



UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO, ESCUELA DE GRADUADOS
PROGRAMA DE MAGISTER EN DERECHO TRIBUTARIO

“ANÁLISIS DE LA NORMA DE CONTROL CONTEMPLADA EN EL
ARTÍCULO 12 DE LA LEY 20.544 QUE REGULA LA TRIBUTACIÓN DE
LOS CONTRATOS DERIVADOS”

**Actividad Formativa Equivalente a Tesis para optar al grado de
Magister en Derecho Tributario, Universidad de Chile**

JUAN FRANCISCO PABLO REYES TAHA

PROFESOR GUÍA: FERNANDO LEIGH COURT,
ABOGADO, MAGISTER EN DERECHO,
MAGISTER EN PLANIFICACIÓN Y GESTION TRIBUTARIA.

Santiago Chile

2012

RESUMEN

El presente trabajo busca describir los contratos de derivados financieros más comunes, y explicar someramente el régimen tributario aplicable a los mismos al amparo de la ley N° 20.544 de 22 de octubre de 2011. Asimismo, busca dar cuenta de la posibilidad de utilizar a los instrumentos derivados financieros como instrumentos de planificación tributaria por medio de los cuales se puede pretender evitar la aplicación de ciertos impuestos sobre la base de la celebración de contratos con efectos económicos idénticos pero tratamientos tributarios más favorables. En este contexto, surge una norma de control del artículo 12 de la ley N° 20.544, la cual busca dotar al Servicio de Impuestos Internos de herramientas de fiscalización y control adecuadas para hacer frente al empleo de instrumentos derivados con fines de planificación.

En el afán de explicar dicha norma de control indagamos en el origen de la norma, los límites y restricciones que puede tener la misma al importar una verdadera interpretación económica del hecho gravado y el efecto que creemos tiene el establecimiento de dicha norma en el esquema fiscalizador del Servicio de Impuestos Internos, explicitando los requisitos que dicho Servicio debe cumplir a efectos de aplicar la misma.

INDICE

Indice	1
Introducción	3
1. Contexto de la reforma legal	4
1.1. Necesidad de una normativa que reduzca riesgos para facilitar el acceso al mercado	6
1.2. Efectos Tributarios de los Derivados	7
1.2.1. <i>Forwards</i> y Futuros	8
1.2.2. Opciones	9
1.2.3. <i>Swaps</i>	12
2. Reforma y Tratamiento Tributario de los Derivados	13
2.1. Tratamiento Común para los Derivados	13
2.1.1. Hecho gravado	13
2.1.2. Sujetos	14
2.1.3. Devengo	15
2.1.4. Base Imponible y Tasa	15
2.2. Tratamiento de Enajenación de Opciones	16
3. Norma de Control Propuesta	18
3.1. Recalificación: Interpretación de Fondo sobre Forma	19
3.2. Origen de la norma en Chile	22
3.2.1. Legislación comparada	22
3.2.1.1. <i>Constructive sale</i>	23
3.2.1.2. <i>Straddle</i>	23
3.2.1.3. <i>Substance over form</i>	24
3.2.1.4. <i>Step transaction doctrine</i>	24
3.3. Limitaciones de la Norma de Control	25
3.3.1. Similitud con otras Transacciones u Operaciones	26
3.3.2. Ausencia de una Legítima Razón de Negocios	26
3.3.3. Deben existir razones fundadas para estimar que la operación tiene como único propósito encubrir retiros de utilidades tributables o créditos que debieran tributar conforme a las normas de la Ley sobre Impuesto a la Renta	27

3.3.4. Debe haber Citación previa del Contribuyente	29
3.3.5. Formalidades que deben cumplir las Liquidaciones o Resoluciones que se dicten	29
4. Análisis crítico respecto la norma de control y la Ley 20.544	31
Conclusión	34
Bibliografía	36

INTRODUCCION

Los instrumentos derivados son, para una parte importante de los abogados que no trabajamos en materias financieras, un gran misterio. Ni hablar de la tributación de los mismos, que ha sido objeto un desarrollo más teórico que práctico atendido el hecho que para un gran número de los agentes que demandan éstos, existe una barrera a la entrada práctica en el hecho que el mercado doméstico no ofrece, de manera generalizada, instrumentos derivados.

Lo anterior, para una economía como la Chilena es un problema que resta eficiencia a la misma. Parece inaceptable que una economía abierta donde las exportaciones representan cerca del 40% del PIB, deje a la deriva a las pequeñas y medianas empresas (PYMES) del país en lo que dice relación con la celebración de instrumentos derivados de cobertura que les permitan precaver riesgos asociados con fluctuaciones de tipo de cambio, precios futuros de *commodities*, índices y otros elementos que inciden de manera determinante en el precio final de los bienes y servicios exportados.

En este contexto, ha surgido la ley N° 20.544 cuyo propósito fundamental es ampliar y asegurar el acceso a instrumentos derivados por parte de las PYMES, regulando para ello los efectos tributarios asociados a las operaciones con estos instrumentos, permitiendo la rebaja de los gastos asociados a la contratación de los mismos y estableciendo normas especiales respecto de la valorización y oportunidad del reconocimiento de los ingresos y gastos asociados a ellos, reduciendo de este modo la incertidumbre, en términos de costo, para oferentes locales y extranjeros.

Sin embargo, reconociendo que la flexibilidad es un elemento inherente de los instrumentos derivados financieros, se ha establecido también una norma de control que busca permitir a la autoridad tributaria, por una parte, establecer obligaciones tributarias accesorias y fiscalizar el cumplimiento de las mismas; y, por otra, evitar abusos de parte de los Contribuyentes. Dicho control se ejerce por la vía de la recalificación de la operación y, consecuentemente, por la vía de la aplicación de

impuestos en aquellos casos en que las economías de opción le han permitido al Contribuyente rebajar su carga impositiva por medio del uso de instrumentos derivados financieros sin una legítima razón de negocios o, dicho de otro modo, cuando el motivo de la contratación del instrumento derivado financiero no ha sido otro que la disminución de la carga tributaria del Contribuyente.

El objeto central de este trabajo ha sido analizar dicha norma de control. De esta forma en la primera parte hablamos del contexto de los derivados, en que se explica su relevancia y sus prácticas, acompañado de gráficos que esperamos permitan al lector facilitar la comprensión de la operativa de los derivados más comunes; luego, en la segunda parte buscamos explicar los efectos tributarios que la ley N° 20.544 otorga a la celebración de instrumentos derivados por medio de la regulación general y la regulación especial de las opciones; una tercera parte relativa a la norma de control: su origen y limitaciones; y por último una sección final con una visión crítica de la norma en comento.

Esperamos que este trabajo ayude en definitiva a develar el misterio y, particularmente, a comprender de mejor manera la relevancia práctica de los instrumentos derivados y los efectos tributarios de los mismos a la luz de la ley N° 20.544 sobre de tributación de instrumentos derivados.

1. Contexto de la reforma legal

Los contratos derivados son aquellos en los cuales una parte acepta asumir un riesgo relacionado con la evolución de una variable subyacente a cambio de una contraprestación dineraria o de [la] asunción de otro riesgo por su contraparte¹. Así, un derivado puede versar sobre activos físicos (materias primas o mercancías) o financieros (índices bursátiles o financieros, divisas, bonos, acciones, títulos de crédito, créditos, etcétera) y su variación puede estar influenciada por su valor de realización o de determinación en el mercado².

Los tipos más comunes de derivados financieros son los Futuros³, los *Forwards*⁴, las Opciones⁵ y los *Swaps*⁶. En cada uno de los instrumentos referidos, los contratantes asumen un riesgo de su contraparte y generarán una ganancia o pérdida futura según la variación que experimente el precio del activo subyacente en el mercado respectivo. Dicha asunción de riesgo puede ser con fin de cobertura o *hedging* (esto es, para limitar el riesgo efectivo en el mercado del activo subyacente) o con fines especulativos (para comercializar o aprovechar el derivado con una expectativa razonable de ganancia al adquirir un derivado a un valor presente menor que su valor esperado futuro).

