte final del plan BEPS con el estudio y análisis pormenorizado de 15 acciones específicas para enfrentar diversos problemas asociados a la tributación internacional, el cual fue complementado el año 2016 con nuevas actualizaciones y ajustes. En lo que particularmente interesa a este trabajo, el reporte de la Acción N° 4, denominada “Limitaciones a la erosión de la base imponible que involucran la deducción de intereses y otros pagos financieros”¹², trató en extenso los problemas derivados de la subcapitalización y

¹² En inglés “*Limiting Base Erosion Involving Interest Payments and Other Financial Payments*”.

entregó ciertas sugerencias conducentes a mejores prácticas en la materia (el “Reporte”).

La Acción N° 4 y el BPA o enfoque de mejores prácticas sugeridas

En la introducción del Reporte, la OCDE/G-20 efectúa un diagnóstico de las principales falencias y debilidades que tienen las soluciones que han sido propuestas para enfrentar el fenómeno de la subcapitalización a nivel mundial, concluyendo que la experiencia internacional y la evidencia empírica han demostrado que la mejor forma de enfrentar la subcapitalización aparentemente consiste en la adopción de un conjunto de mejores prácticas internacionales, que deberían perseguir los siguientes objetivos: (i) que el gasto neto en intereses de una entidad que forme parte de la MNE tenga relación con el gasto neto total por intereses de la MNE; y (ii) que la forma de distribución del gasto neto por intereses entre las distintas entidades que conforman la MNE tenga relación con su participación en las actividades que generan sus ingresos.

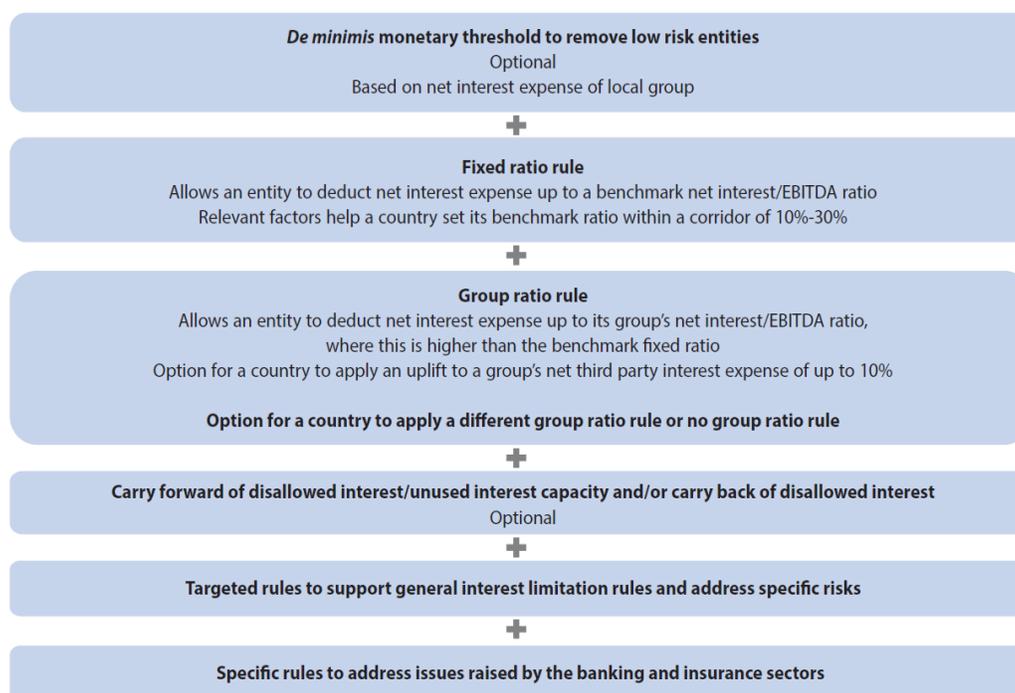
Luego, para definir cuáles deberían ser las mejores prácticas internacionales identifica y analiza los seis tipos de reglas empleados en forma más frecuente a nivel internacional para atacar los efectos nocivos de la subcapitalización, a saber:

1. Reglas basadas en la aplicación del ALP;
2. Reglas que establecen impuestos de retención al pago de intereses al extranjero;
3. Reglas que rechazan un porcentaje específico del gasto por intereses de una entidad, sin importar la naturaleza o beneficiario del pago;

4. Reglas que establecen un *ratio* fijo de endeudamiento o un límite máximo de gasto por intereses;
5. Reglas que limitan el nivel de endeudamiento o gasto por intereses de una entidad en relación a la situación de la MNE al que pertenece; y
6. Reglas anti elusivas especiales que rechazan la deducción de intereses en determinadas transacciones.

