



FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CHILE
ESCUELA DE POSTGRADO

PROGRAMA DE MAGISTER EN DERECHO TRIBUTARIO
ACTIVIDAD FORMATIVA EQUIVALENTE A TESIS (AFET)

ENAJENACIÓN INDIRECTA DE ACTIVOS SUBYACENTES CHILENOS:
PROBLEMÁTICAS ACTUALES Y PROPUESTAS

Profesor Guía: Astrid Schudeck Díaz
Alumna: Loreto Fernanda Salas Soto

Santiago, Chile
2018

AGRADECIMIENTOS

A mis padres, Myriam y Fernando, por su dedicación y amor infinitos.

A mis hermanas, Marcela, Rocío, Claudia y Francisca y a mi hermano Emiliano, por su ayuda y compañía de siempre.

A mi tía Rosy y mi abuela Eliana, por su cariño y apoyo.

A mis amigas, por su alegría y motivación.

A Matías, por su amor, compañía y paciencia en este largo proceso.

A mis profesores. Especialmente a Astrid Schudeck, por su dedicación y colaboración en este trabajo.

A Gustavo Lagos, por su confianza y apoyo.

TABLA DE CONTENIDO

RESUMEN.....	vii
INTRODUCCIÓN	1
CAPÍTULO I ANTECEDENTES HISTÓRICOS.....	4
1.1. Caso la Disputada de Las Condes: Origen de la norma.....	4
1.2. Análisis histórico de las modificaciones a la fuente de la renta en relación con la enajenación indirecta de activos subyacentes.....	7
1.2.1. Ley N° 19.840 publicada en el Diario Oficial el 23 de noviembre de 2002.....	7
1.2.1.1. Disposición legal incorporada.....	8
1.2.1.2. Requisitos generales de la Ley N°19.840.....	9
1.2.1.3. Tributación enajenación indirecta bajo la Ley N°19.840.....	10
1.2.1.4. Costo tributario aplicable bajo la Ley N°19.840.....	11
1.2.1.5. Sujetos pasivos en la enajenación indirecta bajo la Ley N°19.840.....	12
1.2.1.6. Conflictos que presentó la norma original sobre enajenación indirecta.....	14
1.2.2. Ley N° 20.630 publicada en el Diario Oficial el 27 de diciembre de 2012.....	16
1.2.2.1. Disposición legal incorporada.....	17
1.2.2.2. Requisitos generales de la Ley N°20.630.....	20
1.2.2.3. Tributación enajenación indirecta bajo la Ley N°20.630.....	22
1.2.2.4. Incorporación de la determinación del mayor valor afecto a impuestos.....	23
1.2.2.5. Costo tributario aplicable.....	25
1.2.2.6. Sujetos pasivos en la enajenación indirecta bajo la Ley N°20.630.....	26
1.2.2.7. Nuevas atribuciones del Servicio de Impuestos Internos.....	28
1.2.2.8. Excepción a la aplicación de la norma: Casos de reorganización empresarial.....	29
1.2.2.9. Conflictos que presentó la aplicación de la norma bajo la Ley N°20.630 de 2012.....	30
1.2.3. Ley N° 20.780 de 29 de septiembre de 2014.....	31
CAPÍTULO II MARCO JURÍDICO APLICABLE A LA TRANSFERENCIA INDIRECTA DE ACTIVOS LOCALES.....	32
2.1. Generalidades.....	32
2.1.1. Definición Enajenación Indirecta.....	32
2.1.2. Fundamentos para gravar la Enajenación Indirecta.....	34
2.1.3. Normativa interna aplicable.....	35

2.2.	Elementos de la obligación tributaria en materia de enajenación indirecta de activos locales, artículos 10 inciso 3° y 58 N°3 de la LIR.....	36
2.2.1.	Hecho gravado.....	36
2.2.1.1.	Elemento material.....	37
2.2.1.2.	Elemento personal.....	41
2.2.1.3.	Elemento territorial.....	41
2.2.1.4.	Elemento temporal.....	42
2.2.2.	Sujeto pasivo.....	43
2.2.2.1.	Contribuyente.....	43
2.2.2.2.	Sustituto.....	44
2.2.2.3.	Responsable.....	46
2.2.3.	Base imponible.....	48
2.2.4.	Tasa.....	50
2.3.	Características de la tributación relativa a la Enajenación Indirecta de activos locales chilenos.....	51
2.3.1.	Corresponde a un impuesto sobre ganancias de capital.....	51
2.3.2.	Corresponde a un impuesto de retención.....	52
2.3.3.	Se aplica sobre base devengada.....	52
2.3.4.	Solidaridad en la Enajenación Indirecta de activos subyacentes chilenos.....	53
2.3.5.	Contiene una excepción en su aplicación: Caso de reorganización del grupo empresarial.....	53
2.3.6.	Rebaja de inversiones en la norma sobre enajenación indirecta.....	54
2.3.7.	Su declaración y pago puede ser anual o como renta esporádica.....	55
2.4.	Facultad de tasación del artículo 64 del Código Tributario.....	56
2.5.	Su fiscalización es de citación y liquidación previa obligatoria.....	57
2.6.	Aplicación de las normas sobre precios de transferencia para determinar el valor de mercado de la persona o entidad extranjera enajenada.....	57
CAPÍTULO III LEGISLACIÓN INTERNACIONAL APLICABLE.....		60
3.1.	Convenios para evitar la doble tributación internacional.....	61
3.1.1.	Modelo OCDE sobre transferencia indirecta. Artículo 13 párrafo IV.....	61
3.1.2.	Transferencia indirecta en los convenios firmados por Chile.....	64
3.2.	Comentarios OCDE relativos a la enajenación indirecta.....	70
3.2.1.	¿Es legítimo gravar la transferencia indirecta de activos subyacentes? La discusión internacional.....	70

3.2.1.1.	Enajenación indirecta de propiedad inmobiliaria, único caso de potestad tributaria del país de la fuente.	71
3.2.1.2.	Enajenación indirecta de otros bienes: Potestad tributaria del país de la fuente.	72
3.2.2.	Comentarios OCDE párrafos IV y V CDTI.	73
3.3.	Aplicación de los convenios y la normativa chilena sobre transferencia indirecta: la interpretación del Servicio de Impuestos Internos.....	75
CAPÍTULO IV ANÁLISIS DE LA NORMA	81
4.1.	Interrelación entre normativa interna e internacional, relativa a la enajenación indirecta de activos locales.	81
4.1.1.	Acciones, derechos, cuotas u otros títulos de participación en la propiedad, control o utilidades de una sociedad, fondo o entidad constituida en Chile;.....	81
4.1.2.	Una agencia u otro tipo de establecimiento permanente en Chile de un contribuyente sin domicilio ni residencia en el país, considerándose para efectos tributarios que dicho establecimiento permanente es una empresa independiente de su matriz u oficina principal.....	82
4.1.3.	Cualquier tipo de bien mueble o inmueble situado en Chile, o de títulos o derechos respecto de los mismos, cuyo titular o dueño sea una sociedad o entidad sin domicilio o residencia en Chile.	83
4.2.	Cumplimiento de principios constitucionales tributarios.....	84
4.2.1.	Principio de legalidad de los tributos.....	85
4.2.2.	Igualdad tributaria.....	86
4.2.3.	No confiscatoriedad.....	89
CAPÍTULO V LEGISLACIÓN COMPARADA	91
5.1.	Análisis de la legislación tributaria peruana en materia de enajenación indirecta.	91
5.1.1.	Legislación peruana sobre Enajenación Indirecta.....	91
5.1.2.	Características principales de la norma peruana.	94
5.1.3.	Responsabilidad solidaria de la sociedad peruana.....	94
5.1.4.	Aumento de capital como enajenación indirecta.....	95
5.1.5.	Síntesis normativa peruana sobre enajenación indirecta.....	96
5.2.	Análisis de la legislación tributaria canadiense en materia de enajenación indirecta.	97
5.2.1.	Características principales de la norma canadiense sobre enajenación indirecta.	98
5.2.1.1.	Establece detalladamente qué propiedad inmueble se encuentra incluida en la norma y cuál se encuentra excluida de su aplicación.	98

