



**EFFECTOS TRIBUTARIOS DE LAS NUEVAS  
NORMAS SOBRE EL EXCESO DE ENDEUDAMIENTO EN VIRTUD  
DE LA REFORMA TRIBUTARIA**

**Parte II**

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

**Alumna: María Isabel Bravo Guzmán  
Profesor Guía: Boris León**

**Santiago, Septiembre 2017**

*mares, agradezco tu confianza en mi.....*

*Entre nubes y*

*Amelia, que con su incansable* *Dedicada a mi papito Raúl y mamita*  
*dejan sin poder retribuirles tanto amor....* *esfuerzo, y generosidad..... me*

## **Índice**

1.	Abreviaturas utilizadas en la Tesis.....	5
2.	Introducción.....	6
2.1.	Planteamiento del Problema.....	7
2.1.1.	Subtemas.....	8
2.2.	Hipótesis de Trabajo.....	10
2.3.	Objetivos.....	11
2.4.	Metodología a desarrollar.....	12
3.	Marco Teórico.....	13
3.2.	Definición de subcapitalización.....	14
3.2.1.	Comentarios comparativos del Modelo OCDE especialmente el artículo N°9 MCOCDE.....	14
3.2.2.	Subcapitalización y BEPS.....	16
3.3.	Acción N° 4 Subcapitalización BEPS.....	16
3.4.	Nociones previas para la Acción N° 15 de los BEPS.....	17
3.4.5.	Comentarios respecto a los límites de la administración tributaria..	18
4.	Desarrollo del contenido.....	19
4.1.	Análisis de los Subtemas.....	19
4.1.3.	Artículo N°2 , N° 4 , N° 5 , N°8, N°9, N°10 , N°15.....	20
5.	Casos.....	25
6.	Conclusiones.....	38
7.	Bibliografía.....	39

## 1. Abreviaturas utilizadas en la Tesis.

BEPS:	Base Erosion and Profit Shifting. (Erosión de base tributaria y transferencia artificial de beneficios).
CDT:	Convenio para evitar la doble tributación internacional.
CIAT:	Centro Interamericano de Administraciones Tributarias.
CVDT:	Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.
EP:	Establecimiento Permanente.
ETA:	Endeudamiento Total Anual.
G20:	Grupo de 8 países más industrializados más 11 países y la Unión Europea (Alemania, Canadá, Estados Unidos, Francia, Italia, Japón, Reino Unido, Rusia constituyen el G8, mientras que los once países restantes son Arabia Saudita, Argentina, Australia, Brasil, China, Corea del Sur, India, Indonesia, México, Sudáfrica y Turquía).
IM:	Instrumento Multilateral.
LIR:	Ley de Impuesto a la Renta.
MCOCDE:	Modelo de Convenio OCDE.
OCDE:	Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE).
ONU:	Organizaciones de las Naciones Unidas.
SII:	Servicio de Impuestos Internos de Chile.
3 X P:	Patrimonio tributario determinado al termino del ejercicio, multiplicado por 3.

## **2. Introducción.**

En el ámbito de la denominada tributación internacional la mayoría de las jurisdicciones fiscales ha desarrollado normas unilaterales y bilaterales para el control de ciertos comportamientos de los contribuyentes que afectan por un lado el nivel de recaudación de impuestos esperado y por otro los principios deseables para un sistema tributario.

Entre tales mecanismos de control se encuentran, entre otros, las reglas de precios de transferencia, las reglas sobre treaty shopping, el control de pagos a paraísos tributarios, las estrategias para pesquisar y desincentivar el uso de planificaciones tributarias agresivas, y en lo que respecta a la presente tesis, el exceso de endeudamiento o subcapitalización.

El exceso de endeudamiento denota una conducta mediante la cual las utilidades de las empresas de un país son transferidas a otras empresas del grupo ubicadas en otras jurisdicciones fiscales en la forma de intereses y costos financieros los que usualmente se ven beneficiados con tasas de impuestos comparativamente más bajas que los dividendos o retiros y/o además sirven de rebaja en la renta imponible de esa empresa.

La incursión en un nuevo mercado supone la utilización de fondos por parte de un inversionista, quien debe ponderar si financia dicha inversión con recursos propios o mediante deudas de terceros. También debe ponderar si los recursos propios los hará efectivos a sus receptores en la forma de capital o en la forma de deudas exigibles.

Usualmente los intereses en comparación con los dividendos se ven beneficiados con tasas rebajadas de impuesto a la renta y además sirven de gasto en la determinación de la renta imponible. Habitualmente tales rentas consistentes en intereses se alocan en territorios o regímenes de baja o nula imposición. Esos sencillos supuestos favorecen la implementación de intrincados esquemas de endeudamiento a objeto de optimizar la carga tributaria.

Es por eso que en la presente tesis se analizara el nuevo artículo 41 F de la LIR<sup>1</sup>, sobre el tratamiento tributario del exceso de endeudamiento comparándolas con la norma derogada del inciso 4º, del N° 1, del artículo 59 de la LIR<sup>2</sup> con especial acento en las debilidades que presentan las actuales normas del artículo 41 F frente a las guías de las OCDE sobre las normas de subcapitalización.

---

<sup>1</sup> Incorporado por el N° 27), del artículo 1º de la Ley N° 20.780. Rige a contar del 1º de enero de 2015.

<sup>2</sup> Las normas anteriores sobre exceso de endeudamiento son derogadas por la letra b), del N° 40, del artículo 1º de la Ley N° 20.780, en concordancia con la letra b), del artículo primero de las disposiciones transitorias de dicha Ley.

## **2.1. Planteamiento del Problema.**

En el Diario Oficial del día 29 de septiembre de 2014 se publica la Ley N°20.780, sobre reforma tributaria que modifica el sistema de tributación de la renta e introduce diversos ajustes en el sistema tributario, innovaciones que vienen a establecer sistemas alternativos de tributación para las empresas de primera categoría que tributan en base al régimen de renta efectiva mediante contabilidad completa, limita el régimen de renta presunta en las actividades de la agricultura, transporte y de la minería . Se derogan franquicias tributarias y, por otra parte, se amplía el universo de contribuyentes para acogerse a un régimen de tributación simplificado, se incorpora por ejemplo el artículo 41 F (Impuesto sobre el exceso de endeudamiento) y, por cierto, se establecen normas transitorias por los años comerciales 2015 y 2016, a fin de que nos fuéramos adecuando a las nuevas normativas que se comenzaron aplicar en definitiva a contar del año 2017.

Con fecha 8 de febrero de 2016 fue publicada la Ley N°20.899, con el propósito de simplificar el sistema de tributación a la renta e introducir perfeccionamientos en otras disposiciones legales tributarias. Mediante el artículo 1º, números 4 y 6 de la Ley N°20.899, se introdujeron algunas modificaciones al artículo 41 F (Impuesto sobre el exceso de endeudamiento) de la Ley sobre Impuesto a la Renta.

Un inversionista al observar un nuevo mercado donde invertir debe ponderar múltiples variables, una de ellas es financiar sus inversiones con aporte de capital o mediante deudas exigibles.