Tras analizar cada tipo de regla, el Reporte concluye que el enfoque de las mejores prácticas sugeridas o BPA para combatir los efectos nocivos de la subcapitalización debería consistir en una combinación de las reglas establecidas en los números 4, 5 y 6, con ciertos ajustes, según el siguiente diagrama:

Figure 1.1. Overview of the best practice approach



Fuente: OECD. Limiting Base Erosion Involving Interest Deductions and Other Financial Payments, Action 4 – 2016 Update, OECD/G-20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris, 2016.

En resumen, el BPA sugerido por la OCDE y el G-20 en el Reporte consiste en la utilización de una regla base, de carácter objetivo, que establezca un *ratio* fijo que limite el monto máximo de gasto neto¹³ por intereses de una entidad en un rango de entre un 10% y un 30% de su gasto neto por intereses/EBITDA¹⁴, rechazando la deducción del gasto por interés en el monto que exceda dicho límite. Adicionalmente, se recomienda complementar (o morigerar) esta regla base con las siguientes reglas adicionales:

1. Opcionalmente, con la creación de un umbral mínimo de gasto neto por intereses para que la norma resulte aplicable, de modo que la norma sea aplicable para casos que no representen un riesgo fiscal juzgado como relevante¹⁵⁻¹⁶;
2. Opcionalmente, con la creación de una regla blanda que permita aumentar el límite máximo establecido por la regla base en aquellos casos en los que

¹³ El Reporte señala que la utilización del gasto neto en intereses es mejor que la utilización del gasto bruto, pues si bien este último puede ser más fácil de medir, puede resultar en una situación de doble tributación considerando que una entidad podría estar obligada a tributar por el monto bruto de su ingreso en intereses y al mismo tiempo estar obligada a tributar por la parte del gasto bruto en intereses cuya deducción le sea rechazada.

¹⁴ El Reporte señala que la utilización de un *ratio* fijo que considere el nivel de gasto partido por el nivel de ingresos de una entidad permite controlar mejor el cumplimiento del objetivo de que el gasto neto por interés sea soportado por aquellas entidades que generan los ingresos de la MNE. El Reporte señala, también, que en ciertos casos también se podría ser aceptable un *ratio* basado en los activos de la entidad, pero no en el nivel de deuda.

¹⁵ El Reporte señala que bajo este umbral mínimo, los costos de cumplimiento y fiscalización hacen ineficiente la aplicación de la norma.

¹⁶ Para estos efectos, el Reporte propone que se considere la suma agregada de gastos netos por intereses de las compañías de una MNE que están presentes en una jurisdicción, para evitar que la norma sea burlada a través de la dilución de la deuda entre distintas entidades.

el ratio de gasto neto por intereses/EBITDA de la MNE sea mayor que el de la entidad local bajo análisis¹⁷;

3. Opcionalmente, con la creación de normas que permitan el *carry-forward* o el *carry-back* de gastos por intereses rechazados, y el *carry-forward* de capacidad no utilizada de gastos por intereses, para reconocer desajustes temporales que pueden ocurrir en determinadas industrias o ciclos económicos¹⁸;
4. La creación de una o más reglas anti elusivas especiales que ataquen determinadas conductas específicas y cierren los espacios de planificación y elusión no contemplados por las normas generales; y
5. La creación de reglas especiales para la industria bancaria, financiera y de seguros, por sus características particulares¹⁹.