5.2.1.2.	Establece la obligación de informar a la autoridad canadiense sobre la operación.	99
5.2.1.3.	Establece la responsabilidad del comprador, con excepciones.	99
5.2.1.4.	Establece la propiedad excluida de un no residente.	100
5.2.1.5.	La norma canadiense no contiene la responsabilidad del activo subyacente.	100
5.3.	Síntesis norma peruana y canadiense sobre venta indirecta.	101
CAPÍTULO VI ASPECTOS PRÁCTICOS A TENER PRESENTE: IDENTIFICACIÓN DE PROBLEMAS A SOLUCIONAR		104
6.1.	Concordancia entre el artículo 10 inciso 3º de la LIR y artículo 64 del Código Tributario: Concepto de reorganización empresarial.	104
6.1.1.	Reorganización empresarial del artículo 64 del Código Tributario.	104
6.1.2.	Reorganización empresarial del artículo 10 inciso final de la LIR.	106
6.1.3.	Concordancia de la reorganización empresarial en la normativa interna chilena.	107
6.1.4.	Conflictos de la reorganización empresarial en materia de enajenación indirecta.	108
6.2.	Enajenación como hecho gravado amplio: Fusión de sociedades y aumento de capital en relación con la enajenación indirecta.	110
6.2.1.	Concepto de enajenación.	110
6.2.2.	Interpretaciones del SII sobre enajenación.	111
6.2.3.	Casos no incorporados por la norma.	114
6.3.	Responsabilidad solidaria del activo subyacente en la enajenación indirecta.	116
6.4.	Aplicación del artículo 13 de los Convenios para evitar la doble tributación internacional en materia de enajenación indirecta de activos locales: Inconsistencia entre comentarios OCDE e interpretación del Servicio de Impuestos Internos.	117
6.5.	Obligación de obtención del enajenante de obtener RUT en Chile para la declaración y pago del impuesto, tanto de forma anual como esporádica.	118
6.5.1.	Declaración y pago anual del Impuesto adicional por parte del Enajenante.	119
6.5.2.	Declaración y pago del Impuesto adicional como renta esporádica, por parte del Enajenante.	119
6.6.	Obligación de retención del adquirente.	121
6.7.	Elección del costo de adquisición en la enajenación indirecta.	122
CONCLUSIONES		124
BIBLIOGRAFÍA		126

RESUMEN

El objetivo del presente trabajo es el análisis y estudio de la tributación sobre la enajenación indirecta de activos chilenos, contenida actualmente en el artículo 10, inciso 3° de la Ley de Impuesto a la Renta.

Para esto, se estudiará el contexto histórico en virtud del cual surge la norma, sus modificaciones y los primeros conflictos que enfrentaba.

A continuación, se analizará el marco jurídico aplicable, así como cada uno de los elementos de la obligación tributaria en materia de venta indirecta, las características de la norma, su ámbito de aplicación, así como la legislación internacional aplicable en Chile sobre la materia.

Posteriormente, se revisará legislación comparada sobre la materia.

En los capítulos siguientes, se verificará el cumplimiento de los principios constitucionales tributarios, así como la relación entre la normativa interna e internacional.

Finalmente, se identificarán los principales problemas que enfrenta la norma y sus posibles soluciones.

INTRODUCCIÓN

Actualmente, la globalización, los avances tecnológicos y el creciente comercio electrónico, sumado a la existencia de países con baja o nula tributación; tienen un sinnúmero de efectos en la tributación: por un lado, facilitan el surgimiento de erosiones de la base imponible y por otro que, en resguardo del interés fiscal, cada país establezca normas de elaboración propia, a veces con factores de conexión difícilmente sostenibles. Lo anterior, genera conflictos tales como doble tributación internacional, leyes de dudosa legitimidad, entre otros, lo que trae como consecuencia que las normas sobre tributación internacional que puedan solucionar dichos conflictos cobren cada vez más importancia.

Hasta el año 2003, la fuente de la renta, entendida como uno de los elementos de atribución de la potestad fiscal, según la cual, un Estado puede gravar una determinada operación, solo contemplaba las rentas obtenidas por operaciones realizadas en Chile, o que recayeran sobre bienes situados en Chile. Esto tenía como contrapartida, que toda enajenación realizada fuera de Chile, o que recayera sobre bienes situados en el extranjero, se consideraba renta de fuente extranjera, y no quedaba afectada a impuestos bajo ningún concepto en Chile; sin reparar, por ejemplo, en que el único activo que pudiera tener este bien situado en el extranjero pudiera ser chileno.

En dicho contexto es que, producto de una operación transfronteriza realizada entre partes residentes de terceros países, en el cual se transfirió indirectamente un activo chileno sin pagar ningún tipo de impuestos en nuestro país, se modificó el artículo 10 de la Ley sobre Impuesto a la Renta que contiene la fuente de la renta chilena, incorporando la tributación sobre la renta obtenida por la venta indirecta de activos locales chilenos.

No obstante, la aplicación de esta norma no ha estado exenta de conflictos, por lo cual ha sido objeto de diversas modificaciones desde su incorporación, resultando en la actual normativa que, si bien ha solucionado algunos aspectos, aún no ha logrado resolver diversos problemas que serán el objeto de estudio del presente trabajo.

La norma original, por ejemplo, se limitó al caso en que el adquirente era domiciliado o residente en Chile, dejando fuera de su ámbito de aplicación si éste tenía domicilio o residencia en el extranjero, siendo el primer conflicto que debió enfrentar la norma.

Dicha limitación fue subsanada recién el año 2012, con la dictación de la Ley N°20.630, la que hizo aplicable la norma independiente de la residencia o

domicilio de las partes. Sin embargo, dicha modificación llevó a otro de los grandes problemas que aún enfrenta la norma, que consiste en la dificultad de fiscalizar los casos en que ninguna de las partes –vendedor ni adquirente- tuviera residencia o domicilio en Chile.

Ahora bien, para solucionar dicho conflicto, la Ley N° 20.780 del año 2014 junto con la Ley N° 20.899 de 2016, incorporan la responsabilidad solidaria del activo subyacente en Chile, lo que será analizado desde su arista constitucional. En este sentido, el trabajo que realizaremos en la presente AFET consistirá en analizar la normativa aplicable a la enajenación indirecta de activos locales, y cada uno de los elementos de la obligación tributaria, de manera de verificar el cumplimiento de los principios tributarios relativos a la certeza de los contribuyentes, por un lado, y el debido resguardo del interés fiscal, por otro. Asimismo, se analizarán otras legislaciones que también gravan la enajenación indirecta, de manera de verificar cómo otros países resuelven problemáticas similares a las que presenta la norma en nuestro país.