**El problema es que en ocasiones se establecen esquemas de endeudamiento agresivos que hacen que la empresa local nunca determine utilidades tributables o las que determine no se condicen con el tamaño del contribuyente y su posición relativa en el mercado que desarrolla su actividad. Es así que se analizara las nuevas normas de control y, su enfoque que consiste en relacionar un conjunto de deudas sujetas a control con el patrimonio de la empresa de acuerdo al nuevo artículo 41 F, y tomando en cuenta que somos miembros de la OCDE, vamos a intentar recoger el planteamiento de esta que habla del crecimiento y la**

**competencia sin distorsionar el principio básico de equidad en forma tal que las multinacionales no tengan grietas legales que les permitan aventajar a las empresas locales.**

### **2.1.1. Subtemas.**

En relación a La Ley N° 20.780 que derogó la antigua normativa sobre el exceso de endeudamiento contenidas en el inciso 4° del N° 1 del artículo 59 de la LIR, e incorporando su nueva regulación en el artículo 41F del mismo cuerpo legal, surgen el siguiente cuestionamiento:

- i. La normativa chilena de subcapitalización o sobreendeudamiento, aunque fue perfeccionada por la Reforma Tributaria del 2014, tiene o no incorporadas las recomendaciones dadas por el informe BEPS<sup>3</sup>, que realizó la OCDE en el año 2012.

Haremos también, una comparación de si aún es posible encaminar la legislación vigente asimilando algunas normas legales de otros países miembros de la OCDE, que intentaron resolver los efectos de la subcapitalización.

Las empresas son libres de pactar las condiciones y operaciones que estimen convenientes en uso de su autonomía de voluntad. Sin embargo, en ocasiones se establecen esquemas de endeudamiento agresivos que hacen que la empresa local nunca determine utilidades tributarias. (Villalón, 2014)

El exceso de endeudamiento también provoca problemas en la recaudación. La empresa situada en Chile no genera ingresos tributarios, no paga impuestos personales, tampoco se producen rentas gravables a nivel de los propietarios. Más aún, si la situación de exceso de endeudamiento se extrema al punto de provocar

---

<sup>3</sup> El proyecto BEPS fue encomendado a la OCDE para asegurar que el sistema tributario internacional promoviera el crecimiento y la competencia sin distorsionar el principio básico de equidad de forma tal que las multinacionales se aprovechen de ventajas en desmedro de las empresas nacionales.

constantes pérdidas tributarias, y sumados a otros esquemas tributarios de interés, éstas podrían utilizarse para invocar el beneficio de pago provisional por utilidades absorbidas previsto en el Art.31 N°3 de la LIR. (Villalón, 2014)

Podría verse afectada la equidad horizontal del sistema tributario, es decir, empresas con operaciones similares o que sean competidores directo de una compañía que establezca esquemas agresivos de endeudamiento desde un punto de vista financiero y económico irremediamente quedan en desventaja con ésta. Los flujos de cajas de estas empresas soportan la carga tributaria prevista por la Ley tributaria mientras que la sociedad que establece un esquema agresivo se ve beneficiada con el exceso de endeudamiento. (Villalón, 2014)

Frente al problema así expuesto, y en el entendido que se trata de una conducta indeseada para el bienestar de la sociedad, la mayoría de los países ha implementado un conjunto de reglas que regulen de manera directa o indirecta el fenómeno. En Chile y en varios países miembros de la OCDE, la autoridad tributaria ha implementado restricciones a los niveles de endeudamiento. Estos niveles máximos son generalmente definidos como el ratio entre deuda y capital tributario. En la literatura académica se encuentra referenciado como “thin capitalisation”. Estos niveles restringen el valor de la deuda a ser considerada como la base de cálculo para determinar los niveles máximos de gastos de interés para ser considerados como razonables. En la actualidad en Chile se ha definido un máximo de 3 para éste ratio de deuda a capital tributario.

Sin perjuicio de esto, hay obras que tratan los efectos tributarios que derivan de esquemas agresivos del exceso de endeudamiento bajo las derogadas reglas generales de control que fueron introducidas en el Artículo 59 de la Ley de la Renta mediante la Ley 19.738 denominada de Lucha contra la evasión<sup>4</sup>. En este sentido podemos mencionar la siguiente doctrina: Circulares del Servicio de Impuestos Internos N°12 del 30 de enero de 2015 y N°34 del 07 de junio de 2016, las cuales, ambas circulares comentan respectivamente las modificaciones

---

<sup>4</sup> Publicada en el Diario Oficial de 19 de Junio de 2001.

efectuado a la LIR, con la entrada en vigencia a partir del 1º de enero de 2015 del nuevo artículo 41F incorporado por la Ley N°20.780, y su posterior modificación mediante la Ley N°20.899.

Es así, como la escasez de doctrina y jurisprudencia sobre las recientes modificaciones introducidas por la Reforma Tributaria del 2014, y la Ley de simplificación del sistema de tributación del 2016, han generado inconvenientes, puesto que estamos en presencia de una reforma compleja y engorrosa, por lo tanto, este trabajo pretende examinar las nuevas normas del artículo 41 F, y poder demostrar con ejemplos prácticos si efectivamente las actuales normas son más restrictivas para las empresas, a la luz de una futura Reforma Tributaria con el enfoque y lineamientos en las guías de la OCDE para estos tipos de planificaciones agresiva.

## **2.2. Hipótesis de Trabajo.**

La hipótesis del trabajo consiste en validar la siguiente interrogante:

- i. ¿La normativa chilena de subcapitalización o sobreendeudamiento, aunque fue modificada por la Ley N° 20.780 y perfeccionada con la Ley N° 20.899, converge o no en su totalidad con las recomendaciones efectuadas por la OCDE?

La mayor movilidad de capitales entre los países y el explosivo aumento de operaciones transfronterizas ha repercutido fuertemente en el ámbito tributario, generando nuevos desafíos que han instado un trabajo de estudio, intercambio de conocimientos y definición de acciones, a través de diversas instancias colaborativas, especialmente en la OCDE, el CIAT y el G20, que se han plasmado en el proyecto BEPS. (Burgos y Sepúlveda, 2016)

Las BEPS han creado un cambio de paradigma para los países de la OCDE, los cuales no solo han debido incorporarlas en el enfoque de sus labores

fiscalizadoras, sino que también han debido modificar su normativa interna para converger en ellas. (Burgos y Sepúlveda, 2016)

Las nuevas normas de control incorporadas por los legisladores han seguidos de cerca las iniciativas planteadas por la OCDE, lo que se inició como una oportunidad de ajustar nuestra legislación tributaria a los estándares internacionales, de manera de poder cumplir adecuadamente nuestros compromisos legislativos para incorporarnos a tan selecto grupo de países, hace ya más de 5 años, hecho de tremenda relevancia, por ser Chile además el primer país sudamericano en alcanzar tan alto honor.

### **2.3. Objetivos.**

El objetivo principal es examinar el impacto tributario del nuevo artículo 41 F de la LIR, sobre tratamiento tributario del exceso de endeudamiento, y demostrar mediante ejercicios prácticos que las nuevas normas de control son más restrictivas para los grupos internacionales que deciden hacer una inversión en Chile, y demostrar que a pesar de que se realizaron cambios con la Reforma Tributaria del 2014 y su simplificación del 2016, aun se puede seguir avanzando, de acuerdo a los lineamientos de la OCDE.