Tratamiento tributario de la subcapitalización en Chile

Historia

La regulación legal de la subcapitalización se introdujo en Chile con la publicación de la Ley N° 19.738 del año 2001, que modificó el artículo 59 de la LIR vigente a esa fecha agregando varios párrafos adicionales en el N° 1 de su inciso 4°. A

¹⁷ En este punto el reporte señala que en aquellos países en que no existe una regla de ratio de grupo, se recomienda a dicho país aplicar la regla de ratio fijo de gasto neto por intereses/EBITDA a MNE y a grupos empresariales domésticos, sin discriminar.

¹⁸ El Reporte señala que este tipo de normas pueden ser muy útiles para corregir ciertos desajustes temporales ocasionados por la volatilidad propia del EBITDA como indicador o de las particularidades de una industria en la que el gasto y el ingreso normalmente ocurren con mucha diferencia de tiempo (e.g. la minería).

¹⁹ El Reporte señala que es recomendado crear reglas especiales para MNE que participan en estas industrias, pues normalmente tiene un alto nivel de “apalancamiento” y tenderán a tener un ingreso neto por intereses más que un gasto neto por intereses.

través de esta modificación, se introdujo una norma de subcapitalización de carácter objetivo, que establecía un *ratio* fijo máximo de endeudamiento de tres veces el capital propio tributario de la entidad que afectaba únicamente los pagos efectuados a entidades relacionadas en el extranjero sujetos a la tasa reducida de IA del 4%, gravando a la entidad pagadora con un IU de 35% sobre la parte de dichos pagos que estuvieren en exceso de endeudamiento. Para tales efectos:

- a) Se consideraba como endeudamiento total anual el valor promedio mensual de los créditos y pasivos financieros contraídos con entidades relacionadas extranjeras cuyos intereses se afectarían con la tasa reducida de IA del 4%;
- b) Se determinaba el capital propio tributario del deudor al 1 de enero del ejercicio en que se hubiere contraído la deuda relacionada, o a la fecha en que el deudor hubiere iniciado actividades si fuere el mismo ejercicio, ajustándolo por las variaciones que hubiera experimentado durante el ejercicio respectivo;
- c) El análisis se realizaba por una única vez en el ejercicio en que se contraía la deuda relacionada;
- d) Se consideraba que existía relación entre el deudor y el acreedor extranjero cuando uno poseía el 10% o más del capital o del derecho a las utilidades del otro, cuando se encontraban bajo un socio o accionista común que participaba en ambos en los términos señalados o cuando la deuda se garantizaba por terceros relacionados, en dinero o en valores, hasta por el monto garantizado;

e) La sanción consistía en que el deudor debía pagar un IU de 35% sobre la parte de los intereses que estuvieran en exceso de endeudamiento y que hubieren sido pagados, abonados en cuenta o puestos a disposición gravándose con un IA del 4%, pudiendo el deudor deducir de como gasto la totalidad de dicho IU, sin existir ninguna sanción de limitación a la deducción del interés en exceso del límite máximo establecido por la norma²⁰.

Producto de los vacíos que tenía el texto de la norma original – y que fueron utilizados para realizar distintas estructuras de financiamiento y planificaciones tributarias – ésta fue modificada por la Ley N° 19.879 del año 2003, la que introdujo las siguientes modificaciones²¹:

1. Modificó la forma de cálculo del capital propio tributario de la entidad bajo análisis, obligándola a restar de éste los montos de aquellas inversiones realizadas durante el año, que hubieren sido financiadas con deudas capturadas por la norma de subcapitalización durante el mismo año;

²⁰ La norma de subcapitalización propuesta por el proyecto original consistía en una modificación al artículo 31° de la LIR que limitaba la deducibilidad del gasto por interés en aquella parte que excediera el límite máximo permitido. En el segundo trámite constitucional el texto de la norma fue modificado, estableciendo un impuesto único de 35% de cargo del deudor, cuyo monto podía ser deducido como gasto en la determinación de la renta líquida imponible.

²¹ Si bien, las modificaciones realizadas por la Ley N° 19.879 ampliaron la aplicación de la norma de subcapitalización, esto no fue suficientes para poner fin a las planificaciones agresivas relacionadas con la subcapitalización de entidades en Chile, siendo utilizadas estructuras de planificación como la de endeudamiento en cascada, garantías de deudas por relacionados mediante terceros no relacionados (back-to-back), endeudamiento de establecimientos permanentes en el extranjero y endeudamiento de entidades manejando el periodo de permanencia de la deuda y capital.