De esta manera, se pretende identificar diversos conflictos que pueda presentar la aplicación práctica de la norma en Chile y proponer sus posibles soluciones.

CAPÍTULO I ANTECEDENTES HISTÓRICOS.

1.1. Caso la Disputada de Las Condes: Origen de la norma.

La legislación tributaria en general, se caracteriza por perfeccionarse y actualizarse tras cada nuevo mecanismo de evasión o elusión fiscal. Los mecanismos utilizados para enfrentar lo anterior, pueden ser generales, tales como la nueva norma general antielusión que entró a regir el año 2015¹, o bien, especiales, como la norma sobre enajenación indirecta de activos chilenos, objeto de la presente AFET.

La regulación sobre la renta obtenida por la enajenación de sociedades extranjeras que involucran la transferencia de activos subyacentes chilenos surgió en nuestro país el año 2002, luego de conocerse la intención de la sociedad estadounidense Exxon Mobil de vender a través de la sociedad ExxonMobil Minerals Inc., la Compañía Minera Disputada de las Condes Limitada

¹ Ley N° 20.780 y Ley N° 20.899 sobre reforma tributaria que modifica el sistema de tributación de la renta e introduce diversos ajustes en el sistema tributario, publicada el 29 de septiembre de 2014 y 08 de febrero de 2016, respectivamente. Una de sus principales modificaciones, fue la incorporación de la nueva norma general antielusión en los artículos 4 bis, 4 ter y 4 quáter del Código Tributario. Al respecto creemos que, si bien dicha situación podrá disminuir la evasión y elusión fiscal; el hecho de no contener regulación específica que prevenga la evasión expresamente, genera una falta de certeza jurídica que judicializará los asuntos tributarios debido a que la calificación del hecho gravado será realizada por los tribunales.

en mil trescientos millones de dólares, a la transnacional sudafricana Anglo American, residente en Chile, en una operación que se pretendía llevar a cabo en las Islas Caimán.

Dicha operación, no se encontraba afecta a impuestos en Chile, debido a que el artículo 10 de la Ley Sobre Impuesto a la Renta (en adelante también “LIR”) de aquella época, consideraba como fuente de la renta chilena “las que provengan de bienes situados en el país o de actividades desarrolladas en él cualquiera que sea el domicilio o residencia del contribuyente.”

En definitiva, al enajenar directamente una sociedad no domiciliada en Chile (Exxon Minerals Inc.) en una operación efectuada en otro país (Islas Caimán), de acuerdo a la norma chilena era renta de fuente extranjera, por lo que no se encontraba afecta a impuestos en Chile.

Esta situación provocó la molestia e intervención del ejecutivo, alcanzando una alta connotación internacional que se resolvió solo mediante un acuerdo² al que

² Radio Cooperativa. 2002. Gobierno da por terminado conflicto con Exxon por mina La Disputada, 18 Octubre 2002. [En línea] 18 de Octubre, 2002. <<https://www.cooperativa.cl/noticias/pais/gobierno-da-por-terminado-conflicto-con-exxon-por-mina-la-disputada/2002-10-18/211000.html>> [Consulta: 26 mayo 2018]

llegó Exxon con el gobierno de Chile, en virtud del cual la empresa pagó la suma de cuarenta millones de dólares por concepto de “ganancias de capital”³.

En respuesta a lo anterior, el ejecutivo de aquella época consideró necesario modificar las normas de la fuente e incorporar este hecho gravado, dando origen a la Ley N° 19.840 publicada en el Diario Oficial el 23 de noviembre de 2002, cuyo mensaje establece como uno de sus objetivos el “*adecuar las normas tributarias nacionales a las nuevas situaciones que se van presentando en esta apertura al exterior, a fin de resguardar el interés del país mediante algunas precisiones sobre la jurisdicción tributaria que le corresponde*”.

De esta forma, se regula por primera vez en Chile la tributación sobre la renta obtenida por la transferencia de acciones o derechos de una entidad extranjera, que tuviera activos subyacentes en Chile.

Esta norma ha sido modificada en dos ocasiones, teniendo como resultado la normativa actual, que será objeto de estudio en el presente trabajo.

³ FOLCHI Donoso, M. 2003. La insustentabilidad del 'boom minero' chileno: política y medio ambiente, 1983-2003 [En línea]. <<http://www.repositorio.uchile.cl/handle/2250/122792>>. [Consulta: 19 septiembre 2017]. Pág. 27.

1.2. Análisis histórico de las modificaciones a la fuente de la renta en relación con la enajenación indirecta de activos subyacentes.

En este acápite analizaremos la regulación de la transferencia indirecta de activos subyacentes chilenos (en adelante también “Enajenación Indirecta” o “Transferencia Indirecta”), desde su incorporación el año 2002 hasta la fecha, analizando los cambios que ha sufrido en el tiempo y las razones que han motivado cada uno de dichos cambios.

1.2.1. Ley N° 19.840 publicada en el Diario Oficial el 23 de noviembre de 2002.

En virtud de lo ocurrido en el caso de la Compañía Minera Disputada de Las Condes, se dictó la Ley N°19.840 que modificó el artículo 10 de la Ley sobre Impuesto a la Renta, que incorpora como renta de fuente chilena la enajenación indirecta de acciones o derechos sociales, así como el artículo 58 inciso 3 de la LIR que regula su tributación⁴.

⁴ El artículo 10 de la LIR vigente hasta la dictación de la Ley N°19.840 de 2002, establecía: “Artículo 10°- Se considerarán rentas de fuente chilena, las que provengan de bienes situados en el país o de actividades desarrolladas en él cualquiera que sea el domicilio o residencia del contribuyente. Son rentas de fuente chilena, entre otras, las regalías, los derechos por el uso de marcas y otras prestaciones análogas derivadas de la explotación en Chile de la propiedad industrial o intelectual”.

1.2.1.1. Disposición legal incorporada.

El nuevo inciso del artículo 10 incorporado por la Ley N°19.840, era del siguiente tenor:

“Asimismo, son rentas de fuente chilena, las que se originen en la enajenación de acciones o derechos sociales o representativos del capital de una persona jurídica constituida en el extranjero, efectuada a una persona domiciliada, residente o constituida en el país, cuya adquisición le permita, directa o indirectamente, tener participación en la propiedad o en las utilidades de otra sociedad constituida en Chile.