De este modo, al momento de la emisión de un derivado las partes pactan condiciones que pueden ser fuente de ganancia o pérdida tanto para el emisor como

¹ BARBIER, Eduardo Antonio, *Contratación bancaria*. Tomo 2. Buenos Aires, Editorial Astrea, 2002. página 432.

² BARBIER, Eduardo Antonio, *Ob. Cit.*, páginas 432-433.

³ “*Compromiso entre dos partes, por el cual a una fecha futura una de ellas se compromete a comprar algo y la otra a vender algo, aunque al momento de cerrar el compromiso no se realiza ninguna transacción.*” BARBIER, Eduardo Antonio, *Ob. Cit.*, página 434.

⁴ “*Futuros over the counter [hechos a medida] en que cada uno de sus términos es acordado por las partes contratantes.*” BARBIER, Eduardo Antonio, *Ob. Cit.*, página 435.

⁵ “*Contrato mediante el cual una parte adquiere –mediante el pago de una prima- el derecho a comprar o vender un activo específico en una fecha futura y a un precio determinado a la fecha de celebrarse el contrato.*” BARBIER, Eduardo Antonio, *Ob. Cit.*, página 436.

⁶ “*Intercambio simultáneo o sucesivo de posiciones en el que dos o más partes acuerdan realizarse pagos recíprocos en distintos activos.*” RODRIGUEZ, Simón. *Los instrumentos financieros derivados. Principales pleitos en la materia.* LL. En: BARBIER, Eduardo Antonio, *Ob. Cit.*, página 437.

para el tomador del derivado, por lo que ambos deben ser capaces de calcular el costo aparejado a la toma (o emisión) de dicho derivado a efectos de limitar su riesgo y precaver una pérdida futura (en el caso de una operación motivo de *hedging*) o aumentar las probabilidades de obtener una ganancia (en el caso de la contratación con fines especulativos). De más está decir, en todo caso, que para que una parte pueda realizar una operación con fines de cobertura o *hedging*, la otra debe estar dispuesta a realizarla con fines especulativos⁷. En este contexto, tanto el tomador como el emisor del instrumento derivado deben ser capaces de calcular y avaluar su costo, entendiendo naturalmente que la operación envuelve costos operacionales⁸, financieros⁹ y tributarios¹⁰, siendo, este último, un costo difícil de dimensionar en el caso de Chile debido, en gran medida, a que hasta hace poco no existía una regulación legal especial de los efectos tributarios de las operaciones que involucran derivados, lo que determinaba a su vez la dificultad práctica de dimensionar los costos tributarios asociados con la operación misma y, además, truncaba la posibilidad de establecer un mercado formal local de derivados de fácil acceso, dificultando la posibilidad de descontar estos instrumentos en mercados formales locales, encareciéndolos.

1.1. Necesidad de una normativa que reduzca riesgos para facilitar el acceso al mercado

Siendo Chile un país exportador¹¹, la volatilidad del tipo de cambio o de los precios futuros de los *commodities* exportados, incide en la determinación de los ingresos de las empresas chilenas (que por regla general se expresan y determinan

⁷ SAKSENA, Shashank, Legal Aspects of Derivatives Trading in India. Derivatives Markets in India: 2003, página 295. [En línea] <<http://www.igidr.ac.in/~susant/DERBOOK/outline.html>> [consulta: 12 de junio de 2011]

⁸ Relativos a los costos asociados a la negociación de las condiciones del derivado y a la emisión misma de este, siendo este costo mayor en la medida que las condiciones sean negociadas particularmente (OTC).

⁹ Relativos al costo de oportunidad de la prima invertida.

¹⁰ Relativos a los eventuales ingresos o gastos que la operación obligará a las partes a determinar una vez liquidada la operación.

¹¹ Las exportaciones de bienes y servicios representaban el 39% del PIB al año 2010 según cifras del Banco Mundial [en línea]. Ver <<http://datos.bancomundial.org/indicador/NE.EXP.GNFS.ZS>> [consulta: 25 de febrero de 2012]

nominalmente en pesos), por lo que resulta deseable que exista un mercado de instrumentos derivados que permita un acceso generalizado de pequeñas, medianas y grandes empresas a instrumentos de cobertura que les permitan asegurar un tipo de cambio dado o un precio futuro tal que permita a dichas empresas flujos que aseguren la continuidad de sus operaciones futuras o, a lo menos, un precio de venta superior a sus costos totales medios.

Actualmente, cerca del 50% de las grandes empresas recurre a los instrumentos financieros derivados a efectos de cubrir sus riesgos, mientras que sólo el 8% de las pequeñas y medianas empresas celebran este tipo de operaciones¹².

La regulación del tratamiento tributario de los instrumentos derivados es parte esencial del establecimiento de un sistema de acceso generalizado a los instrumentos derivados, ya que dicha regulación permitirá, por una parte, determinar con un mayor grado de certeza el costo tributario de los instrumentos derivados, y, por otra, facilitará el establecimiento de instituciones que participen como intermediarios financieros respecto de esta clase de instrumentos en el mercado local permitiendo, en definitiva, el establecimiento de un mercado local, formal y regulado de derivados que garantice acceso y transabilidad de dichos instrumentos por grandes, pequeñas y medianas empresas.

1.2. Efectos Tributarios de los Derivados

Hasta la fecha en que entró en vigencia la ley 20.544¹³, la determinación de los efectos tributarios de las operaciones con instrumentos derivados financieros había quedado entregada a la aplicación de las reglas generales sobre ingresos y gastos de la Ley sobre Impuesto a la Renta y al establecimiento de regulaciones particulares por la vía de la interpretación administrativa vinculante en los términos del artículo 26 del Código Tributario.

¹² DIARIO DE SESIONES DEL SENADO, Legislatura 359ª, sesión 22ª en 1 de Junio de 2011, Intervención del Ministro de Hacienda Sr. Felipe Larraín, página 110.

¹³ Esto es el 1º de enero de 2012, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1º transitorio de la ley 20.544 de 22 de octubre de 2011.

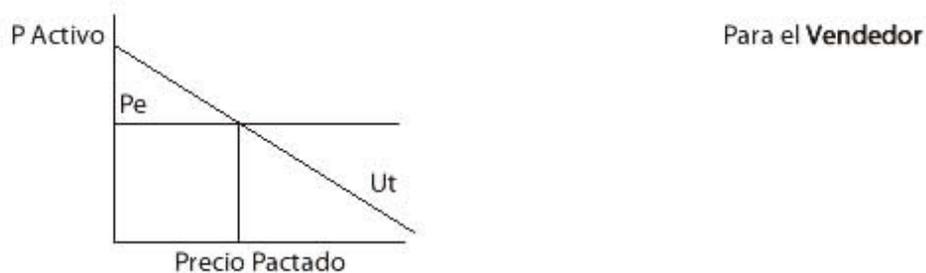
En general, podemos decir que los contratos de derivados se liquidan por diferencia, es decir, al vencimiento de un futuro o al ejercerse una opción de compra de dólares a un precio de 450 CLP, el vendedor, en lugar de ir al mercado a comprar dólares a un precio unitario de 500 CLP para luego poder venderlos en 450 CLP, le paga directamente al comprador la diferencia de 50 CLP por cada dólar que se había comprometido a vender. En estos casos existe únicamente una obligación de dar de parte del obligado.

Para entender cómo opera cada derivado, lo más práctico es entender económicamente cada operación y su potencial de ganancia o pérdida.

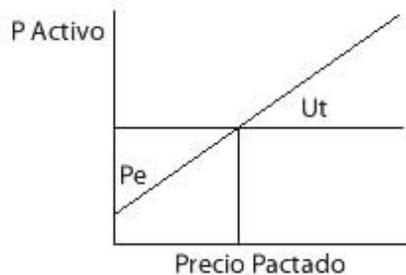
1.2.1. *Forwards* y Futuros

Los *forwards* son derivados OTC¹⁴ donde se acuerda una cantidad, un precio o una tasa que se hará exigible en un plazo futuro determinado. Llegado el plazo, debe realizarse la operación en las condiciones pactadas. Los futuros son lo mismo que los *forwards*, pero las condiciones no se negocian “en el mesón” sino que son estándar, circunstancia que determina que su transabilidad sea mayor y más simple.