### **2.4. Metodología a desarrollar.**

La metodología que se aplicará a este trabajo es el método científico de la comparación sistemática. El objetivo fundamental de aplicación de este método consiste en la generalización empírica y la verificación de hipótesis. Entre las

ventajas que ofrece el método comparativo se cuentan el comprender cosas desconocidas a partir de las conocidas, la posibilidad de explicarlas e interpretarlas, perfilar nuevos conocimientos, destacar lo peculiar de fenómenos conocidos, sistematizar la información distinguiendo las diferencias con fenómenos o casos similares.

Al desarrollar el método comparativo (de la comparación o contrastación) nos permitirá colocar las dos normas, una al lado de la otra, para establecer sus similitudes y diferencias y de ello sacar conclusiones que definan el problema o que establezcan caminos futuros.

Observaremos si la nueva normativa que rige a partir del 01 de enero del 2015 se ajusta a las recomendaciones efectuadas por la OCDE.

### **3. Marco Teórico.**

#### **3.1 Reseña histórica: Implementación del control.**

Como se indicaba, las reglas de exceso de endeudamiento fueron introducidas mediante la Ley 19.738 de 2001 denominada de lucha contra la evasión. Esta ley tiene su origen en el Mensaje presidencial 178342 del 24 de agosto de 2000.

De acuerdo a este documento el objetivo de establecer un control como el que se viene comentando fue establecer un marco que permitiera la utilización de la tasa rebajada de 4% sobre intereses remesados al exterior en condiciones razonables. Para este efecto, dicho mensaje tenía importantes cambios en los siguientes ámbitos, todos relacionados al control de los gastos por intereses:

### **3.1.1. Respetto del acreedor en el exterior**

- Se señalaba que para la aplicación del Impuesto Adicional respecto de intereses de créditos otorgados por financieras extranjeras y remuneraciones de ciertos servicios, ya no sería necesaria la autorización del Banco Central de Chile. En efecto, a esa época tanto el acreedor como la deuda debían contar con la autorización del Banco Central de Chile, lo que habilitaba a gozar de la tasa preferencial de 4%.
- Dicha autorización se sustituye por una obligación simple de informar las operaciones al Servicio de Impuestos Internos, en la forma y plazo que éste determine.
- También se proponen definiciones de “institución financiera extranjera” e “institución financiera internacional”. La primera definición exigía que la institución prestamista tuviera por objeto principal captar y otorgar préstamos o financiamiento en forma pública, y además, que no estuviera relacionada con la empresa prestaría constituida en Chile, en los términos establecidos en el artículo 100 de la ley N° 18.045. En cuanto a las instituciones financieras internacionales, se mantiene la definición que la época tenía el Banco Central de Chile.

Con estos cambios se daba mayor facilidad al movimiento de capitales al liberarse del trámite de solicitar y obtener autorización. Sin embargo, estos cambios no se consideraron en la Ley 19.738 sino que matices en la Ley 19.768, de 2001.

Para los fines del artículo 41 F de la LIR, se entenderá por Patrimonio, el capital propio tributario determinado al 1° de enero del año comercial en que se pagaron, abonaron en cuenta o se pusieron a disposición las partidas a que se refiere el

inciso 1º, del artículo 41 F de la LIR, , o a la fecha de iniciación de actividades, si ésta fuera posterior al 1º de enero, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 41 de la LIR, con los ajustes que a continuación se indican.

### **3.2 Definición de subcapitalización.**

El exceso de endeudamiento o subcapitalización, como ha sido ya señalado puede ser definida como *“la financiación con capital ajeno en forma, desproporcionada frente a la financiación con capital propio en una empresa, por causa de tratamiento tributario diferenciales”* (Manisakva, 1998).

#### **3.2.1. Comentarios comparativos del Modelo OCDE especialmente el artículo N° 9 MCOCDE.**

Queremos analizar las metodologías de las administraciones fiscales tributarias, mediante la comparación con países miembros y colaboradores de la OCDE. Haremos también comentarios de dos casos de subcapitalización o capitalización exigua en países miembros de la OCDE, con dos distintos enfoques; objetivo en el caso de Alemania y subjetivo en el caso de Inglaterra, considerando lo más relevante de ambas normas.,

La norma de subcapitalización con carácter subjetivo, es está basada en el principio arm’s length, es decir, principio de la sustancia por sobre la forma o de la legítima razón de negocios, este enfoque presenta muchas ventajas entre ellas ser conducente al Artículo N° 9 de los Convenios de Doble tributación Internacional, y a sus comentarios. Estos últimos se refiere a los ajustes de los beneficios a efectos fiscales, en el caso de que las condiciones en que se hayan efectuado las operaciones entre empresas asociadas difieran de las normas de mercado entre partes independiente, permitiendo de esta manera la recalificación de la operación.

Este es el caso de la legislación tributaria Española, donde se ha aplicado exitosamente el criterio de acudir directamente al Artículo N° 9, sin pasar por la legislación nacional, con el objetivo de recalificar la operación como aporte de capital.

En el caso de Chile, sin duda que el Modelo OCDE y su desarrollo por expertos son un referente jurídico importante para la correcta interpretación de los CDI negociados por Chile, también deben considerarse como fundamentales las interpretaciones por el SII, dado su carácter de organismo experto en temas tributarios internos, para la aplicación de los CDI, basados en el Modelo OCDE.

En Chile, se observa una falta de claridad en el valor jurídico que se le asigna al modelo y sus comentarios, sobre todo debido a la falta de encuadre entre contenido jurídico y articulado de los CVDT

En relación a lo anterior, me permito citar los siguientes comentarios que argumentan que en la práctica, la discusión puede dar lugar a líneas argumentativas contrapuestas en el caso de un CDI contenga términos que es necesario delimitar hermenéuticamente. Por una parte puede estimarse que la fuerza del Modelo OCDE y sus comentarios es obligatoria, la mayor cantidad de problemas ocurre en caso de tratarse de un término obscuro en que la autoridad administrativa puede interpretar el CDI, aplicando sistemáticamente las diversas fuentes contempladas, para lo cual el Modelo OCDE y sus comentarios requieren un encuadre jurídico preciso (Garate, CET)

### **3.2.2 Subcapitalización y BEPS.**

El proyecto BEPS fue iniciado por el G20 y la OCDE, en busca de una mayor cooperación internacional entre los países para combatir prácticas de erosión de bases imponibles y traslado de beneficios, mediante la elaboración de recomendaciones en relación al diseño de normas para combatir dicha práctica, en aplicación de disposiciones de los Convenios y la elaboración de un

instrumento multilateral. En el contexto de esta investigación, se puede sostener que la Acción 4 es la de mayor relevancia, no obstante interactúa con otras acciones.