En todo caso, no constituirá renta la suma que se obtenga de la enajenación de las acciones o derechos sociales referidos, cuando la participación, que se adquiere directa o indirectamente de la sociedad constituida en Chile, represente un 10% o menos del capital o de las utilidades o se encuentre el adquirente bajo un socio o accionista común con ella que, directa o indirectamente, posea o participe en un 10% o menos del capital o de las utilidades”

Por su parte, se agregan en el artículo 58° de la LIR, los siguientes incisos finales:

"También pagarán este impuesto, en carácter de único, las personas domiciliadas o residentes en el extranjero, por la renta a que se refiere la segunda parte del inciso segundo del artículo 10°, determinada con sujeción a las normas del inciso tercero del artículo 41°, considerando el valor de libros de los derechos sociales de la sociedad constituida en Chile, en la cual tendrá participación directa o indirecta el adquirente, si ésta es sociedad de personas, o el valor a que se refiere el inciso segundo del número 8 del artículo 17°, si es una sociedad anónima y, como valor de enajenación, el pactado con el enajenante domiciliado o residente en el extranjero, en la proporción que represente el valor libro de la sociedad constituida en Chile en el valor patrimonial de la sociedad cuyas acciones o derechos se enajenan. Para estos efectos, el comprador deberá

formular una declaración jurada ante el Servicio de Impuestos Internos, en la forma y plazo que éste determine en la cual, junto con individualizar al enajenante y a la sociedad cuyos derechos o acciones se enajenan, deberá señalar el valor patrimonial de dicha sociedad y cualquier otra información o antecedente relacionado con la operación, que exija dicho Servicio.

Con todo, el contribuyente o el agente retenedor en su nombre, podrán, en sustitución del impuesto anterior, optar por someterse al régimen de tributación que hubiera correspondido aplicar de haberse enajenado en el país las acciones o derechos sociales de la entidad establecida en Chile, y cuya posesión determina la afectación al referido tributo."

1.2.1.2. Requisitos generales de la Ley N°19.840.

De acuerdo al nuevo artículo 10 de la LIR incorporado por la Ley N°19.840 y vigente hasta el año 2012, los requisitos para que la enajenación indirecta de activos locales chilenos estuviera afecta en Chile, eran:

- (a) El comprador debía ser residente o domiciliado en Chile; y,
- (b) Que la participación que se adquiriera directa o indirectamente, represente más de un 10% del capital o las utilidades de la entidad chilena, o se encuentre el adquirente bajo un socio o accionista común con ella que, directa o indirectamente, posea o participe en más de un 10% del capital o de las utilidades.

1.2.1.3. Tributación enajenación indirecta bajo la Ley N°19.840.

Respecto de la tributación, el mayor valor obtenido según lo dispuesto en el artículo 58 N°2 de la LIR vigente en aquella época, tributaba optativamente con:

- (a) Impuesto Adicional a la renta, con tasa del 35%, en carácter de único; o,
- (b) Optar por someterse al régimen de tributación que hubiera correspondido aplicar, de haberse enajenado en el país las acciones o derechos sociales de la entidad establecida en Chile, y cuya posesión determina la afectación al referido tributo.

En definitiva, se tributaba optativamente utilizando las reglas de la venta indirecta, afecto a un Impuesto Adicional en carácter de único de 35%; o con el impuesto que hubiere correspondido de enajenar directamente en Chile solo el activo chileno, es decir, podía tributar como ingreso no renta; con Impuesto de Primera Categoría en carácter de único⁵; o con tributación completa.

⁵ El Impuesto de Primera Categoría en carácter de único, fue derogado por la Ley N°20.780 publicada en el Diario Oficial el 29.09.2014.

1.2.1.4. Costo tributario aplicable bajo la Ley N°19.840.

Para calcular el mayor valor afecto a impuestos, que se determina al deducir el costo de adquisición del precio de venta, en el caso de la venta indirecta contenía un tratamiento especial que veremos en este apartado.

Al respecto, el costo aplicable en la disposición legal original, dependía del tipo social de la entidad chilena que directa o indirectamente se enajena, a saber: Si se trataba de una sociedad de personas, se consideraba el valor libros de los derechos sociales de la sociedad constituida en Chile objeto de la enajenación⁶ y, si correspondía a una sociedad anónima, se consideraba el costo de adquisición reajustado según lo dispuesto en el artículo 17 N°8 inciso 2° de la LIR⁷.

⁶ El inciso 3 del artículo 41 de la LIR vigente bajo la Ley N°19.840, establecía: “Tratándose de la enajenación de derecho en sociedad de personas, para los efectos de determinar la renta proveniente de dicha operación, deberá deducirse del precio de la enajenación el valor de libros de los citados derechos según el último balance anual practicado por la empresa, debidamente actualizado según la variación experimentada por el índice de precios al consumidor entre el último día del mes anterior al del último balance y el último día del mes anterior a aquél en que se produzca la enajenación. El citado valor actualizado deberá incrementarse y/o disminuirse por los aportes, retiros o disminuciones de capital ocurridos entre la fecha del último balance y la fecha de la enajenación, para lo cual dichos aumentos o disminuciones deberán reajustarse según el porcentaje de variación experimentada por el índice de precios al consumidor entre el último día del mes que antecede a aquél en que ocurrieron y el último día del mes anterior al de la enajenación.”

⁷ Artículo 17 n°8 de la LIR vigente bajo la Ley N°19.840, establecía: En los casos señalados en las letras a), c), d), e), h) y j), no constituirá renta solo aquella parte del mayor valor que se obtenga hasta la concurrencia de la cantidad que resulte de aplicar al **valor de adquisición del bien respectivo el porcentaje de variación experimentada por el índice de precios al consumidor** en el período comprendido entre el último día del mes anterior al de la adquisición y el último día del mes anterior al de la enajenación, todo

Además, el valor de enajenación de los activos extranjeros correspondía al pactado, pero solo se consideraba en la proporción que represente el valor libros de la sociedad constituida en Chile en el valor patrimonial de la sociedad cuyas acciones o derechos se enajenan.

1.2.1.5. Sujetos pasivos en la enajenación indirecta bajo la Ley N°19.840.

Los sujetos pasivos que pueden intervenir en una obligación tributaria, corresponden al contribuyente, el sustituto y el responsable, que analizaremos a continuación:

El contribuyente en la enajenación indirecta, entendido como quien incurre en el hecho gravado, correspondía a quien obtuvo la renta por la enajenación indirecta de activos chilenos, es decir, al extranjero enajenante.

El sustituto, entendido éste como quien reemplaza al contribuyente en la obligación de enterar el impuesto, es decir, quien actúa como sujeto retenedor, correspondía de acuerdo al artículo 74 en relación con el artículo 73 de la LIR

ello sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 18. Por fecha de enajenación se entenderá la del respectivo contrato, instrumento u operación.

vigente en aquella época⁸, al comprador o adquirente, ya que era quien pagaba rentas afectas a impuesto adicional del artículo 58 de la LIR.

Dicha situación tenía un sentido práctico, puesto que el adquirente debía ser una persona domiciliada, residente o constituida en Chile, por lo que, al momento de enterar el valor de adquisición, se encontraba obligado a retener el impuesto, y a informar al SII mediante declaración jurada.

El sujeto responsable del pago del impuesto, entendido éste como quien tiene la obligación de responder frente al no pago de impuestos por parte del contribuyente, de acuerdo al artículo 83 de la LIR vigente en aquella época⁹, correspondía al agente retenedor, es decir, al comprador domiciliado o residente en Chile, siempre que el contribuyente acreditara que se efectuó la retención. Ahora bien, en el caso de que no se hubiere realizado la retención, además del

⁸ El artículo 73 de la LIR vigente bajo la Ley N°19.840, establecía la obligación de “retener y deducir el monto del impuesto de dicho título, al tiempo de hacer el pago de tales rentas. La retención se efectuará sobre el monto íntegro de las rentas indicadas.” Por su parte, el artículo 74 de la misma establecía: “Estarán igualmente sometidos a las obligaciones del artículo anterior: N° 4. Los contribuyentes que remesen al exterior, retiren, distribuyan o paguen rentas afectas al impuesto adicional de acuerdo, con los artículos 58°, 59°, 60° y 61°.”