2. Modificó los casos en que se consideraba que existía relación entre la entidad deudora y el acreedor extranjero, agregando aquellos casos en que el acreedor estuviera domiciliado en un territorio incluido en la lista del artículo 41 D de la LIR y aquellos casos en que la deuda estuviera garantizada directa o indirectamente por terceros relacionados, en dineros o valores representativos de obligaciones en dinero, debiendo agregar a la declaración jurada la obligación de informar si dentro de los beneficiarios finales de los intereses y cantidades pagadas se encuentran personas relacionadas; y
3. Finalmente agregó que en los casos de reorganización de empresas, ya fuera por división o fusión de sociedades, o en caso de disolución de la entidad deudora o cualquier otro acto jurídico que implicare el traspaso o novación de la deuda, la situación de la deuda se mantenía, lo que implicaba que si en su origen la deuda se encontraba en situación de exceso de endeudamiento esta se mantendría para la entidad a la cual se le hubiere traspasado la obligación.

Las leyes N° 20.780, N° 20.899 y el nuevo artículo 41 F

Aspectos generales

Con el objetivo de poner término a las malas prácticas que se producían en materia de subcapitalización y supuestamente con la intención de converger hacia el plan BEPS, el legislador modificó la regulación legal de la subcapitalización en Chile con la publicación de la Ley N° 20.780, eliminando por completo la

regulación de la subcapitalización contenida en el párrafo 4° del N° 1 del inciso 4° del artículo 59 de la LIR e introduciendo el nuevo artículo 41 F de la LIR – posteriormente ajustado por la Ley N° 20.899, que fijó su texto vigente a la fecha.

Explicación del artículo 41 F

En términos generales, en este nuevo artículo el legislador mantuvo el enfoque que históricamente le había dado a la subcapitalización, optando por mantener la regla de carácter objetivo consistente en un *ratio* fijo máximo de endeudamiento de tres veces el capital propio tributario de la entidad, pero incorporando algunas novedades. Entre los aspectos modificados de mayor relevancia se pueden mencionar el concepto de exceso de endeudamiento y su cálculo, los pagos afectados, la definición de deuda relacionada, la forma de calcular el patrimonio y la incorporación de ciertas excepciones a su aplicación.

Al compararla con la antigua norma de subcapitalización del artículo 59 N° 1 se pueden hacer las siguientes observaciones:

- a) En particular, el artículo 41 F mantuvo la sanción de IU de 35% sobre los pagos realizados en situación de exceso de endeudamiento, sin embargo amplió el concepto de pagos afectos. En específico, la nueva norma grava el pago, abono en cuenta o puesta a disposición de intereses, comisiones, remuneraciones por servicios y gastos financieros, y cualquier otro recargo convencional, incluyendo reembolsos de gastos incurridos por el acreedor, realizados a un acreedor extranjero que se entiende relacionado para la

aplicación de esta norma, cuando dichas cantidades hayan sido afectadas con IA de 4% o no hayan sido afectadas con IA;

- b) A diferencia de la antigua normal de exceso de endeudamiento establecida en el artículo 59 de la LIR, la cual señalaba la obligación calcular el exceso de endeudamiento solo en el ejercicio cuando se contraía una deuda, el artículo 41 F establece la obligación de calcular el exceso de endeudamiento en forma anual al término de cada ejercicio;
- c) La Ley 20.780 también modificó el cálculo del endeudamiento total anual, debiendo considerar como tal el valor promedio mensual de la suma de los créditos y pasivos que correspondan a créditos otorgados por instituciones bancarias o financieras extranjeras o internacionales, saldos de precios correspondientes a bienes internados al país con cobertura diferida o con sistema de cobranza en moneda extranjera y nacional, bonos o debentures emitidos en moneda extranjera y nacional por empresas constituidas en Chile, que se registren al cierre del ejercicio más los intereses devengados en estas mismas deudas que no se hubieran pagado y que a su vez devenguen intereses a favor del acreedor, así como cualquier otro crédito o pasivo contratados con partes domiciliadas, residentes constituidas en el exterior o en Chile, sean relacionadas o no. Para este cálculo, también se deberá incluir las deudas de un EP en el exterior de la empresa domiciliada, residente, establecida o constituida en Chile, debiendo utilizar como límite de la base imponible de este IU, la suma total de los intereses y demás

partidas susceptibles a este impuesto, pagadas abonadas en cuenta o puestas a disposición durante el ejercicio respectivo;