### **3.3 Acción N° 4 Subcapitalización – BEPS.**

Debemos tener en cuenta que las erosiones de base imponible, que fueron tratadas específicamente en esta acción, nos llevan a centrarnos en tres escenarios básicos:

- a) Cuando el grupo concentra un elevado nivel de deuda con entidades independientes en países con elevada tributación.
- b) El grupo utiliza préstamo intragrupo para generar deducciones por intereses superiores a los gastos efectivamente incurridos por pago de intereses a terceros.
- c) El grupo utiliza financiación obtenida de empresas del grupo o a entidades independientes para generar rentas no sometidas a gravamen

Estas tres situaciones, hay recomendaciones, para que no existan grietas y asegurarse que el sistema tributario tenga el principio básico de equidad horizontal, aplicado a que las empresas multinacionales no tengan ventajas respecto a la planificación tributaria fiscal, en el caso de Chile se reconoce la historia de la Ley N° 20.780, denominada Reforma Tributaria que modifica el sistema de tributación a la renta e introduce diversos ajustes en el sistema tributario, siendo un capítulo importante el que estas reformas sean practicables bajo los estándares contra la elusión y evasión, la ejecución de esta norma establece además una norma de control internacional sobre rentas pasivas de empresas chilenas en el exterior, combatiendo el diferimiento y la relocalización de la renta, entre otras normas antielusivas.

### **3.4. Nociones previas para la Acción N° 15 de los BEPS.**

Antes de empezar a deslindar el tema en la legislación Chilena, parece importante mencionar que, puesto que nos regimos por un marco tributario legal; el cual se genera a través de la Ley, que es propuesta por el Poder Ejecutivo o Legislativo; deberíamos aspirar a un nivel de calificación técnica de las personas que hacen estas leyes. Lo anterior para las que las decisiones tengan una racionalidad técnica determinada por la naturaleza y la complejidad que aportará a la calidad en la decisión. Esto cuestiona severamente aquellos planteamientos ideológicos que postulan un uso pleno y extensivo de la participación en las organizaciones en los cuales se desconoce su carácter instrumental para con la calidad de las decisiones (Acuña, 2004)

En la medida en que la calificación técnica de los legisladores este acorde a las necesidades planteadas, sería posible encaminarnos a materializar en conjunto con los países de la OCDE, una homogenización mayor de las normas. Lo anterior fue planteado en una acción que pretende homogenizar las normas antielusión para combatir el “treaty shopping”.

Entre las acciones de los BEPS que más interés ha despertado esta la **Acción N° 15**, relativa al desarrollo de un Instrumento Multilateral IM que prevé la modificación de más de los 2000 fiscales bilaterales vigentes.

Al respecto el secretario general de la OCDE Angel Gurría manifestó lo siguiente: *“Con la conclusión de este Instrumento Multilateral, se está cambiando la historia de los tratados en Materia Tributaria. Más importante aún, tener más de 100 jurisdicciones involucradas asegurara consistencia en la implementación del proyecto BEPS, lo que a su vez representa mayor certeza y previsibilidad de los negocios y un mejor funcionamiento del sistema tributario internacional, en beneficio de los ciudadanos”*

A pesar de lo expuesto anteriormente, y considerando además que hay convenios que tienen cláusulas específicas para estas medidas, sería muy recomendable para la administración tributaria, homogenizar las normas antielusión para combatir el treaty shopping, incluyendo en los convenios fiscales una declaración donde ambos estados se comprometan a evitar riesgos de doble no imposición o

imposición reducida a través del abuso del derecho, la inclusión de cláusula de limitación de beneficios que limitaría el acceso a las ventajas concedidas en virtud de un convenio, a las que tengas la misma personalidad jurídica que su representada o la misma naturaleza de sus actividades, y se confirme con ello un vínculo suficiente con su estado de residencia con el fin de limitar el acceso a los beneficios, y por último la inclusión de una cláusula más genérica basada en el test del propósito principal, para evitar aprovechar en desmedro de las arcas fiscales los convenios de los países contratantes.

#### **3.4.5. Comentarios respecto a los límites de la administración tributaria.**

Es muy complejo determinar la línea que separa la libertad de ejercer legalmente una economía de opción, validada por la administración interna la cual debe determinar de manera objetiva, en algunos casos si estamos haciendo uso ventajoso de alguna norma legal.

Esperemos que la administración tributaria chilena en los casos que actualmente está revisando tales como inversiones de mineras y energía eólica, tenga el criterio para determinar si hay erosión fiscal en la base imponible o se tiene una legítima razón de negocio para planificar su actuar. Todo esto se resolvería si los conceptos de **“legítima razón de negocio”** o **“principio de plena competencia”**, Estuvieran conceptualizados y homogenizados con los países con que Chile ha firmado CDI. Esperemos que sea así en un futuro.

#### **4. Desarrollo del contenido.**

En las secciones siguientes, se analizarán los dos subtemas, y se demostrara la hipótesis del trabajo que consiste en validar la siguiente interrogante:

- i. ¿La normativa chilena de subcapitalización o sobreendeudamiento, aunque fue perfeccionada por la Reforma Tributaria del 2014, converge o no en su totalidad con las recomendaciones efectuadas por la OCDE?

#### **4.1 Análisis de los Subtemas.**

En relación a La Ley N° 20.780 que derogó la antigua normativa sobre el exceso de endeudamiento contenidas en el inciso 4° del N° 1 del artículo 59 de la LIR, e incorporando su nueva regulación en el artículo 41F del mismo cuerpo legal, surge el siguiente cuestionamiento :

- i. La normativa chilena de subcapitalización o sobreendeudamiento, aunque fue perfeccionada por la Reforma Tributaria del 2014, tiene o no incorporadas las recomendaciones dadas por el informe BEPS, que realizó la OCDE en el año 2012.

#### **4.1.3.**

En el contexto de esta investigación, se puede sostener que la Acción N° 4 es la de mayor relevancia, no obstante interactúa con otras acciones que a continuación mencionaremos

#### **Acción N° 2:**

NEUTRALIZAR LOS EFECTOS DE LOS DESAJUSTES PROVOCADOS POR MECANISMOS HÍBRIDOS.

Desarrollar disposiciones convencionales y recomendables para el diseño de normas internas para neutralizar el efecto (por ejemplo, la doble deducción, el diferimiento a largo plazo) de los mecanismos y entidades híbridas.

Entre ellas pueden figurar; cambios en el Modelo de Convenio Tributario de la OCDE para asegurar que no se utilizan mecanismos y entidades híbridas ( así como entidades con residencia dual ) para obtener indebidamente ventajas derivadas de los tratados, disposiciones en la legislación nacional que eviten la exención o el no reconocimiento de los pagos que sean deducibles para el pagador, disposiciones en la legislación nacional que denieguen una deducción por un pago que no se haya de incluir en los ingresos del receptor ( y que n o este sujeto a imposición por normas de CFC u otras similares, disposiciones en la legislación nacional que denieguen la deducción por un pago que también sea deducible en otra jurisdicción, y cuando sea necesario, orientación para la coordinación o normas para resolver conflictos si hay más de un país que desea aplicar ese tipo de normas a una transacción o estructura. Se debe prestar una atención especial a la interacción entre los posibles cambios en una ley nacional y las disposiciones del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE. Este trabajo se coordinará con el relativo a las limitaciones a la deducción de gastos financieros, el dedicado a las normas de las CFC y el de la búsqueda del convenio más favorable “ treaty shopping”

#### **Acción N° 4**

LIMITAR LA EROSION DE LA BASE IMPONIBLE POR VIA DE DEDUCCION EN INTERESES Y OTROS FINANCIEROS.