Si pudiéramos graficar los efectos de un futuro o un forward, ellos serían como sigue:



¹⁴ OTC obedece a la expresión *Over The Counter* y dice relación con el hecho de ser negociados con el intermediario “en el mesón”, lo que determina que estos son hechos “a medida” de las necesidades del tomador.



Para el **Comprador**

Como puede advertirse, si el precio de mercado del activo respectivo el día de la liquidación (P) es superior al precio pactado en el contrato (PP) el comprador experimenta una utilidad o ganancia (Ut) por la diferencia que resulte de restar a P el PP , mientras que el vendedor experimenta una pérdida (Pe) de la misma medida. Por el contrario, si P es inferior al PP , el comprador experimenta una Pe por la diferencia que resulte de restar al PP el P , mientras que el vendedor experimenta una Ut de la misma medida.

1.2.2. Opciones

En las Opciones se otorga al tomador el derecho y no la obligación a comprar o a vender un activo en el futuro¹⁵ a un precio convenido mediante el pago de un precio o prima. La opción de comprar se llama opción call y la opción de vender se llama opción put.

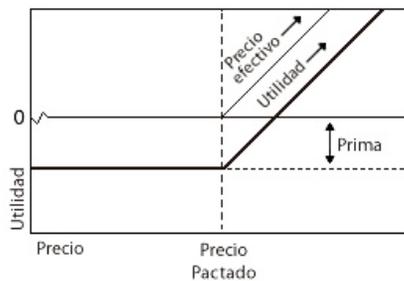
Quien compra o toma la opción (sea esta call o put) asume un riesgo equivalente al precio de la prima, mientras que el vendedor o lanzador asume un riesgo, en principio, ilimitado.

En el caso de una opción call (opción para comprar) el comprador (tomador) empieza con un gasto por la opción (la prima) que puede liquidar en el futuro a un

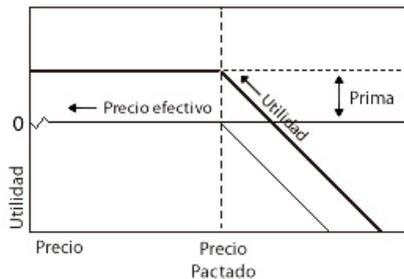
¹⁵ En relación con la oportunidad para ejercer la opción se distinguen distintos tipos de opciones, las que se pueden ejercer: sólo en la fecha de su vencimiento (opción europea); en un plazo que va desde la fecha de la celebración del contrato hasta la fecha de su vencimiento (opción norteamericana); o en días determinados durante su plazo de vigencia (opción Bermuda).

precio mayor. Si la diferencia que resulte de restar al precio de mercado del activo respectivo el día de la liquidación (P) el precio pactado en el contrato (PP) es superior a cero (o sea si el P es superior a PP), el tomador de la opción call tendrá una utilidad en el punto en que dicha diferencia sea superior a la prima. Por la otra parte, el vendedor (lanzador) de la opción comienza con un ingreso equivalente al monto de la prima el día de la celebración de la opción call que se consolida como utilidad de no ejercerse la opción o que, luego de ejercerse la opción call, puede reducirse (mientras la diferencia que resulte de restar al P el PP sea inferior a la prima) o convertirse en una pérdida (cuando la diferencia que resulte de restar al P el PP sea superior a la prima)

Para el comprador o tomador de una opción call su riesgo se grafica como sigue:

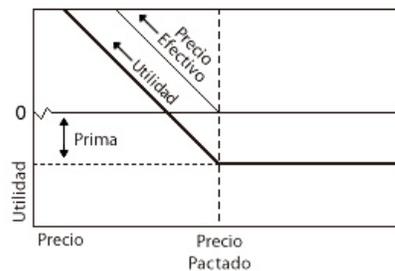


Para el vendedor o lanzador de una opción call su riesgo se grafica como sigue:

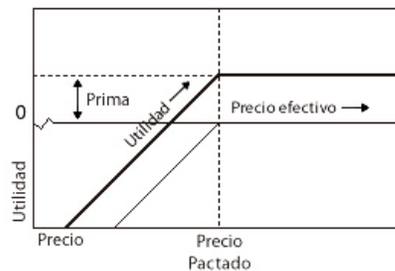


En el caso de una opción put (opción para vender) el tomador empieza con un gasto por la opción (la prima) que puede liquidar en el futuro a un precio mayor. Si la diferencia que resulte de restar al precio pactado en el contrato (PP) el precio de mercado del activo el día de la liquidación (P) es superior a cero (o sea si el PP es superior a P), el tomador de la opción put tendrá una utilidad en el punto en que dicha diferencia sea superior a la prima. Por la otra parte, el lanzador comienza con un ingreso equivalente al monto de la prima el día de la celebración de la opción put, el cual se consolida como utilidad de no ejercerse la opción o que, luego de ejercerse la opción put, puede reducirse (mientras la diferencia que resulte de restar al PP el P sea inferior a la prima) o convertirse en una pérdida (cuando la diferencia que resulte de restar al PP el P sea superior a la prima)

El riesgo del comprador o tomador de una opción put puede graficarse como sigue:



A su vez, el riesgo del vendedor o lanzador de una opción put puede graficarse como sigue:



1.2.3. Swaps

En los contratos de **swap** las partes comprometen flujos futuros recíprocos en fechas determinadas (una serie de *forwards* o futuros sucesivos y recíprocos, pudiendo en las fechas –ubicadas entre el momento de la celebración o tiempo “0” y la fecha de vencimiento del contrato o tiempo “V”-de pago haber utilidad o pérdida).



En cualquier evento, en todos los casos antes descritos, los derivados son liquidados por diferencia quedando la utilidad generada gravada con impuesto de primera categoría y siendo cuestionables, en principio, los gastos generados por las pérdidas sufridas como producto de la liquidación del derivado.

Respecto de las pérdidas ¿son deducibles dichas pérdidas como gastos? En principio existe un problema con los requisitos generales del gasto ya que la operación con el derivado no es, por regla general, del giro de la empresa y, conforme a lo establecido en el artículo 31 de la Ley sobre Impuesto a la Renta, para poder rebajar el desembolso como gasto, éste debe generarse con motivo de actividades del giro de la empresa. Dado que, normalmente, un derivado celebrado con motivo de cobertura es acordado por personas cuyo giro no incluye la celebración de instrumentos financieros, no se cumpliría, en principio, con dicho requisito, especialmente si esta se deriva del pago de una prima por una opción que no se ejerció.

2. Reforma y Tratamiento Tributario de los Derivados

La Ley N° 20.544 de 22 de octubre de 2011, que regula el tratamiento tributario de los instrumentos derivados (la Ley), contempla (1) un tratamiento común para los derivados y (2) un tratamiento especial para la transferencia de opciones.

2.1. Tratamiento Común para los Derivados

Para efectos del análisis del tratamiento tributario común propuesto por la Ley, hemos dividido esta sección conforme a los elementos de la obligación tributaria.

2.1.1. Hecho gravado

El hecho gravado genérico corresponde a los ingresos generados como consecuencia de la celebración, contratación, cesión de la posición contractual o compensación de derivados, los que se consideran rentas del artículo 20 N° 5 de la Ley sobre Impuesto a la Renta¹⁶.

Para efectos de la aplicación de la Ley, el artículo 2 de la Ley define lo que debe entenderse por derivados para efectos de ésta, estableciendo una definición específica al enumerar los actos jurídicos que considera derivados (numeral 1), y una definición genérica por la vía de la explicitación de las características que deben reunir los contratos que no obstante no estar enumerados en el numeral 1 deben ser considerados como derivados para efectos de la determinación de sus efectos tributarios (numerales 2 y 3). Acto seguido, el artículo 2 de la Ley enumera una serie de contratos que no obstante poder ser calificados dentro de la definición genérica, no son considerados derivados para efectos de la determinación de sus efectos tributarios (numeral 4).

¹⁶ Ley N° 20.544. CHILE. Regula el tratamiento tributario de instrumentos derivados. Diario Oficial, 22 de octubre de 2011. Artículo 4°, inciso 2°.