⁹ Artículo 83° de la LIR vigente bajo la Ley N°19.840 establecía “La responsabilidad por el pago de los impuestos sujetos a retención en conformidad a los artículos anteriores recaerá únicamente sobre las personas obligadas a efectuar la retención, siempre que el contribuyente a quien se le haya debido retener el impuesto acredite que dicha retención se efectuó. Si no se efectúa la retención, la responsabilidad por el pago recaerá también sobre las personas obligadas a efectuarla, sin perjuicio de que el Servicio pueda girar el impuesto al beneficiario de la renta afecta y de lo dispuesto en el artículo 73.”

retenedor, el SII podía girar el impuesto contra el enajenante, por ser el beneficiario de la renta afecta.

1.2.1.6. Conflictos que presentó la norma original sobre enajenación indirecta.

Si bien esta norma incorporada mediante la Ley N°19.840 estuvo vigente en Chile durante 10 años, tenía diversos problemas, algunos de los cuales analizaremos a continuación.

Inicialmente la norma solo contemplaba la situación en que el comprador fuera domiciliado o residente en Chile, dejando fuera de su ámbito de aplicación aquellos casos en que el comprador correspondiera a un no domiciliado ni residente en el país.

Además, solo se refería a la enajenación de derechos sociales o acciones, quedando fuera de su aplicación un sinnúmero de otros activos y derechos representativos de capital en virtud de los cuales también podían enajenarse indirectamente activos subyacentes chilenos.

Por otro lado, el sujeto pasivo sobre el cual recaía la obligación tributaria, era el enajenante, contribuyente sin domicilio ni residencia en Chile, por lo tanto, si el comprador domiciliado o residente en Chile, en su calidad de agente retenedor del impuesto, no efectuaba la retención o ésta presentaba diferencias, se hacía prácticamente imposible perseguir contra el enajenante el pago del tributo en Chile, por lo que la retención era la única vía de cumplimiento de la norma.

Además de lo anterior, el determinar el 10% mínimo que representaba la sociedad constituida en Chile respecto del valor patrimonial de la sociedad cuyos derechos o acciones se enajenan, teniendo presente las distintas normas que se aplican en cada país involucrado, relativas a la valorización patrimonial, complejizaba aún más su aplicación.

En conclusión, la operatividad de la norma quedaba tan reducida, que se hacía casi imposible en la práctica gravar estas operaciones.

1.2.2. Ley N° 20.630 publicada en el Diario Oficial el 27 de diciembre de 2012.

En virtud de los vacíos y problemas prácticos de la normativa anterior, la Ley N°20.630¹⁰, que entró a regir el 27 de diciembre del año 2012, intentó hacerse cargo de ellos, reemplazando el artículo 10 de la LIR, por una norma más completa¹¹, siendo su principal modificación el ampliar su ámbito de aplicación, incorporando como renta de fuente chilena todos los casos en que la transferencia involucrara activos subyacentes chilenos relevantes, y no solo a los casos de venta de acciones o derechos sociales o representativos del capital de una persona jurídica constituida en el extranjero.

Además, se eliminó la exigencia de que el comprador tuviera domicilio o residencia en Chile, por lo que ya no es relevante el domicilio del adquirente para la aplicación de la norma.

¹⁰ CHILE. Ministerio de Hacienda. 2012. Ley N°20.630: Perfecciona la legislación tributaria y financia la reforma educacional. 27 septiembre 2012.

¹¹ Con esta modificación, se incorporan al artículo 10 de la LIR, los incisos tercero, cuarto, quinto, sexto y séptimo.

1.2.2.1. Disposición legal incorporada.

La Ley N°20.630 de 27 de septiembre 2012, elimina la segunda parte del inciso segundo del artículo 10 de la LIR, incorporando los nuevos incisos tercero, cuarto, quinto, sexto y séptimo:

"Se encontrarán afectas al impuesto establecido en el artículo 58 número 3), las rentas obtenidas por un enajenante no residente ni domiciliado en el país, que provengan de la enajenación de derechos sociales, acciones, cuotas, bonos u otros títulos convertibles en acciones o derechos sociales, o de la enajenación de otros derechos representativos del capital de una persona jurídica constituida o residente en el extranjero, o de títulos o derechos de propiedad respecto de cualquier tipo de entidad o patrimonio, constituido, formado o residente en el extranjero, en los siguientes casos:

a) Cuando al menos un 20% del valor de mercado del total de las acciones, cuotas, títulos o derechos extranjeros que dicho enajenante posee, directa o indirectamente, en la sociedad o entidad extranjera, ya sea a la fecha de la enajenación o en cualquiera de los doce meses anteriores a esta, provenga de uno o más de los activos subyacentes indicados en los literales (i), (ii) y (iii) siguientes y en la proporción que corresponda a la participación indirecta que en ellos posee el enajenante extranjero. Para estos efectos, se atenderá al valor corriente en plaza de los referidos activos subyacentes chilenos o los que normalmente se cobren en convenciones de similar naturaleza considerando las circunstancias en que se realiza la operación, pudiendo el Servicio ejercer su facultad de tasación conforme a lo dispuesto en el artículo 64 del Código Tributario:

(i) Acciones, derechos, cuotas u otros títulos de participación en la propiedad, control o utilidades de una sociedad, fondo o entidad constituida en Chile;

(ii) Una agencia u otro tipo de establecimiento permanente en Chile de un contribuyente sin domicilio ni residencia en el país, considerándose para efectos tributarios que dicho

establecimiento permanente es una empresa independiente de su matriz u oficina principal, y

(iii) Cualquier tipo de bien mueble o inmueble situado en Chile, o de títulos o derechos respecto de los mismos, cuyo titular o dueño sea una sociedad o entidad sin domicilio o residencia en Chile.

Además de cumplirse con el requisito establecido en esta letra, es necesario que la enajenación referida lo sea de, al menos, un 10% del total de las acciones, cuotas, títulos o derechos de la persona o entidad extranjera, considerando todas las enajenaciones, directas o indirectas, de dichas acciones, cuotas, títulos o derechos, efectuadas por el enajenante y otros miembros no residentes o domiciliados en Chile de su grupo empresarial, en los términos del artículo 96 de la Ley N° 18.045, sobre Mercado de Valores, en un período de doce meses anteriores a la última de ellas.

b) Cuando a la fecha de la enajenación de las acciones, cuotas, títulos o derechos extranjeros o en cualquier momento durante los doce meses anteriores a ésta, el valor corriente en plaza de uno o más de los activos subyacentes descritos en los literales (i), (ii) y (iii) de la letra a) anterior, y en la proporción que corresponda a la participación indirecta que en ellos posea el enajenante extranjero, sea igual o superior a 210.000 unidades tributarias anuales determinadas según el valor de ésta a la fecha de la enajenación. Será también necesario en este caso que se transfiera al menos un 10% del total de las acciones, cuotas, títulos o derechos de la persona jurídica o entidad extranjera, considerando todas las enajenaciones efectuadas por el enajenante y otros miembros no residentes o domiciliados en Chile de su grupo empresarial, en los términos del artículo 96 de la Ley N° 18.045, sobre Mercado de Valores, en un periodo de doce meses anteriores a la última de ellas.