Desarrolla recomendaciones sobre las mejores prácticas en el diseño de normas para evitar la erosión de la base imponible a través de la utilización de los gastos por intereses. Por ejemplo, mediante el uso de la deuda con entidades vinculadas y de terceros para lograr la deducción de los intereses excesivos o para financiar la producción de ingresos exentos o diferidos, y otros pagos financieros que son económicamente equivalente a los pagos de intereses. El trabajo evaluará la

eficiencia de los diferentes tipos de limitaciones. En conexión con la labor anterior y en su apoyo, se establecerán también orientaciones sobre precios de transferencia con respecto a la fijación de precios de las transacciones financieras vinculadas, incluyendo las garantías financieras y de rendimiento, derivados (incluidos los derivados internos utilizados en las relaciones intra- bancaria), y compañías de seguros cautivas y de otras clases. el trabajo se coordinara con el trabajo sobre híbridos y reglas CFC . Una de los procedimientos que deben incluirse en la aplicabilidad seria incorporar un ratio financiero basado en Gastos Financieros / EBITDA, el cual puede tener una variación de entre un 10% y 30 % , este criterio deberían aplicarse como mínimo a las entidades multinacional.

#### **Acción N° 5**

COMBATIR LAS PRÁCTICAS TRIBUTARIAS PERNICIOSAS TENIENDO EN CUENTA LA TRANSPARENCIA Y LA SUSTANCIA.

Poner al día el trabajo sobre prácticas tributarias perniciosas dando prioridad a la mejora de la transparencia, incluido el intercambio espontáneo obligatorio en las resoluciones individuales relativas a regímenes preferenciales, y para que exijan una actividad sustancial para cualquier régimen preferencial. Se adoptara un enfoque holístico para evaluar los regímenes fiscales preferenciales en el contexto de la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios. Se trabajará con los países de la OCDE sobre la base del marco existente y se considerarán modificaciones o adiciones al marco existente

#### **Acción N° 8**

ASEGURAR QUE LOS RESULTADOS EN LOS PRECIOS DE TRANSFERENCIA ESTEN EN LINEA CON LA CREACION DE VALOR INTANGIBLES

Desarrollar reglas que impidan la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios por medio del movimiento de intangibles entre miembros del grupo.

Esto implicara; la adopción de una definición amplia y claramente delineada de intangibles asegurar que los beneficios asociados a la transferencia y al uso de intangibles están debidamente asignados de conformidad con, la creación de valor, desarrollar normas de precios de transferencia o medidas especiales para las transferencias de intangibles de difícil valoración y actualizar la reglamentación sobre mecanismos de reparto de costes.

### **ACCION Nº 9**

ASEGURAR QUE LOS RESULTADOS EN LOS PRECIOS DE TRANSFERENCIA ESTEN EN LINEA CON LA CREACION DE VALOR RIESGO CAPITAL

Desarrollar reglas que impidan la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios por medio de la transparencia de riesgos entre, o la asignación excesiva de capital a miembros del grupo. Ello implicará la adopción de normas sobre precios de transferencias o de medidas especiales que aseguren que una entidad no acumulara resultados inadecuados únicamente por haber asumido contractualmente riesgos o haber aportado capital. Las normas a desarrollar requerirán también la alineación de resultados con la creación de valor. Esta labor se coordinara con el trabajo sobre deducciones de gastos de interés o otros pagos financieros.

### **Acción Nº 10**

ASEGURAR QUE LOS RESULTADOS EN LOS PRECIOS DE TRANSFERENCIA ESTAN EN LINEA CON LA CREACION DE VALOR OTRAS TRANSACCIONES DE ALTO RIESGO

Esta acción desarrolla reglas que impidan la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios, por medios de la participación en transacciones que no ocurrirían o que raramente ocurrían entre terceros. Ello implicara la adopción de normas sobre precios de transferencia o medidas especiales para : clarificar las

circunstancias en las que se puede recalificar las transacciones; clarificar la aplicación de los Métodos de Precio de Transferencia, en particular, el de división de beneficios, en el contexto de las cadenas globales de valor; proporcionar protección contra los tipos más comunes de erosión de la base mediante pagos, tales como pagos por gastos de gestión y gastos de la sede principal.

### **Acción N° 15**

#### INSTRUMENTO MULTILATERAL (IM)

Este es un nuevo punto de vista en el tratado de los impuestos, la conclusión de este instrumento multilateral, marca un nuevo punto en la “historia de los impuestos”. Nos estamos encaminando rápidamente hacia la implementación de reforma muy ambiciosas resultado del BEPS, en más 1100 convenciones fiscales de escala mundial, esta nueva convención evitara a los signatarios, el deber de renegociar bilateralmente estos convenios, el instrumento resultara, en más certeza y predictibilidad para las empresas y de un mejor funcionamiento del sistema fiscal internacional en beneficio de los ciudadanos.

#### Miembros que firmaron 17 Agosto del 2017:

- Argentina
- **Chile**
- España
- Francia
- Georgia
- Israel

- Malta
- México
- Pakistán
- San Marino
- Uruguay

El abuso de las convenciones fiscales es el origen de numerosas prácticas de las BEPS. Para luchar contra estas, el IM está implementando medidas bilaterales en las Convenciones Fiscales de una manera sincronizada y eficaz desarrollado en el Proyecto BEPS que tiene como fin prevenir el uso abusivo de las Convenciones Fiscales mejorar la solución de diferencias y evitar el estatismo de las legislaciones impositivas.

## **5. ANALISIS DE CASOS DE PAISES MIEMBROS DE LA OCDE SUBCAPITALIZACION.**

### **SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA ( Gran Sala de 13 de Marzo del 2007, caso Inglaterra )**

Controversia: Grupo de Litigación en la subcapitalización, contra la Administración Tributaria de Reino Unido. Presentado ante el Tribunal de Justicia el 30 de Diciembre 2004, por High Court of Justice.

**I.- La petición de decisión prejudicial, tiene por objeto la interpretación de los Art N° 43 CE Art N° 49 CE y del Art N° 56 al 58 CE.**

#### **II.- Marco Jurídico Nacional**

Este litigio se enmarca dentro de la legislación vigente en el Reino Unido, contenidas en la Ley de 1988, relativa a los Impuesto de la Renta y Sociedad

( "ICTA " ) hasta 1995, y después en su versión modificada por la Ley de Presupuesto de año 1995 y 1998.

1 ) Disposiciones nacional antes de las modificación de 1995, el Artículo N°209, considera el interés de un préstamo una distribución de beneficios.

Además califica como beneficio distribuido otros intereses distintos de los considerados. Por otro lado el Art N° 788, no se aplica para evitar la doble imposición cuando los intereses pueden deducirse a efectos fiscales, es decir califica como beneficios distribuidos, en virtud del domicilio y del rendimiento económico

2 ) Modificación Legislativas realizadas en 1995, referida a los intereses abonados a partir del 28 de Noviembre de 1994. Hace referencia al beneficio distribuido. El Art Nº 209 fue completado por el Art 209 apartado 8ª a 8f, sobre abono de intereses como beneficio distribuido, indicando que no se califican como beneficios distribuidos, cuando el deudor y el beneficiario están bajo el Régimen de Reino Unido.