Respecto de la posibilidad de deducir los gastos generados como consecuencia de la celebración, contratación, cesión de la posición contractual o compensación de derivados, se exime del requisito general de los gastos referido a que el mismo deba originarse de las actividades del giro de la empresa¹⁷.

Respecto de la posibilidad de deducir los gastos en el caso de **pagos al exterior**, debe estarse a lo dispuesto en el artículo 6° de la Ley que, además de sujetarlos a los requisitos generales de los gastos (con excepción de la relación con el giro de la empresa referido precedentemente), establece dos condiciones copulativas que deben satisfacerse: (a) el lanzador no debe ser residente de, o estar domiciliado en, un paraíso tributario; y (b) los instrumentos deben haber sido adquiridos en bolsas de valores nacionales reconocidas por la Superintendencia de Valores y Seguros, o incluso adquiridos fuera de bolsa, pero conforme a modelos utilizados habitualmente. Aquellas deducciones que se realicen por pagos al exterior sin cumplir los requisitos establecidos en el artículo 6° de la Ley, la sanción es que el gasto será considerado rechazado, aplicándose en consecuencia el impuesto sancionatorio del artículo 21 de la Ley sobre Impuesto a la Renta respecto de los montos rebajados indebidamente.

2.1.2. Sujetos

Serán sujetos pasivos del impuesto los Contribuyentes domiciliados o residentes en Chile, o Contribuyentes del artículo 58 N°1 de la Ley sobre Impuesto a la Renta, y las personas naturales o jurídicas sin domicilio ni residencia en el país respecto de rentas de fuente Chilena en los términos del artículo 3° de la Ley.

El sujeto activo del impuesto, conforme a lo dispuesto en el artículo 1° de la Ley sobre Impuesto a la Renta, es el Fisco.

¹⁷ Ley N° 20.544. CHILE. Regula el tratamiento tributario de instrumentos derivados. Diario Oficial, 22 de octubre de 2011. Artículo 5°, numeral 2°.

2.1.3. Devengo

Por regla general, los Contribuyentes de los impuestos aplicables a derivados deberán reconocer las utilidades o pérdidas¹⁸ que se generen sobre base percibida¹⁹.

Los Contribuyentes de primera categoría que determinen sus rentas con contabilidad completa deberán valorizar sus inversiones en derivados con un modelo *mark-to-market*²⁰, esto es, registrando en su contabilidad tales derivados a su “valor justo o razonable” al momento de la celebración del contrato e indicando al mercado el valor de su inversión al cierre de cada ejercicio tributario independiente de su realización, debiendo valorizar las inversiones que mantengan en derivados al final del ejercicio respectivo conforme al justo valor de la inversión al término del ejercicio²¹.

Consecuentemente, al término del ejercicio, el Contribuyente deberá reconocer las diferencias positivas o negativas que se produzcan como utilidad o pérdida del ejercicio²², mientras que el costo así reajustado será la base para determinar si existe una utilidad o pérdida en el ejercicio siguiente o aquel en que se liquide el derivado²³.

2.1.4. Base Imponible y Tasa

La base imponible para efectos de la Ley corresponde al mayor valor generado como consecuencia de la celebración, contratación, cesión de la posición contractual o compensación de derivados.

¹⁸ Conforme a lo definido en los numerales 1° y 2° del artículo 5° de la Ley 20.544.

¹⁹ Ley N° 20.544. CHILE. Regula el tratamiento tributario de instrumentos derivados. Diario Oficial, 22 de octubre de 2011. Artículo 5°, numeral 3°.

²⁰ BRUNSON, Samuel D., “Elective taxation of risk-based financial instruments: a proposal”, Houston Business and Tax Journal (2008), páginas. 19 y ss.

²¹ Ley N° 20.544. CHILE. Regula el tratamiento tributario de instrumentos derivados. Diario Oficial, 22 de octubre de 2011. Artículo 5°, numeral cuarto, literal (i).

²² Ley N° 20.544. CHILE. Regula el tratamiento tributario de instrumentos derivados. Diario Oficial, 22 de octubre de 2011. Artículo 5°, numeral cuarto, literal (ii).

²³ Ley N° 20.544. CHILE. Regula el tratamiento tributario de instrumentos derivados. Diario Oficial, 22 de octubre de 2011. Artículo 5°, numeral cuarto, literales (ii) y (iii).

En cuanto a la tasa, esta será la que corresponda al impuesto aplicable al Contribuyente en cuestión según si se trate de un Contribuyente de primera categoría que determine sus resultados conforme con contabilidad completa²⁴, un Contribuyente de impuesto global complementario²⁵ o un Contribuyente de impuesto adicional²⁶.

2.2. Tratamiento de Enajenación de Opciones

Las opciones tienen dedicado un párrafo especial titulado “*Normas aplicables a las opciones*”. En el artículo 7 de la Ley se define el concepto de *opciones*²⁷; en el artículo 8° se establece que la forma de reconocer ingresos de opciones para el *tomador* que determine sus rentas de primera categoría con contabilidad completa es igual al régimen general aplicable a los derivados, debiendo valorizar la opción que mantuviere al cierre del ejercicio conforme a su “valor justo o razonable”, aclarándose respecto de las opciones de compra (opción *call*) que el costo de adquisición del activo subyacente será el precio pactado en el contrato más los desembolsos incurridos en la celebración del mismo, en la medida que no hubieren sido deducidos previamente²⁸. Respecto del *lanzador* (emisor o vendedor) de la opción, este debe reconocer como utilidad el ingreso correspondiente al monto de la prima al momento de la celebración del contrato²⁹.

El artículo 9° de la Ley contempla reglas aplicables en el caso que la opción sea transferida a un tercero generando ganancias o pérdidas. En tal caso, para efectos de determinación de la ganancia o pérdida, se considerará como costo de la opción el

²⁴ A quienes se aplica la tasa del artículo 20 de la Ley sobre Impuesto a la Renta.

²⁵ A quienes se aplica la tasa del artículo 52 de la Ley sobre Impuesto a la Renta.

²⁶ A quienes se aplica la tasa del artículo 60 de la Ley sobre Impuesto a la Renta.

²⁷ “[...] se entenderá por opción aquel instrumento derivado que en virtud del pago de un precio o prima otorga a su poseedor o titular, que para efectos de esta ley se denominará tomador, el derecho, pero no la obligación, para comprar o vender un activo a un precio determinado y durante un período de tiempo acordado, o al término de una fecha prefijada. La parte que asume la obligación de perfeccionar la transacción en caso que el tomador ejerza su derecho bajo opción, se denominará lanzador para efectos de esta ley.”

²⁸ Ley N° 20.544. CHILE. Regula el tratamiento tributario de instrumentos derivados. Diario Oficial, 22 de octubre de 2011. Artículo 8°, numeral 2°, literal c).

²⁹ Ley N° 20.544. CHILE. Regula el tratamiento tributario de instrumentos derivados. Diario Oficial, 22 de octubre de 2011. Artículo 8°, numeral 3°.

precio de ejercicio estipulado en el contrato más los desembolsos incurridos en la celebración del contrato (en la medida que no hubieran sido previamente rebajados), debidamente valorizados a valor justo o razonable de conformidad con el artículo 8°, numeral 2 de la Ley, y como valor de cesión el precio pactado al efecto. Los ingresos obtenidos como producto de las cesiones o transferencias que efectúen los tomadores de opciones, se gravarán con los impuestos de Primera Categoría, Global Complementario o Adicional, según corresponda, siempre que tales rentas deban gravarse de conformidad con las disposiciones de la presente Ley.

3. Norma de Control Propuesta

La norma de control se encuentra en el artículo 12 de la Ley y tiene el siguiente texto propuesto:

“ Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 21 y siguientes del Código Tributario, el Servicio de Impuestos Internos verificará el cumplimiento de los requisitos y condiciones señalados en esta ley. Para estos efectos, y cuando una o un conjunto de transacciones con derivados sea similar a otra transacción u operación, dicho Servicio deberá aplicar los impuestos que correspondan a dichas transacciones. Para que esto proceda, el Servicio deberá establecer, de manera fundada, que la respectiva operación no ha obedecido a una legítima razón de negocios y que existen razones fundadas para determinar que mediante su celebración se ha pretendido como propósito encubrir un retiro de utilidades tributables o un crédito que debió tributar de acuerdo a las disposiciones de la Ley sobre el Impuesto a la Renta.