- d) El artículo 41 F permite utilizar como gasto del artículo 31 de la LIR el IU de 35%, dando como crédito para su pago el monto total o proporcional de la retención del IA pagado durante el ejercicio que hubiera afectado a los pagos realizados al extranjero de las cantidades gravadas con el IU;
- e) En relación al patrimonio, el artículo 41 F mantuvo lo establecido precedentemente en el artículo 59 de la LIR, en cuanto a entender por patrimonio el capital propio tributario inicial del ejercicio que se contrajo la deuda, considerando por el periodo de permanencia los aumentos o disminuciones de capital realizados durante el ejercicio, agregando la exclusión de los haberes pertenecientes a los socios que devenguen intereses a favor de estos. No obstante lo anterior, dentro del cálculo del patrimonio se incorpora un ajuste que consiste en una deducción al capital propio tributario del valor de aporte de capital que directa o indirectamente haya sido financiado con pasivos susceptibles de este impuesto y que no hayan sido pagados durante el ejercicio, o si fueron pagados, que hayan sido financiados por estos pasivos, considerando el patrimonio a valor uno, si se determinara un valor negativo al estimar el capital propio tributario con sus ajustes respectivos;
- f) La Ley 20.780 amplió las hipótesis de relación, considerando que, además de los casos de relación anteriores, existe relación cuando (i) el beneficiario del pago de los intereses y las demás cantidades se encuentre constituido,

domiciliado o residente en un país que quede comprendido en al menos dos de los supuestos que indica el artículo 41 H de la LIR; (ii) se trate de instrumentos financieros colocados y adquiridos por empresas independientes y que posteriormente son adquiridos o traspasados a empresas relacionadas del deudor; y (iii) en los casos en que existen deudas garantizadas, a menos que la garantía sea prestada por un tercero no relacionado a cambio de una remuneración de mercado;

- g) En cuanto a las reorganizaciones, el artículo 41 F establece que la entidad receptora de la obligación deberá incluir las deudas recibidas para el cálculo de exceso de endeudamiento, asumiendo completamente la responsabilidad. Pero como el nivel de endeudamiento se calcula anualmente, la entidad receptora podrá liberarse del gravamen si no está en situación de exceso de endeudamiento al final del ejercicio; y
- h) Finalmente, en cuanto a las excepciones, el artículo 41 F establece que no se aplicará lo dispuesto en su texto cuando se acredite ante el SII que el endeudamiento se utiliza para un financiamiento del proyectos o cuando la empresa deudora sea una entidad de crédito autorizadas por ley o una caja, sujetas a la fiscalización de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras, Comisión para el Mercado Financiero (ex Superintendencia de Valores y Seguros) y/o la Superintendencia de Seguridad Social.

Modificaciones de la Ley N° 20.899

La Ley N° 20.899 introdujo las siguientes modificaciones al artículo 41 F:

1. Amplió los pagos afectos por su aplicación estableciendo en forma expresa que se la sanción se aplica sobre aquellas cantidades gravadas con IA de 4%, aquellas gravadas con una tasa de IA inferior a 35% y aquellas que no se hubieran afectado con dicho tributo en virtud de una rebaja o exención establecida por ley, o por la aplicación de tasas rebajadas provenientes de un CDTI suscrito por Chile y que se encontrare vigente, descontando del endeudamiento total anual las deudas con plazo menor a 90 días;
2. Amplió aún más las hipótesis de relación, incorporando aquellos casos en que una parte realiza operaciones *back-to-back* en cualquier forma; y
3. Agregó una excepción a la aplicación del artículo 41 F cuando la actividad del deudor es calificada como financiera por el Ministerio de Hacienda, siempre y cuando esta última cumpla los requisitos y límites señalados en el artículo 41 F de la LIR, debiendo informarle al SII el cumplimiento de los requisitos correspondientes.