3 ) Modificación efectuada en el 1998 y 2004, recoge las normas de Precios de Transferencia, y modifica la aplicación para cuando ambas partes residan en Reino Unido.

### **III.- Litigio principal y cuestiones Pre Judiciales**

Reclamación, de **restitución o compensación**, ante el High Court of Justice.

Los prestamos concedidos a una Sociedad de Reino Unido, por otra Sociedad de un residente en un Estado distinto perteneciente al mismo grupo de sociedades como ocurre con los Grupos Lafarge y Volvo ( en los que la Sociedad Prestamista y la Sociedad Matriz ) están domiciliadas en un mismo Estado miembro ( Francia y Suecia respectivamente ) otras Sociedades residentes en los estados miembros : Irlanda y Reino Unido, cuya Matriz esta EEUU, siendo la Sociedad residente en Irlanda la Prestataria, todas estas correspondientes al Grupo Caterpillar y otra Sociedad Prestamista residente en Luxemburgo, que presta a través de la una sociedad residente en Suiza.

La Higt Court of Justice, ( Inglaterra y Gales ) suspendieron el proceso, y plantean al Tribunal de Justicia una serie de preguntas; respecto de las formas como

realizan los prestamos entre empresas pertenecientes a un mismo grupo domiciliadas en estados miembros y no miembros, al estar sometidas a legislación diversas y/o al haber perjuicio por aplicación excesiva del control fiscal, y si hay lugar a indemnización o compensación.

#### **IV.- Cuestiones Prejudiciales**

Si el Artículos N°43, N° 49, N°56, se oponen a una legislación de un Estado Miembro que restringe la facultad de una Sociedad, a rebajar a efectos fiscales generados por los intereses; esta restricción no dependerá de la residencia de la Sociedad prestamista y prestataria, siempre y cuando se cumpla que los prestamos no constituyen un montaje artificial, y teniendo el derecho comunitario como criterio supremo ante la ley nacional.

- 1) Sobre la libertad de circulación aplicable; A continuación interpreta el Artículo N° 43, ( libertad de establecimiento ) Artículo N° 49 ( libre prestación de servicios ) Artículo N° 56 ( la libre circulación de capitales ). Respecto de lo cual se analiza solo el Artículo N° 43, el cual no se puede aplicar si la legislación interna restringe la aplicación de los Artículos N° 49 y N° 56. Según jurisprudencia posterior al respecto.

El Abogado general; hace mención a una nueva calificación como beneficio distribuido de los intereses abonados, si solo si esta tiene real influencia sobre la prestataria.

Se refieren a sociedades residentes en el Reino Unido, propietaria directa o indirectamente al menos de un 75% de una sociedad Matriz no residente, es decir

que le permite influir en la financiación de esta u otra sociedades o tienen un control común.

2) Sobre la existencia de una restricción a la libertad de establecimiento; El Artículo N° 43 reconoce a los nacionales comunitarios, el acceso a actividades no asalariadas y su ejercicio según la legislación de cada estado miembro, el mismo tratamiento será a las empresas.

A pesar del Artículo N° 43 en algunas circunstancias se prohíbe deducir los intereses abonados, siendo los intereses beneficios distribuidos, lo cual agrava la carga tributaria de la prestataria.

Las disposiciones nacionales hacen diferencia entre sociedades prestatarias residentes en función de que la sociedad vinculada prestamista este domiciliada o no en el Reino Unido. Según la legislación de entre 1995 y 2004.

Cuando los beneficios distribuidos superan el importe de una compensación económica razonable, la sociedad sea miembro o no, estos serán tratados como beneficios distribuidos.

La legislación nacional aplicable entre 1995 y 1998, asimilaba a beneficios distribuidos, entre sociedades del mismo grupo no se aplicaba cuando ambas estaban sujetos al impuesto en Reino Unido, a comparación de la legislación de 1998 y 2004, que evita que existan ventajas al regular con los precios de transferencia, la cual la hace distinto tratamiento a la legislación anterior.

Los estados se refieren al principio de “libre competencia”, determinado en el Artículo N° 9 del Modelo de Convenio de la OCDE, al no haber medidas de unificación, cada estado debe tomar medida para evitar la doble tributación.

En el caso de Reino Unido este estado toma una decisión unilateral, al proponer una compensación de beneficio mediante una reducción correspondiente de los beneficios imponibles en el estado de residencia de la Sociedad prestamista,

intentando con ella evitar la subcapitalización de filiales residentes por sociedades vinculadas no residentes. Al no haber medidas de unificación, se complejiza a los estados miembros, la obligación a cumplir el derecho comunitario.

La demandante no comparte la tesis que el Gobierno de Reino Unido, en virtud de CDI haya compensado, la desventaja fiscal, al grupo de sociedades, debido a la aplicación de las disposiciones nacionales en materia de subcapitalización.

El Gobierno de Reino Unido, dice que la diferencia de trato no es un obstáculo para el ejercicio de la libertad de establecimiento

El Gobierno Alemán, solo distingue entre situaciones que no son comparables.

Por lo tanto la diferencia de trato a la que están sujetas por las disposiciones nacionales controvertidas en este litigio (subcapitalización) las sociedades prestatarias en función de su domicilio y la sociedad prestamista constituye una restricción a la libertad de establecimiento

## 2 ) Sobre justificación de la restricción de la libertad de establecimiento

El Gobierno unido sostenido por el Gobierno Alemán, alegan que sus disposiciones nacionales se justifican por la necesidad de garantizar la coherencia del sistema tributario y de luchar contra la evasión fiscal, buscando asegurar un sistema tributario equitativo y coherente.

## 3 ) Sobre la necesidad de garantizar la coherencia del sistema tributario nacional

Al garantizar que los repartos de beneficios, queden gravados en el Reino Unido, eso se compensara con una reducción correspondiente de beneficios imponibles en el estado de residencia del beneficiario.

El alza de beneficios imponibles no se neutraliza por la concesión de una ventaja fiscal a la sociedad prestataria. La coherencia no justifica la restricción a la libertad de establecimiento (Artículo N° 46)

#### 4 ) Sobre los motivos de lucha contra las practicas abusivas

El Reino Unido aplica disposiciones vigentes para eliminar la evasión fiscal, basándose en la ley de la libre competencia, estas disposiciones pueden justificarse cuando tienen por objeto restringir los montajes puramente artificiales y no el mero prestamos de una sociedad residente de otro sociedad vinculado en otro estado.

Igualmente las transferencias de perdidas dentro del grupo de sociedades que están afectos a tasas mas elevados pueden menoscabar la competencia, de los estados de residencia.

La intención de buscar una menor tributación, al transferir beneficios a una sociedad matriz bajo forma de intereses deducibles, y no bajo forma de dividendos.

Finalmente al no existir medidas de unificación comunitaria el Tribunal indica que cada estado tiene su legislación interna vigente o regirse a los Convenios de doble Tributación

5 ) El artículo N° 43 prevalece, ya que las sociedades tienen el derecho de ejercer su actividad en otro estado miembro por medio de una filial sucursal o agencia.