En estos casos, el Servicio de Impuestos Internos, previa citación del contribuyente, practicará las liquidaciones o resoluciones que procedan, las que deberán indicar en forma precisa la causal, circunstancias y razones en que se fundan, teniendo el contribuyente afectado el derecho a reclamar en contra de la totalidad o de alguna de las partidas o elementos de dicha liquidación o resolución, según las reglas generales, y mientras se encuentre pendiente la decisión de las mismas no se devengarán los intereses moratorios que establece el Código tributario.”

Respecto de la norma de control algunos comentarios: en primer lugar, se trata de una norma donde se faculta al Servicio de Impuestos Internos (SII) para fiscalizar el cumplimiento de las obligaciones contempladas en la Ley respecto de los Contribuyentes que celebren operaciones que involucren derivados financieros; en segundo lugar, se faculta al SII para revisar las transacciones desarrolladas por los Contribuyentes y recalificarlas cuando estas sean similares a otras transacciones u operaciones gravadas con impuestos; tercero, para poder recalificar las operaciones con derivados, el SII debe probar que la operación realizada no ha tenido como propósito encubrir un retiro de utilidades tributables o un crédito que debió tributar de acuerdo a las disposiciones de la Ley sobre Impuesto a la Renta.

Respecto de la facultad del SII de fiscalizar las obligaciones de los Contribuyentes que celebren operaciones de derivados, ésta se consagra en el artículo 13 de la Ley, en que se establece una serie de obligaciones accesorias para los Contribuyentes: (i) la necesidad de presentar, en la forma y plazo que determine el SII, una o más declaraciones juradas (según dicho organismo lo estime pertinente), para los efectos de la fiscalización de los impuestos que correspondan, con la información y antecedentes que requiera acerca de sus operaciones de derivados; (ii) mantención de un registro de operaciones de derivados; y, (iii) mantención de la documentación que dé cuenta de las transacciones realizadas.

Respecto de la posibilidad de recalificar las operaciones realizadas, puede advertirse que debido al reemplazo de las reglas generales aplicables a ingresos y gastos (el devengo difiere –por regla general se aplica base percibida- y también los requisitos del gasto difieren –no se requiere que sean del giro de la empresa-), pareciera establecerse una economía de opción para los Contribuyentes quienes, de emplear instrumentos derivados, podrían optar por diferir o anticipar ingresos o gastos, pudiendo, según dicha elección, incidir en la carga impositiva que les pueda resultar aplicable en el corto plazo³⁰. Esta aparente economía de opción, como la hemos denominado, puede dar lugar a la recalificación conforme a la norma de control cuando el contribuyente intente hacer pasar dividendos o intereses sujetos a impuestos por derivados no sujetos a impuestos.

3.1. Recalificación: Interpretación de Fondo sobre Forma

En la práctica, la norma de control propuesta permite a la autoridad tributaria realizar un *análisis de fondo sobre forma* o, si se quiere, una interpretación económica del hecho gravado³¹ en cuanto sostiene que “[...] cuando una o un conjunto de transacciones con derivados sea similar a otra transacción u operación, dicho Servicio deberá aplicar los impuestos que correspondan a dichas transacciones [...]”.

³⁰ En otras palabras, las diferencias debieran ser temporarias, siendo su efecto neto a largo plazo neutro.

³¹ Si una operación produce un determinado efecto económico, se configura el hecho gravado.

La interpretación económica referida puede entrar en conflicto con el principio de legalidad del hecho gravado³². No debe olvidarse que el hecho gravado es un presupuesto de hecho establecido en la ley cuyo acaecimiento da origen a la obligación tributaria y cuya configuración queda dada por el legislador. Se sigue, en consecuencia, que de establecerse un presupuesto de hecho específico respecto de los derivados financieros, la celebración de un contrato respecto de alguna forma de derivados generará los efectos tributarios que la norma general de la Ley le atribuya en relación con los elementos personal, espacial, temporal y material de la obligación tributaria, no pareciendo en principio lícito que la autoridad tributaria pueda entrar a recalificar la naturaleza jurídica de las operaciones realizadas por el Contribuyente respectivo sobre la base de la intención que éste perseguía con la celebración de la operación en cuestión.

Sin embargo, la norma de control permite a la autoridad tributaria indagar la intención del Contribuyente a la hora de celebrar el instrumento derivado que correspondiere y, en aquellos casos en que estimara que “[...]la respectiva operación no ha obedecido a una legítima razón de negocios y que existen razones fundadas para determinar que mediante su celebración se ha pretendido como propósito encubrir un retiro de utilidades tributables o un crédito que debió tributar de acuerdo a las disposiciones de la Ley sobre el Impuesto a la Renta”, deberá, previa citación del Contribuyente, recalificar la operación, liquidando los impuestos que correspondan a la operación determinada, indicando “[...] en forma precisa la causal, circunstancias y razones en que se fundan [...]” a efectos de salvaguardar los derechos del Contribuyente.

¿Es legítimo establecer limitaciones a las economías de opción por la vía de normas de control como la propuesta? Las demás normas de control tributario permiten desde ya a la autoridad fiscal tasar operaciones cuando estas se realizan a un precio

³² STREETER, Jorge, La Interpretación de la Ley Tributaria. Revista de Derecho Económico Año VI, N° 21 y 22. 1968, página 36.

inferior a su valor de mercado³³, en algunos casos cuando se desarrollan a precios superiores a los de mercado³⁴ o cuando los precios entre partes relacionadas escapan de la regla *arm's length*^{35 36}, pero no le permiten recalificar la operación. La única norma que permite dicha recalificación corresponde al artículo 97 numeral cuarto del Código Tributario que contempla una facultad similar a la empleada por la norma de control aludida, pero aplicable a actividades derechamente evasivas.

El problema viene dado por el hecho que al establecerse una norma de tributación de derivados más favorable que la dada a las operaciones ordinarias, atendido el sinnúmero de objetos sobre los que puede versar un instrumento derivado, existe un incentivo bastante grande para que los Contribuyentes contraten derivados a fin de adelantar pérdidas o diferir ingresos. Por otra parte, si existe escasa publicidad de los instrumentos derivados celebrados por los Contribuyentes, en la práctica, a éstos les es posible incurrir en abusos por la vía de la celebración de derivados para “cuadrar” sus resultados.

Si se le otorga al Contribuyente el derecho a optar por un tratamiento tributario más favorable (en el evento de calificar el contrato que celebre como un contrato derivado), parece razonable que la autoridad administrativa tributaria disponga de normas de control que permitan verificar la existencia y efectividad de las circunstancias de dichos contratos derivados celebrados por los Contribuyentes. La pregunta es ¿son insuficientes las normas de control generales contempladas en el ordenamiento jurídico tributario nacional para hacer frente a esta tarea? Si se entiende que lo son, y en este caso alguien entendió que lo son, parece razonable establecer normas de control adicionales. ¿Cuál sería una norma de control adecuada al efecto?

³³Decreto Ley N° 830. CHILE. Código Tributario. Diario Oficial, 31 de diciembre de 1974. Artículo 64°. Actualizado a 21 de enero de 2010.

³⁴Decreto Ley N° 824. CHILE. Ley sobre impuesto a la renta. Diario Oficial, 31 de diciembre de 1974. Artículo 17, N°8, inciso 5°.

³⁵Decreto Ley N° 824. CHILE. Ley sobre impuesto a la renta. Diario Oficial, 31 de diciembre de 1974. Artículo 38.

³⁶ Sobre el principio *arm's length* ver RUSSO, Rafaelle. La aplicación del principio *Arm's Length* a las operaciones dentro de la misma empresa: vuelta a los orígenes, páginas. 39-59, **En:** Revista de Derecho Tributario / Asociación Venezolana de Derecho Tributario.-- Caracas : Legis Editores, 106 (abril-mayo-junio) (2005)

Pues bien, el problema de las economías de opción generadas por los instrumentos derivados, si bien es nuevo en Chile, a nivel comparado existe hace bastante tiempo, y es precisamente en legislaciones comparadas donde se ha inspirado la norma de control chilena.