c) Cuando las acciones, cuotas, títulos o derechos extranjeros enajenados, hayan sido emitidos por una sociedad o entidad domiciliada o constituida en uno de los países o jurisdicciones que figuren en la lista a que se refiere el número 2 del artículo 41 D. En este caso, bastará que cualquier porcentaje del valor de mercado del total de las acciones, cuotas, títulos o derechos extranjeros que dicho enajenante posea, directa o indirectamente, en la sociedad o entidad extranjera domiciliada o constituida en el país o jurisdicción listado, provenga de uno o más de los activos subyacentes indicados en los literales (i), (ii) y (iii) de la letra a) anterior y en la

proporción que corresponda a la participación indirecta que en ellos posea el enajenante extranjero, salvo que el enajenante, su representante en Chile o el adquirente, si fuere el caso, acredite en forma fehaciente ante el Servicio, que: (A) en la sociedad o entidad extranjera cuyas acciones, cuotas, títulos o derechos se enajenan, no existe un socio, accionista, titular o beneficiario con residencia o domicilio en Chile con un 5% o más de participación o beneficio en el capital o en las utilidades de dicha sociedad o entidad extranjera y, que, además, (B) sus socios, accionistas, titulares o beneficiarios que controlan, directa o indirectamente, un 50% o más de su capital o utilidades, son residentes o domiciliados en un país o jurisdicción que no forme parte de la lista señalada en el número 2, del artículo 41 D, en cuyo caso la renta obtenida por el enajenante extranjero solo se gravará en Chile si se cumple con lo dispuesto en las letras a) o b) precedentes.

En la aplicación de las letras anteriores, para determinar el valor de mercado de las acciones, cuotas, títulos o derechos de la persona o entidad extranjera, el Servicio podrá ejercer las facultades del artículo 41 E.

Los valores anteriores cuando estén expresados en moneda extranjera, se considerarán según su equivalente en moneda nacional a la fecha de enajenación, considerando para tales efectos lo dispuesto en el número 1, de la letra D.-, del artículo 41 A. En la determinación del valor corriente en plaza de los activos subyacentes indirectamente adquiridos a que se refieren los literales (i) y (ii) de la letra a) anterior, se excluirán las inversiones que las empresas o entidades constituidas en Chile mantengan en el extranjero a la fecha de enajenación de los títulos, cuotas, derechos o acciones extranjeras, así como cualquier pasivo contraído para su adquisición y que se encuentre pendiente de pago a dicha fecha. Las inversiones referidas se considerarán igualmente según su valor corriente en plaza. El Servicio, mediante resolución, determinará las reglas aplicables para correlacionar pasivos e inversiones en la aplicación de la exclusión establecida en este inciso.

El impuesto que grave las rentas de los incisos anteriores, se determinará, declarará y pagará conforme a lo dispuesto en el artículo 58 número 3).

Con todo, lo dispuesto en el inciso tercero anterior no se aplicará cuando las enajenaciones ocurridas en el exterior se hayan efectuado en el contexto de una reorganización del grupo

empresarial, según éste se define en el artículo 96, de la ley N° 18.045, sobre Mercado de Valores, siempre que en dichas operaciones no se haya generado renta o un mayor valor para el enajenante, renta o mayor valor determinado conforme a lo dispuesto en el artículo 58 número 3).".

1.2.2.2. Requisitos generales de la Ley N°20.630.

La Ley N°20.630, especifica los casos en los cuales se hace aplicable la norma, a saber:

Siempre que se transfiera al menos un 10% del total de las acciones, cuotas, títulos o derechos de la persona jurídica o entidad extranjera, considerando todas las enajenaciones efectuadas por el enajenante y otros miembros no residentes o domiciliados en Chile de su grupo empresarial, en los términos del artículo 96 de la Ley N°18.045, sobre Mercado de Valores, en un periodo de doce meses anteriores a la última de ellas, en los siguientes casos:

- (a) Cuando al menos un 20% del valor de mercado del total de las acciones, cuotas, títulos o derechos extranjeros que dicho enajenante posee, directa o indirectamente, en la sociedad o entidad extranjera, ya sea a la fecha de la enajenación o en cualquiera de los doce meses anteriores a esta, provenga de uno o más de los activos subyacentes indicados en los

literales (i), (ii) y (iii) y en la proporción que corresponda a la participación indirecta que en ellos posee el enajenante extranjero, provenga directa o indirectamente de uno o más activos subyacentes chilenos;

(b) Cuando a la fecha de enajenación de las acciones, cuotas, títulos o derechos extranjeros o los 12 meses anteriores, el valor corriente en plaza de uno o más de los activos subyacentes chilenos, descritos en los literales (i), (ii) y (iii) de la letra a) anterior, y en la proporción que corresponda a la participación indirecta que en ellos posea el enajenante extranjero, sea igual o superior a 210.000 UTA;

Independiente del porcentaje mínimo transferido del total de las acciones, cuotas, títulos o derechos de la persona jurídica o entidad extranjera:

(c) Cuando las acciones, cuotas, títulos o derechos extranjeros enajenados, hayan sido emitidos por una sociedad o entidad domiciliada o constituida en uno de los países o jurisdicciones que figuren en la lista a la que se refiere el número 2, del artículo 41 D vigente en aquella época¹².

¹² CHILE. Ministerio de Hacienda. 2017. Ley 21.047: incorpora diversas medidas de índole tributaria, noviembre 2017. Dicha ley, reemplaza la referencia del artículo 10 inciso 3° letra c) de la LIR, que hacía a los “países o jurisdicciones que figuren en la lista a que se refiere el número 2 del artículo 41 D”, por “territorios o jurisdicciones que se consideren como un régimen fiscal preferencial conforme a las reglas

1.2.2.3. Tributación enajenación indirecta bajo la Ley N°20.630.

De acuerdo a lo establecido en el artículo 58 N°3 de la LIR incorporado mediante la Ley N° 20.630, se mantiene la opción de tributar por la enajenación indirecta de activos chilenos con:

- (a) Impuesto adicional con tasa de 35% en carácter de único; o
- (b) Acoger la renta gravada al régimen de tributación que habría correspondido aplicar de haberse enajenado directamente los activos subyacentes situados en Chile.

A diferencia de la norma anterior, en el segundo caso, la norma señala que el régimen de tributación que habría correspondido incluye la aplicación del impuesto en carácter de único¹³, o la existencia de un ingreso no renta.

establecidas en el artículo 41 H". Por su parte, dicho artículo 41 H LIR establece los requisitos que deberá cumplir un territorio o jurisdicción, para considerar que éste tiene un régimen fiscal preferencial,

¹³ Este se refiere al impuesto de primera categoría en carácter de único vigente en aquella época, y que fue posteriormente derogado por la Ley N° 20.780 del año 2014 junto con la Ley N° 20.899 de 2016.