6 ) Manifiesta la no resolución de litigio principal en base al Artículo N°5 6, sino tomando el Artículo N° 43.

7 ) Respecto de las restituciones que reclama la demandante el Tribunal indica que al haber un estado miembro percibido impuestos infringiendo las normas del Derecho Comunitario, los justiciables tienen derecho a la restitución no solo del impuesto indebidamente recaudado sino también de las cantidades pagadas indirectamente, pero contrariamente a las deducciones u otras ventajas fiscales ni el perjuicio que haya sufrido tal sociedad estimó necesario, para reducir su carga fiscal global, ni los gastos en que incurrieron para adecuar la legislación nacional controvertida pueden compensarse, sobre la base del Derecho Comunitario, corresponde al órgano jurisdiccional determinar los costes imputables al Estado miembro de que se trate.

A la petición del gobierno de Reino Unido, respecto de una indemnización de

300 millones de Euros, en el caso de una interpretación del Derecho Comunitario les resulte desfavorable, el Tribunal señala que no está cuantificado los efectos de la presente sentencia, ni si quiera si esto corresponde únicamente a las consecuencias económicas en el asunto principal o también a las que se derivan de esta sentencia. Además el importe alegado está condicionado a que todas las pretensiones de la demandante fueran estimadas en su totalidad, a cual será el órgano jurisdiccional, remitente.

## **V.- Respuesta del Tribunal de Justicia**

1 ) El artículo N° 43 CE, se opone a una legislación de un estado miembro, que restringe la facultad de una Sociedad residente de deducir a efectos fiscales los intereses de un préstamo financiero concedido por una Sociedad Matriz, directa o indirecta, residente en otro estado miembro, o por una sociedad residente en otro estado miembro, contralada por tal Sociedad Matriz, sin sujetar a dicha restricción a una Sociedad residente que haya obtenido el préstamo de una sociedad también residente, excepto si, por un lado, dicha legislación se basa en un examen de elementos objetivos y verificables, que permiten identificar la existencia de un montaje puramente artificial con fines exclusivamente fiscales al establecer la posibilidad de que el contribuyente pueda presentar, en su caso, y sin estar sujeto a restricciones administrativas excesivas, elementos relativos a los motivos comerciales subyacentes, a la transacción de que se trata y por otro lado, si demostrada la existencia de tal montaje la referida legislación solo califica dichos intereses como beneficios distribuidos en la medida en que superen lo que se habría acordado en condiciones de libre competencia.

2) Una legislación de un estado miembro como la mencionada en la primera cuestión no esta comprendida en el Artículo N° 43, cuando se aplica a una situación en la que una sociedad residente obtiene un préstamo de una sociedad residente en otro estado miembro o en un tercer país que no controla a la Sociedad prestataria y cuando estas dos sociedades están controladas, directa o indirectamente, por una sociedad vinculada común que reside en un tercer país.

3 ) A falta de la normativa comunitaria, corresponde al ordenamientos jurídico interno de cada Estado miembro designar los órganos, jurisdiccionales competentes y configurar la regulación procesal de los recursos judiciales destinados a garantizar la salvaguardia de los derechos que el Derecho

comunitario confiere a los justiciables, incluida la calificación de las demandas presentadas ante los órganos jurisdiccionales nacionales por quienes hayan sido perjudicados. No obstante, dichos órganos están obligados a garantizar que los justiciables disponen, de un cause procesal efectivo, que les permita obtener la devolución del impuesto indebidamente recaudado, y de las cantidades pagadas a dicho Estado miembro o retenidas por este en relación directa con la impuesto. Por lo que respecta a otros perjuicios sufridos por una persona por una infracción del derecho comunitario imputable a un estado miembro este esta obligado a reparar los daños causados a particulares en ciertas condiciones , sin que esto excluya que con arreglo al Derecho nacional, el estado pueda incurrir en responsabilidad en virtud de requisitos menos restrictivos.

Cuando la legislación de un Estado miembro, constituya un obstáculo a la libertad de establecimiento prohibido por el Artículo N° 43 CE el órgano jurisdiccional remitente, para determinar el perjuicio indemnizable, puede comprobar si los perjudicados han actuado con una diligencia razonable, para evitar el perjuicio o reducir su importancia, y si, en especial, han ejercitado en tiempo oportuno todas las acciones que en derecho le correspondía.

No obstante, para evitar que el ejercicio de los derechos que el Artículo N°43 CE, confiere a los particulares, sea imposible o excesivamente difícil, el órgano jurisdiccional remitente puede determinar si la aplicación de dicha legislación, en relación, en su caso, con las disposiciones pertinentes, de los Convenios, para evitar la doble imposición hubiera conducido en cualquier caso, al fracaso de las pretensiones de las demandantes, en el litigio principal, ante al Administración Tributaria del Estado miembro de que se trato.

**SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA ( Sala Quinta, 12 de Marzo de Diciembre 2002, caso Alemán )**

Controversia: Liquidación de impuesto sobre Sociedades, entre Landhorst-Hohorst GmbH y Finanzamt Steinfurt, Presentado ante el Tribunal de Justicia.

**I.- La petición de decisión prejudicial, tiene por objeto la interpretación de los Art Nº 43 CE**

**II.- Marco Jurídico Nacional**

La Ley del impuesto sobre sociedad vigente en los años 1996 hasta el 1998, y si artículo 8bis “fondo recibidos en préstamo de los accionistas”

- 1) La retribución de los recursos ajenos que una Sociedad de Capital sujeta sin limitación al impuesto haya obtenido de un Socio que carece de crédito fiscal que haya poseído en el curso del ejercicio económico una participación sustancial en el capital de la Sociedad, se considerara constitutiva de una reparto de beneficios encubierto cuando se haya acordado una retribución calculada según un porcentaje de un capital y los recursos ajenos tripliquen durante el ejercicio el valor de la participación de dicho socio, a menos que la Sociedad hubiera podido obtener estos recursos ajenos de un tercero en iguales condiciones o si se trata de recursos ajenos prestados para financiar operaciones bancarias habituales.(...)
  
- 2) No tienen derecho al crédito fiscal, los socios no residentes. Así mismo las personas jurídicas de derecho alemán exentas del impuesto sobre sociedades, tampoco tienen derecho.

### **III.- Litigio principal y cuestiones Prejudicial**

La entidad Lankhorst- Hohorst GmbH, es una sociedad alemana participada por Lankhorst- Hohorst BV, esta ultima a su vez es filial de Lankhorst Taselar BV residentes esta dos ultimas en Países Bajos, en 1996, la matriz presto 3 millones de marcos a la filial Alemana. Este seria reembolsable en anualidades de 300.000 mil marcos a partir del 1 de Octubre de 1998. El tipo de interes variable ascendía a 4,5% devengándose los intereses al final de año.

Así pagaba la entidad Alemana a la sociedad matriz 135.000 mil marcos en 1997 y 109.696 en 1998.