3.2. Origen de la norma en Chile

La redacción de la norma de control de la Ley obedece a la incorporación en la normativa tributaria nacional, de principios propios de legislaciones comparadas, que ha sido luego limitado por la incorporación de requisitos adicionales propios de la que, pudiéramos llamar, idiosincrasia tributaria local, y que en la práctica debe satisfacer la administración tributaria a efectos de comprobar la “mala fe” del Contribuyente en relación con la celebración del instrumento derivado respectivo.

Así, resulta necesario indagar en el derecho comparado para conocer el sentido y alcance que tiene esta norma y el propósito de la misma, para luego hacer un somero análisis de la legítima razón de negocios referida en el artículo 64 del Código Tributario a efectos de analizar los requisitos copulativos que deben concurrir para que se haga aplicable la norma de control contemplada en la Ley.

3.2.1. Legislación Comparada³⁷.

Debido a la flexibilidad inherente de los instrumentos derivados, se han establecido normas para evitar o limitar los abusos de parte de los Contribuyentes. Entre las normas “anti abuso” contempladas por el derecho norteamericano se encuentran las normas de *constructive sale*, las de *straddle*, las de *substance over form* y las de *step transaction doctrine*.

³⁷ BRUNSON, Samuel D., Ob. Cit., páginas 8-9.

3.2.1.1. Constructive sale³⁸.

De acuerdo con las normas de constructive sale, un inversionista que cubre una posición financiera apreciada hasta el punto en que virtualmente no tiene riesgos a favor o en contra respecto de su inversión, será tratado como si la hubiera enajenado. En otras palabras, será tratado como si hubiera enajenado su inversión aún cuando la mantenga, y deberá reconocer una ganancia (pero no la pérdida) bajo las normas de la *constructive sale*.

Esta norma de control apunta a situaciones específicas de arbitraje, por lo que si bien puede servir en etapas de desarrollo posteriores, parece innecesaria en la actualidad y resulta de cuestionable aplicación teniendo en cuenta el principio de realización de las inversiones (conforme al cual la ganancia debe reconocerse al momento de la enajenación de un activo cuyo valor de mercado es superior a su costo).

3.2.1.2. Straddle³⁹.

Las normas de straddle tienen lugar cuando un inversionista mantiene inversiones de riesgo (en derivados) que se compensan con respecto a su propiedad personal y estas posiciones limitan sustancialmente el riesgo de pérdida del inversionista. De este modo, un inversionista puede experimentar una pérdida en un instrumento solo en la medida que esta exceda de la ganancia que tiene en el otro instrumento.

Al igual que ocurriría con las normas de *constructive sale*, las normas de *straddle* permitirían limitar abusos en relación con el empleo de pérdidas que provengan de instrumentos derivados contratados con objeto de compensar resultados, pero parece innecesario en la medida que las fechas de vencimiento sean idénticas y que el tenedor de los instrumentos sea el mismo Contribuyente, ya que en dichos eventos, el

³⁸ BRUNSON, Samuel D., Ob. Cit.

³⁹ BRUNSON, Samuel D., Ob. Cit. página 9.

efecto neto sería neutro, especialmente en la medida que el Contribuyente siga la misma aproximación *mark-to-market* respecto de ambos instrumentos⁴⁰.

3.2.1.3. *Substance over form*⁴¹.

Esta doctrina anti abuso, que tiene un fundamento equivalente al de la interpretación económica del hecho gravado, se basa en la premisa de que si dos transacciones tienen el mismo resultado económico ambas debieran estar sujetas a la misma carga tributaria.

En relación con esta concepción, equivalente a una interpretación económica del hecho gravado, cabe hacer presentes las prevenciones relativas al principio de legalidad del hecho gravado y la eventual inconstitucionalidad de su aplicación, conforme se explicó precedentemente en la sección 3.1.

3.2.1.4. *Step transaction doctrine*^{42 43}.

Esta doctrina anti abuso, que corresponde a una elaboración de la doctrina de substancia sobre forma, sostiene que en el evento que una serie de actos o transacciones de una transacción integrada, formalmente distintos y separados, éstos se considerarán como una sola transacción cuando la multiplicidad de actos ha sido motivada exclusivamente por consideraciones tributarias. De este modo, si la multiplicidad de actos tuviera los mismos efectos que otra operación sujeta a una tributación mayor, dicha tributación mayor debiera también ser aplicada a la serie de actos o transacciones considerada como una única operación.

Existen tres criterios para aplicar esta doctrina: (1) el criterio del *acuerdo vinculante*⁴⁴, por medio del cual se investiga si las partes tenían la obligación de

⁴⁰ Ver Supra sección 2.1.3.

⁴¹ Commissioner v. Court Holdins, Co. 324 US 331 (1945) citado en THURONYI, Victor. Comparative Tax Law. EE.UU. Kluwer International, páginas 169 y ss.

⁴² McDonald's Restaurants of Illinois, Inc. v. Commissioner, 688, F.2d 520, (7th Cir, 1982) citado en THURONYI, Victor, ob cit.

⁴³ Ver Gregory v Helvering, 293 US 465 (1935).

realizar todas las etapas de la transacción integrada sujeta a análisis; (2) el criterio de la *interdependencia mutua*⁴⁵, por medio del cual se investiga si la transacción completa no produciría efectos jurídicos deseados sin la realización de todos los actos independientes de manera interrelacionada; y (3) el criterio de la *intención o resultado final*⁴⁶, donde se indaga la intención de cada uno de los actos independientes. Si cada uno de los actos independientes no tiene por objeto sino servir de base para el siguiente, estos pueden analizarse como conjunto.

Esta doctrina, por ser una derivación de la doctrina de *substance over form*, es, al igual que ésta, cuestionable sobre la base del principio de legalidad del hecho gravado.

3.3. Limitaciones de la Norma de Control.

Como puede advertirse, la amplitud de la norma de control contemplada en el artículo 12 de la Ley, que corresponde a una verdadera aplicación de la *step transaction doctrine*, en la práctica está sujeta a una serie de cortapisas operativas que funcionan como verdaderas limitaciones para la misma, restándole eficiencia, pero garantizando un mayor nivel de seguridad jurídica a los Contribuyentes, quienes en principio podrán tener la tranquilidad que la recalificación no tendrá lugar sino cuando copulativamente:

1. Exista similitud con otras transacciones u operaciones;
2. No exista una legítima razón de negocios que justifique el haber realizado la operación por medio de derivados;
3. Existan razones fundadas para estimar que la operación tiene como propósito encubrir retiros de utilidades tributables o créditos que debieran tributar conforme a las normas de la Ley sobre Impuesto a la Renta;
4. Exista una citación previa del Contribuyente; y,

⁴⁴ *Binding commitment test.*

⁴⁵ *Mutual interdependence test.*

⁴⁶ *Intent Test.*

5. Las liquidaciones o resoluciones que se practiquen indiquen en forma precisa la causal, circunstancias y razones en que se fundan.

3.3.1. Similitud con otras Transacciones u Operaciones.

En primer lugar, la norma señala que “[...] *cuando una o un conjunto de transacciones con derivados sea similar a otra transacción u operación, dicho Servicio deberá aplicar los impuestos que correspondan a dichas transacciones*[...]”.

Lo anterior importa que la facultad conferida al SII por la norma de control, si bien pareciera ser obligatorio atendida la inclusión del término “deberá”, en tanto requiere del cumplimiento de cargas y requisitos adicionales por parte del SII, opera discrecionalmente (el ejercicio de la misma es facultativo y no obligatorio); tanto respecto de operaciones simples⁴⁷ como de operaciones complejas⁴⁸ (puede tratarse de una transacción aislada como de un conjunto de operaciones que persiguen el mismo fin); en la medida que produzcan los mismos efectos económicos que otro tipo de operación con un tratamiento tributario distinto.

Consecuentemente, lo primero que el SII deberá hacer en el evento que decida hacer uso de las facultades contenidas por la norma es determinar a qué operación es que la transacción o transacciones con derivados puede asemejarse, comparar la carga tributaria de una y otra y, de diferir, podrá optar por seguir adelante con la determinación de si corresponde o no aplicar la norma de control de la Ley.