1.2.2.4. Incorporación de la determinación del mayor valor afecto a impuestos.

La Ley N°20.630, realiza una innovación respecto de la determinación del mayor valor obtenido en la venta de acciones, cuotas, títulos o derechos que contengan activos subyacentes chilenos, incorporando un nuevo artículo 58 número 3 inciso primero de la LIR¹⁴, ya que establece la facultad de elección del contribuyente, entre dos alternativas, a saber:

- a) Determinar el mayor valor obtenido considerando el valor de enajenación de la totalidad de los títulos o derechos extranjeros menos el costo de

¹⁴ “3) También pagarán el impuesto de este artículo, en carácter de único, los contribuyentes no residentes ni domiciliados en el país, que enajenen las acciones, cuotas, títulos o derechos a que se refiere el inciso tercero del artículo 10. La renta gravada, a elección del enajenante, será:

(a) la cantidad que resulte de aplicar, al precio o valor de enajenación de las acciones, cuotas, títulos o derechos extranjeros enajenados, rebajado por el costo de adquisición que en ellos tenga el enajenante, la proporción que represente el valor corriente en plaza o los que normalmente se cobren o cobrarían en convenciones de similar naturaleza, considerando las circunstancias en que se realiza la operación, de los activos subyacentes a que se refieren los literales (i), (ii) y (iii) de la letra a), del inciso tercero, del artículo 10 y en la proporción correspondiente en que ellos son indirectamente adquiridos con ocasión de la enajenación ocurrida en el exterior, sobre el precio o valor de enajenación de las referidas acciones, cuotas, títulos o derechos extranjeros;

(b) La proporción del precio o valor de enajenación de las acciones, cuotas, títulos o derechos extranjeros, que represente el valor corriente en plaza o los que normalmente se cobren o cobrarían en convenciones de similar naturaleza, considerando las circunstancias en que se realiza la operación, de los activos subyacentes a que se refieren los literales (i), (ii) y (iii) de la letra a), del inciso tercero, del artículo 10 y en la proporción correspondiente en que ellos son indirectamente adquiridos con ocasión de la enajenación ocurrida en el exterior, por el precio o valor de enajenación de las referidas acciones, cuotas, títulos o derechos extranjeros, rebajado el costo tributario de los activos subyacentes situados en Chile del o los dueños extranjeros directos de los mismos y que se adquieren indirectamente con ocasión de la enajenación correspondiente.”

adquisición que de ellos tenga el enajenante, aplicando sobre éste la proporción que represente el valor corriente en plaza de los activos subyacentes chilenos; y en la proporción correspondiente en que ellos son indirectamente adquiridos, sobre el precio o valor de enajenación de las referidas acciones, cuotas, títulos o derechos extranjeros; o bien,

- b) La proporción que represente el valor corriente en plaza de los activos subyacentes chilenos, en la proporción correspondiente en que ellos son indirectamente adquiridos con ocasión de la enajenación ocurrida en el exterior, aplicado sobre el valor de enajenación de las acciones, cuotas, títulos o derechos extranjeros, por el precio o valor de enajenación de las referidas acciones, cuotas, títulos o derechos extranjeros, rebajado el costo tributario de los activos subyacentes situados en Chile del o los dueños extranjeros directos de los mismos y que se adquieren indirectamente con ocasión de la enajenación correspondiente.

Por su parte, una tercera opción consiste en optar por el régimen general que hubiera correspondido de haberse enajenado directamente en el país las acciones o derechos sociales de la entidad establecida en Chile, a saber: ingreso no renta; Impuesto de Primera Categoría en carácter de único; o tributación completa (IDPC e IA o IGC).

Ahora bien, revisadas ambas alternativas, si nos ponemos en el caso de que el enajenante cumpla con los requisitos de aplicación de la norma, y sea dueño de activos subyacentes chilenos que representen solo un 10% de los derechos extranjeros enajenados, pero no se encuentre relacionado con los mayoritarios. En este caso, la posibilidad de éste, de optar por la letra a) anterior, en términos prácticos la consideramos irrisoria, ya que el ejercicio de la letra a), supone acreditar al Servicio de Impuestos Internos (en adelante también "SII" o "Servicio") el costo de adquisición de la totalidad de los títulos extranjeros, con documentación que difícilmente será accesible a los minoritarios no relacionados.

1.2.2.5. Costo tributario aplicable.

En relación al costo tributario aplicable, de acuerdo al inciso 2 del artículo 58 de la LIR vigente con la Ley N°20.630 y que se mantiene hasta la fecha, si bien la determinación del mayor valor dependerá de la opción anterior por la cual se opte, en cualquiera de los casos el costo se determina de acuerdo a las normas tributarias chilenas, es decir, según las normas sobre el costo establecidos en la LIR u otras leyes que establezcan dichos costos, los cuales, en general, toman el valor de adquisición reajustado.

1.2.2.6. Sujetos pasivos en la enajenación indirecta bajo la Ley N°20.630.

En relación a los sujetos pasivos: contribuyente, sustituto y responsable, serán:

- Contribuyente u obligado al pago.

Corresponderá al enajenante, ya que incurre en el hecho gravado al obtener una renta producto de la transferencia.

De acuerdo establece el inciso 4° del artículo 58 de la LIR vigente en aquella época, dicho impuesto debía ser *“declarado y pagado por el enajenante no domiciliado ni residente en el país, sobre base devengada, conforme a lo dispuesto en los artículos 65, número 1, -que se refiere a declaración anual de impuesto a la renta- y 69 –que establece las excepciones a la declaración anual, específicamente relativo a la renta esporádica¹⁵-, de esta ley.*

¹⁵ De acuerdo al artículo 69 de la LIR, los contribuyentes que obtengan rentas esporádicas, deberán declarar dentro del mes siguiente al de obtención de la renta, a menos que el citado tributo haya sido retenido en su totalidad, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 73 de la LIR. Por su parte, de acuerdo al artículo 73 de la LIR, el pagador de la renta *“deberán retener y deducir el monto del impuesto de dicho título, al*

No obstante lo anterior, el legislador¹⁶ exime de presentar la declaración jurada anual de impuestos a la renta al enajenante, cuando el comprador realice la retención del impuesto en su totalidad, es decir, con una tasa del 35%.

- Sustituto.

Será el adquirente, sobre quien recae la obligación de retención, cualquiera sea el domicilio o residencia de éste, de acuerdo lo establece el artículo 74 N°4 de la LIR sobre quienes remesen al exterior, retiren, distribuyan o paguen rentas afectas al impuesto adicional de acuerdo a los artículos 58°, 59°, 60° y 61°.

- Responsable.

El mismo adquirente será, además, el sujeto responsable, ya que deberá efectuar la retención del impuesto que grave dichas enajenaciones con una tasa del

tiempo de hacer el pago de tales rentas. La retención se efectuará sobre el monto íntegro de las rentas indicadas.”

¹⁶ Artículo 58 N°3 inciso 4 de la LIR, parte final, establece que “No se aplicará lo establecido en este inciso, cuando el impuesto haya sido retenido en su totalidad por el comprador conforme a lo dispuesto por el número 4, del artículo 74.”

20%¹⁷, aplicada sobre la renta determinada en la forma establecida en la letra (b), del N° 3, del artículo 58 de la LIR; la cual debía declararse mediante declaración jurada anual de impuesto a la renta, o bien, como renta esporádica.

1.2.2.7. Nuevas atribuciones del Servicio de Impuestos Internos

Otra de las innovaciones de la materia incorporadas por la Ley N°20.630, fue otorgar nuevas atribuciones al Servicio de Impuestos Internos para fiscalizar la aplicación de la norma, entre las cuales encontramos:

- (a) Facultad de tasar el valor de mercado de los activos subyacentes chilenos conforme al artículo 64 del Código Tributario, sin perjuicio de las excepciones, tales como la reorganización empresarial, o los casos en que existiera una legítima razón de negocios¹⁸.