Pese a que el capital de la mercantil Alemana en 1996, se elevaba a 2 millones de marcos, en el año 1998, revelaba un déficit no cubierto por 1.503.165 marcos; por esta situación la administración tributaria alemana, aplica la norma del Artículo N°8bis sobre subcapitalización, porque considera que el pago de intereses es un reparto encubierto de beneficios cuando el contrato de préstamo que realiza una entidad extranjera participante en forma sustancial en una sociedad residente, determina que se “ triplique durante el ejercicio”, el valor de la participación de dicho socio, a menos que la Sociedad hubiera podido obtener estos recursos de un tercero en igualdad de condiciones, o si se trata de recursos ajenos prestados para financiar operaciones bancarias habituales.

La recalificación tuvo como efecto que la LankHorst GmbH, pagara un impuesto del 30%, pero su condición de déficit no le permitía el pago, por lo cual presento una reclamación que fue desestimada por la Finanzamt Steinfurt, alegando que el préstamo era un salvamento y los intereses no podían ser calificados como distribución encubierta de beneficios, además en igualdad de condiciones las Sociedades Alemanas recibían un trato diferentes que va en contra del Artículo N° 43 .

Pero a la luz de la jurisprudencia el Tribunal de Justicia manifiesta dudas sobre la compatibilidad el Artículo 8bis con el Artículo N°43 CE.

La diferencia de trato entre Sociedades residentes y no residente vulnera la libertad de establecimiento.

#### **IV.- Cuestiones prejudiciales**

“ Debe interpretarse el principio de la libertad de establecimiento de los nacionales de un Estado miembro en el territorio de otro Estado miembro, previsto en el Artículo N° 43 CE , en versión del 10 de Noviembre de 1997, en el sentido en que se opone a la aplicación de la norma contenida en el Artículo N°8bis Körperschaftsteuergesetz ?

#### **V.- Respuesta del Tribunal de Justicia**

Según la reiterada jurisprudencia si bien la Fiscalidad directa es competencia de los Estados miembros estos deben sin embargo ejercerla respetando el Derecho Comunitario, y en particular, deben abstenerse de toda discriminación basada en la nacionalidad

- 1) Sobre la existencia de un obstáculo a la libertad de un establecimiento.

La diferencia de trato existente en el ordenamiento tributario alemán, para sociedades que establecen prestamos con entidades de otros estados miembros, el Tribunal señala que cuando se realice esta diferenciación en función del domicilio de las sociedades constituye un obstáculo a la libertad del establecimiento, prohibido por el Artículo N° 43 CE, por que hace menos atractivo el ejercicio de la libertad por parte de sociedades domiciliadas en otros estados miembros las cuales, podrían renunciar a la adquisición creación o mantenimiento de filiales en el Estado que adopte estas diferenciaciones.

## 2) Sobre la justificación del obstáculo a la libertad del establecimiento

El obstáculo a la libertad de establecimiento que supone la norma de subcapitalización el tribunal no admite el riesgo de evasión fiscal, puesto que “ la normativa controvertida en el litigio principal “ no tiene por objeto excluir de una ventaja fiscal, los montajes puramente artificiales, cuyo objetivo sea eludir el peso de la obligación fiscal alemana, sino que contempla, en general cualquier situación en la que la sociedad matriz tenga, sea cual fuera el motivo su domicilio fuera de Alemania, esta situación no implica un riesgo de evasión fiscal, ya que la Sociedad esta sujeta a la legislación fiscal del Estado de establecimiento.

Por otra parte el Gobierno Aleman y Reino Unido sostienen que el Artículo N° 8 bis, esta justificado por la necesidad de garantizar la coherencia de los Regímenes Tributarios aplicables, lo cual concuerda con el principio de plena competencia. A este respecto la OCDE, refleja preocupación al establecer la inclusión de beneficios a afectos fiscales cuando se celebren transacciones entre empresas asociadas, ( Artículo N° 9 del Modelo OCDE )

Finalmente el Reino Unido justifica el obstáculo con el propósito de garantizar la eficacia de los controles fiscales, sin embargo ante el Tribunal no se ha demostrado que esta calificación, contenida en el Artículo N° 8 bis, pueda permitir a las autoridades alemanas controlar el importe de los ingresos imposables

Habida cuenta de todas las consideraciones anteriores, procede a responder a la cuestiones planteadas por el órgano jurisdiccional remitente que el Artículo N° 43 CE debe interpretarse en el sentido que se opone a una disposición como la contenida en el Artículo 8 bis KStG.

## 6. CONCLUSIONES

Producto del trabajo de tesis podemos concluir que al analizar la incorporación o no, de las recomendaciones dadas por el informe BEPS, que fue terminado en Noviembre 2016, por la comisión de fiscalidad de la OCDE, podemos concluir que la norma chilena no esta alienada con las normas BEPS, principalmente por estas razones :

- El artículo 41F, no lleva asociado un castigo respecto de los intereses remesados que están asociados al pago de préstamo por el cual la empresa califica como “sobre endeudada” . Por lo tanto esto intereses; a pesar que el exceso de endeudamiento esta gravado con el 35%; si se pueden deducir como gastos de la empresa. Lo que esta expresamente recomendado en la Acción N° 4 de las BEPS
- La norma del articulo 41F, no hace referencia a las Acciones N° 8 – a la 10, que indican que los vínculos comerciales deben llevar asociados la creación de valor, en tanto a los activos intangibles, y otras inversiones, respetándose implícitamente las normas de precio transferencia, indicadas en el Artículo N°9 de los Modelos de Convenios de la OCDE.
- Incluye un cálculo para el ETA, que es solo para efectos administrativos tributarios, pero no para efectos comerciales, este criterio debería unificarse o al menos mejorarse incorporando un ratio de Gastos financiero/EBIDTA, el cual se debería aplicar además en forma obligatoria a las empresas que pertenecen a un holding y/o grupo económico, el cual puede tener un rango entre 10% y 30% dependiendo de las particularidad económicas.

## **7. Bibliografía.**

- 1) Revista de Estudios Tributarios N°9/2014, Centro de Estudios Tributarios Universidad de Chile. Artículo Análisis del exceso de endeudamiento. Autor Señor Victor Villalón Méndez.
- 2) Revista de Estudios Tributarios N°16/2016, Centro de Estudios Tributarios Universidad de Chile. Artículo Subcapitalización como un tipo de planificación tributaria agresiva internacional. Autores Señorita Patricia Sepulveda Garcés y Señor Jorge Burgos Arredondo.
- 3) Libro Reforma Tributaria, tres textos legales actualizados, Editorial Cepet. Autores Hugo Contreras U. Leonel González S.
- 4) Circular N° 12 del Servicio de Impuestos Internos, del 30 de enero 2015. Instruye sobre las modificaciones efectuadas a los artículos 41 A y 41 C de la Ley sobre Impuesto a la Renta por las Leyes N°s 20.727 y 20.780 de 2014, y la incorporación de los artículos 41 F y 41 H efectuada por esta última Ley.
- 5) Circular N° 34 del Servicio de Impuestos Internos, del 07 de junio 2016. Instruye sobre las modificaciones efectuadas por la Ley N° 20.899 a los artículos 41 F y 41 H de la Ley sobre Impuesto a la Renta; y al primer párrafo, del número 2, del inciso cuarto del artículo 59, de la misma Ley. Complementa Circular N° 12, de 2015.