3.3.2. Ausencia de una Legítima Razón de Negocios.

Conforme a la norma de control de la ley N° 20.544, el SII deberá recalificar la operación en la medida que “[...] *la respectiva operación no ha[ya] obedecido a una legítima razón de negocios*[...]”

⁴⁷ Donde sería aplicable la doctrina de *substance over form* descrita en la sección 3.2.1.3 precedente.

⁴⁸ Donde sería aplicable la doctrina de *step transaction* descrita en la sección 3.2.1.4. precedente.

El artículo 64 del Código Tributario es el primero que menciona la “legítima razón de negocios” como un requisito para que el SII no pueda emplear sus facultades de tasación respecto de una operación de reorganización empresarial. Al respecto, cabe preguntarse, ¿qué significa la ausencia de una legítima razón de negocios? Y la respuesta que ha dado el SII es que “evitar el pago de impuestos” no es una legítima razón de negocios⁴⁹. Cualquier justificación económica del negocio o acto jurídico que no diga relación con la reducción de los costos de los impuestos se considera, en principio, una legítima razón de negocios y, en lo que dice relación con la celebración de contratos derivados, la función de cobertura se considera siempre una legítima razón de negocios.

Otro asunto es cómo justificar la necesidad de una función de cobertura, pero ello será objeto de un análisis empírico una vez que la norma esté operando. Sobre el particular, puede resultar de interés consultar artículos o estudios que hagan referencia a la justificación de la administración de empresas respecto de la necesidad de contar con derivados financieros ya que estos podrán servir de referencia como “legítimas razones de negocios” sobre el particular⁵⁰.

3.3.3. Deben existir razones fundadas para estimar que la operación tiene como propósito encubrir retiros de utilidades tributables o créditos que debieran tributar conforme a las normas de la Ley sobre Impuesto a la Renta.

La norma sigue señalando “[...] *que exist[a]n razones fundadas para determinar que mediante su celebración se ha pretendido como propósito encubrir un retiro de utilidades tributables o un crédito que debió tributar de acuerdo a las disposiciones de la Ley sobre el Impuesto a la Renta.*”

⁴⁹ Servicio de Impuestos Internos, Circular 68 de 1996

⁵⁰ Ver BENSON, Karen y OLIVER, Barry, Management Motivation for Using Financial Derivatives in Australia. Australian Journal of Management, Vol. 29, N°2 (2004).

Así, si el propósito de la operación ha sido encubrir (a) un retiro de utilidades o (b) un crédito que debió tributar conforme a las reglas generales, sólo entonces podrá la autoridad tributaria recalificar la operación y aplicar a esta los impuestos que correspondan a la “otra transacción” que el SII determine.

Nótese que de no existir la norma de control propuesta no sería aplicable a la operación con derivados la norma del artículo 97 N° 4 del Código Tributario, toda vez que los tipos contemplados en dicha norma exigen que la declaración sea “*maliciosamente incompleta o falsa*”, siendo que en la especie el contrato de derivados no será falso material ni ideológicamente, y puede perfectamente dar lugar a una carga impositiva menor, no siendo en consecuencia cuestionable por el SII sobre la base de dicha norma de control. En otras palabras, la operación con derivados, salvo que sea simulada o materialmente falsa (caso en el cual sí será aplicable el 97 N° 4 del Código Tributario), será cuestionable siempre que tenga un propósito elusivo, en la medida que concurren en la especie los demás requisitos que exige la norma de control en comento.

Comparando la norma de control de la ley N° 20.544 con la norma penal del artículo 97 N° 4 del Código Tributario, cabe hacer notar que ante operaciones que tengan por objeto encubrir retiros de utilidades o un crédito que debió tributar, la primera es de más fácil ejercicio, toda vez que la segunda depende de la facultad exclusiva del Director Nacional del SII de ejercer una acción penal en contra del Contribuyente, debiendo acreditarse, como se dijo previamente, no solo la intención del Contribuyente, sino además la malicia de éste. En este sentido, administrativamente, la herramienta propuesta parece ser más eficiente. Asimismo, la norma de control, salvaguardando los intereses del Contribuyente fiscalizado, tiene un campo de aplicación mayor que el artículo 97 N° 4 del Código Tributario, toda vez que a diferencia de este es aplicable no solo a conductas evasivas sino que también a aquellas elusivas. Lo anterior redundaría en que las acciones que se inicien sobre la base de una y de otra no serán incompatibles en la medida que medie un acto maliciosamente falso, siendo la norma de control una norma de fiscalización, y la norma del artículo 97 N° 4 del Código Tributario una norma que contempla un tipo

penal. Por último, desde una perspectiva práctica, entendiendo que la norma de control de la ley 20.544 se ejerce adecuadamente complementada con las herramientas de fiscalización conferidas por la Ley al SII, pareciera que ésta tendrá un efecto inmediato en la posibilidad de controlar (y por ende limitar abusos) por parte de Contribuyentes que celebran operaciones con instrumentos derivados, los que como hemos mencionado a lo largo de este trabajo, debido a su complejidad, son de más difícil fiscalización y control.

3.3.4. Debe haber Citación previa del Contribuyente.

El inciso 2° del artículo 12 establece la necesidad de una citación previa del Contribuyente para proceder con la liquidación del impuesto en los términos que correspondan a la operación aparentemente eludida por el Contribuyente. Estamos, en consecuencia, frente a un caso de citación previa obligatoria (como las situaciones de los artículos 21, 22 y 27 del Código Tributario), la que de omitirse, hace anulable la liquidación que el SII practique.

3.3.5. Formalidades que deben cumplir las Liquidaciones o Resoluciones que se dicten.

Concluye el párrafo segundo del artículo 12 de la Ley señalando que las liquidaciones o resoluciones que dicte el SII deberán “[...] *indicar en forma precisa la causal, circunstancias y razones en que se fundan* [...]”, lo que importa una verdadera socialización de la investigación desarrollada por el SII, donde este deberá explicar cómo ha adquirido convicción respecto de la concurrencia de los requisitos enumerados en las secciones 3.3.1-3.3.4 precedentes, circunstancia que permitirá al Contribuyente, en definitiva, cuestionar la totalidad o algunas de las partidas liquidadas ante el Tribunal Tributario y Aduanero que corresponda por medio del procedimiento general de reclamo y permitirá, a su vez, que el Tribunal referido pueda tomar conocimiento de la misma para ponderar el mérito de éstas a la luz de los antecedentes proporcionados por el Contribuyente, a efectos de dictar una decisión acertada sobre este respecto.

Por último, cabe hacer notar que mientras no se resuelva el reclamo, no se devengarán intereses moratorios en contra del Contribuyente.

4. Análisis crítico respecto la norma de control y la Ley N° 20.544.

Parece claro que la norma de control tiene un propósito definido en cuanto dota al SII de una herramienta de fiscalización que permite, en teoría, controlar las operaciones elusivas orientadas a encubrir retiros de utilidades tributables o pagar créditos que de otro modo debieran sujetarse a tributación general en aquellos casos en que el Contribuyente ha celebrado instrumentos derivados con efectos económicos de corto plazo idénticos a los que tendría el retiro de utilidades o el pago de un crédito. Parece también claro que con las herramientas de control actualmente existentes en el ordenamiento jurídico tributario nacional, el SII no tendría facultades para controlar dichas situaciones y, en ese sentido, parece adecuado incorporarla.

Sin embargo, la norma de control del artículo 12 de la ley N° 20.544 pudiera ser objetada en cuanto, al incorporar principios de interpretación económica del hecho gravado, podría considerarse que vulnera el principio de legalidad de los tributos, y particularmente, del hecho gravado.

Asimismo, cabe hacer notar que a pesar del lenguaje imperativo empleado respecto de su ejercicio, la norma de control del artículo 12 de la ley 20.544 establece una serie de limitaciones al SII, en cuanto, para hacerla aplicable, debe realizar una investigación previa que permita fundadamente concluir que la contratación del o los derivados por parte del Contribuyente ha obedecido a razones puramente elusivas (particularmente en lo que dice relación con la falta de una legítima razón de negocios) previo a la liquidación del impuesto que estima se intenta eludir por medio de la celebración del (o los) derivado(s) contratado(s) y quedando, en todo caso, resguardada la posición del Contribuyente en cuanto tiene la posibilidad de recurrir en contra de la liquidación referida ante el Tribunal Tributario y Aduanero correspondiente, sin que, por lo demás, se generen intereses moratorios sino hasta que se resuelva el reclamo.

En otras palabras, asumiendo que no hubiera objeciones en cuanto a su legalidad, la norma que en principio parece adecuada, es una regla que tiene un

campo de aplicación bastante limitado y que no permitiría, en la práctica, controlar todas las hipótesis que las economías de opción resultantes de la incorporación de un régimen tributario especial para los instrumentos derivados permiten a los Contribuyentes. Dicho de otro modo, el establecimiento de un régimen especial para estos instrumentos dota a los Contribuyentes de herramientas de planificación que le permiten optar por un régimen tributario más favorable que el general, facultándolos para diferir ingresos o anticipar gastos de modo de manejar sus resultados, con la correspondiente reducción de su carga tributaria de corto plazo, sin que el SII pueda, a partir de la norma propuesta, incidir en la determinación del impuesto a pagar por el Contribuyente sino en un número reducido de situaciones y sujeto, en todo caso, a una carga administrativa importante.

Parece riesgoso abrir la puerta a un sinnúmero de hipótesis sin dotar a la autoridad tributaria de herramientas de fiscalización eficaces que permitan limitar el actuar de un Contribuyente que, legítimamente por lo demás, puede buscar reducir su carga tributaria por medio de esta clase de instrumentos. En este sentido, la incorporación de limitaciones a la facultad de fiscalización, devendrá en un sinnúmero de situaciones (piénsese desde ya en aquellas que dicen relación con las normas de *substance over form*, *step transaction doctrine*, *constructive sale* y *straddle* mencionadas en la sección 3.2.1. en que, si bien van a existir situaciones sin riesgo para el Contribuyente, se diferirá de todos modos el ingreso o se anticipará el gasto según sea el caso y la autoridad tributaria no tendrá herramientas para intervenir).

La aplicación limitada de la norma de control, acompañada de un sistema garantista a favor del Contribuyente y un alto estándar de prueba para que el SII pueda ejercer las limitadas facultades contempladas en la norma del artículo 12 de la Ley, parece peligroso a la luz de la experiencia comparada. Espero que la premura por dotar de competitividad al mercado local de derivados con el firme y valioso propósito de no establecer una desventaja competitiva para los productores e industrias locales no signifique un tortuoso camino de modificaciones legales posteriores para cerrar los vacíos que deja la norma de control de la Ley y permita, simplemente, como se indica

en el mensaje por medio del cual el ejecutivo despachaba el proyecto de ley al congreso, “*dar certeza a los contribuyentes que utilizan estas herramientas*”⁵¹.

⁵¹ Mensaje N° 233.358 de 30 de agosto de 2010 por el cual se inicia el Proyecto, página 3.

CONCLUSION

Luego de desarrollado el trabajo de investigación precedente, podemos concluir que la legislación implementada por medio de la ley N° 20.544 debiera simplificar el cálculo del costo tributario de la contratación de derivados permitiendo, en el mediano plazo, la masificación del uso de esta clase de instrumentos y el establecimiento de mercados formales en Chile donde estos se transen.

Junto con la masificación del uso de estos instrumentos, aumentará el riesgo que los mismos sean empleados por los Contribuyentes con fines de planificación. Cuando así sea, en la medida que el instrumento derivado tenga por objeto encubrir un retiro de utilidades tributable o un crédito que debió tributar conforme a las normas de la ley sobre impuesto a la renta y no obedezca a una legítima razón de negocios, el artículo 12 de la ley N° 20.544 dotará al Servicio de Impuestos Internos de una herramienta especial de fiscalización a efectos de recalificar la operación y aplicar los impuestos que correspondan en la medida que cumpla además con los requisitos formales de citar previamente al contribuyente y explicitar los fundamentos de la recalificación en el acto administrativo que materialice la recalificación.

El proceso de recalificación obedecerá a la lógica de las normas anti abuso norteamericanas de *substance over form* o *step transaction doctrine* analizados según si se ha realizado una o más transacciones con instrumentos derivados, para lo cual creemos puede ser útil tener a la vista la forma en que dichas normas operan a nivel comparado; pero, incluso cuando el Servicio cumpla con todos los requisitos establecidos en la norma de control, su actuación podrá ser cuestionada por el Contribuyente por las vías judiciales y administrativas que correspondan y que en ese tiempo le estén disponibles si éste estima vulnerados sus derechos, en particular en lo que dice relación con el principio de legalidad de los impuestos que, como mencionamos en el trabajo, no resulta en principio compatible con una interpretación económica del hecho gravado.

De más está decir que sobre la base de la legislación implementada por la ley N° 20.544 (y particularmente su artículo 12), el Servicio no podría cuestionar planificaciones que empleen instrumentos derivados con propósitos distintos del encubrimiento de retiros de utilidades tributables o créditos que sujetos a tributación en

los términos de la ley sobre impuesto a la renta, los cuales quedarán fuera del alcance de la norma en análisis, por lo que, no siendo las demás herramientas de fiscalización existentes adecuadas para cuestionar estas operaciones, estimamos que las operaciones con derivados permitirán a los contribuyentes que así lo quieran, adelantar o diferir gastos sobre la base de la valorización de los instrumentos derivados que celebran bajo el modelo de valor justo, abriendo la puerta de este modo a los eventuales problemas de sistemas de tributación electiva que en el derecho comparado las autoridades tributarias han tratado de contener por la vía de las distintas normas anti abuso que a lo largo del tiempo han ido implementando.

En definitiva, celebramos el la iniciativa, celebramos la implementación de una norma de control y celebramos la explicitación de las normas que regulen los efectos tributarios de las operaciones con derivados financieros, pero miramos con cautela la forma en la cual estos instrumentos serán empleados por los Contribuyentes y esperamos que con el tiempo todos temores asociados a los problemas que en contextos comparados han generado a nivel tributario los instrumentos derivados no redunden en abusos al sistema tributario local.

BIBLIOGRAFÍA

BARBIER, Eduardo Antonio, Contratación bancaria, tomo 2. Buenos Aires. Editorial Astrea. 2002

BENSON, Karen y OLIVER, Barry, Management Motivation for Using Financial Derivatives in Australia”, Australian Journal of Management, Vol. 29, N°2 (2004)

BRUNSON, Samuel D., Elective taxation of risk-based financial instruments: a proposal. Houston Business and Tax Journal (2008)

GORODIA, Shefalia. Taxation of Financial Derivatives. Nishith Desai Associates, International Research Center, India.

KNOLL, Michael, The ancient roots of modern Financial Innovation: The early history of Regulatory Arbitrage. (2004) Scholarship of Penn Law. Paper 49.

ROSS, WESTERFIELD, JAFFE. Finanzas Corporativas. México. McGrawHill, Séptima Edición (2005)

RUSSO, Rafaelle. La aplicación del principio Arm's Length a las operaciones dentro de la misma empresa: vuelta a los orígenes. pp. 39-59, **En:** Revista de Derecho Tributario / Asociación Venezolana de Derecho Tributario.-- Caracas : Legis Editores, 106 (abril-mayo-junio) (2005)

SAKSENA, Shashank, Legal Aspects of Derivatives Trading in India. Derivatives Markets in India: 2003

SCHIZER, David M. Inconsistencies, Imbalances, and the Taxation of Derivative Securities: An Agenda for Reform. Borrador de 5 de Enero de 2004.

SCHIZER, David M. Sticks and snakes: derivatives and curtailing aggressive tax planning. EE.UU. Southern California Law Review, Vol 73:1339 (2000).

STREETER, Jorge. La Interpretación de la Ley Tributaria., Revista de Derecho Económico Año VI, N° 21 y 22, 1968.

THURONYI, Victor. Comparative Tax Law. EE.UU. Kluwer International. (2000)