¹⁷ Artículo 74 N°4 inciso final de la LIR vigente con la ley N°20.630, establecía que *“Tratándose de las enajenaciones a que se refieren los artículos 10, inciso tercero, y 58, número 3, los adquirentes de las acciones, cuotas, derechos y demás títulos, efectuarán una retención del 20% sobre la renta gravada determinada conforme a la letra (b) del número 3) del artículo 58, retención que se declarará en conformidad a los artículos 65, N° 1 y 69.”*

¹⁸ Sin perjuicio de la facultad de tasar del SII, el artículo 38 de la Ley sobre Impuesto a la Renta vigente a partir de la Ley N°20.630 de fecha 27 de septiembre de 2012, establecía una limitación de la facultad de tasar, de acuerdo a lo siguiente: *“Será aplicable a la asignación de activos de cualquier clase, corporales o incorporales, que se efectúe desde el exterior por la matriz a un establecimiento permanente en el país, o desde éste a su matriz extranjera o a otro establecimiento permanente ubicado en Chile o en el exterior, lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 64 del Código Tributario. Tratándose de la asignación de acciones o derechos sociales en sociedades constituidas en el país efectuada desde el exterior por la matriz a un establecimiento permanente en el país, el Servicio carecerá de la facultad de tasar con tal que dicha*

(b) En el caso de que no se pudiera acreditar fehacientemente el valor de adquisición de las acciones, el SII determinará la renta conforme a la letra b) del número 3) del artículo 58 de la LIR, perdiéndose, por tanto, la facultad de optar el régimen tributario aplicable al mayor valor¹⁹, así como de optar la forma de determinar el mayor valor afecto a impuestos.

(c) Facultad del Servicio de ejercer las facultades del artículo 41 E de la LIR sobre precios de transferencia entre empresas relacionadas, con el fin de determinar el valor de mercado de las acciones, cuotas, títulos o derechos de la persona o entidad extranjera enajenada.

1.2.2.8. Excepción a la aplicación de la norma: Casos de reorganización empresarial.

Sin perjuicio de poder cumplirse cada una de las hipótesis que la ley establece para la procedencia de la tributación sobre la transferencia indirecta de activos

asignación obedezca a una legítima razón de negocios, no origine un flujo efectivo de dinero para la matriz y sea efectuada y registrada en la contabilidad del establecimiento permanente al valor contable o tributario en que los activos estaban registrados en ella.”

¹⁹ De acuerdo al inciso 3 del artículo 58 N°3 de la LIR, “Cuando no se acredite fehacientemente el valor de adquisición de las referidas acciones, cuotas, títulos o derechos, que tenga el enajenante extranjero, el Servicio determinará la renta gravada con impuestos en Chile conforme a la letra (b) precedente con la información que obre en su poder, perdiéndose la posibilidad de elección establecida anteriormente.”

subyacentes chilenos, no se aplicará el impuesto del inciso tercero del artículo 10 de la LIR, cuando las enajenaciones ocurridas en el exterior se hayan realizado en el contexto de una reorganización empresarial en los términos del artículo 96 de la ley N°18.045 sobre Mercado de Valores²⁰, siempre que no exista renta o mayor valor para el enajenante.

Esta excepción será analizada más detalladamente en el capítulo IV de la presente AFET.

1.2.2.9. Conflictos que presentó la aplicación de la norma bajo la Ley N°20.630 de 2012.

Si bien la Ley N° 20.630 de 2012 amplió considerablemente el ámbito de aplicación del hecho gravado respecto de la norma anterior, abarcando situaciones que antes no se encontraban afectas a impuestos en Chile, el principal conflicto que enfrentó esta nueva disposición se relacionaba con la facultad de perseguir el pago del impuesto relativo a una operación llevada a

²⁰ Artículo 96 LMV inciso 1° establece que: “Grupo empresarial es el conjunto de entidades que presentan vínculos de tal naturaleza en su propiedad, administración o responsabilidad crediticia, que hacen presumir que la actuación económica y financiera de sus integrantes está guiada por los intereses comunes del grupo o subordinada a éstos, o que existen riesgos financieros comunes en los créditos que se les otorgan o en la adquisición de valores que emiten.”

cabo entre dos contribuyentes sin domicilio ni residencia en Chile, lo cual, para el ente fiscalizador chileno, se hacía imposible en la práctica.

Como la Ley N°20.780 mantuvo la norma casi sin modificaciones, analizaremos los conflictos que presenta la norma en el capítulo II de la presente AFET.

1.2.3. Ley N° 20.780 de 29 de septiembre de 2014.

La ley N° 20.780 que modifica el sistema de tributación de la renta e introduce diversos ajustes en el sistema tributario publicada el 29 de septiembre de 2014, junto con la ley N° 20.899 publicada el 08 de febrero de 2016, corresponden a la última gran modificación legal, actualmente vigente, por lo que será analizada en el capítulo II de la presente AFET, al cual nos remitimos.

CAPÍTULO II
MARCO JURÍDICO APLICABLE
A LA TRANSFERENCIA INDIRECTA DE ACTIVOS LOCALES.

2.1. Generalidades.

En este apartado, analizaremos definición de la enajenación indirecta, los fundamentos para establecer la norma y la normativa interna aplicable.

2.1.1. Definición Enajenación Indirecta.

Para establecer una definición de Enajenación Indirecta, se debe tener presente que, por corresponder a una norma relativamente nueva, y que la mayoría de los países no contempla, cada país ha normado desde su propia experiencia lo que entiende por Enajenación Indirecta, existiendo un disímil tratamiento en cada uno de éstos.

Por ejemplo, para la Plataforma de Colaboración en materia Tributaria, “Una transferencia indirecta implica la enajenación de un derecho de participación indirecta en un activo, en su totalidad o en parte. Lo que se transfiere indirectamente es el activo subyacente.” A su vez, establece que “Por ejemplo,

una transferencia directa de acciones de una empresa que posee un bien inmueble es una transferencia indirecta de ese bien inmueble.”²¹

Para RIBES²², “Transmisión indirecta de acciones es aquella transmisión de acciones que se efectúa por un no residente a través de entidades *holding* radicadas en territorios *off-shore*.”

La norma peruana, mediante la Ley N°29.633, publicada en el Diario Oficial peruano con fecha 15 de febrero de 2011, establece que “se produce una enajenación indirecta cuando se enajenan acciones o participaciones representativas del capital de una empresa no domiciliada en el país que a su vez es propietaria en forma directa -por medio de otra u otras empresas- de acciones o participaciones representativas del capital de persona(s) jurídica(s) domiciliada(s) en el país, siempre que se produzca cualquiera de las siguientes condiciones (...)”

²¹ PLATAFORMA DE COLABORACIÓN en materia Tributaria. “Borrador de consulta: Tributación de las transferencias indirectas transnacionales - Una guía práctica. Plazo para formular comentarios: Del 1° de agosto de 2017 al 20 de octubre de 2017.” [En línea]: <<http://www.oecd.org/tax/discussion-draft-toolkit-taxation-of-offshore-indirect-transfers-ESP.pdf>> [Consulta: 05 mayo 2018]. Pág. 7.

²² RIBES Ribes, Aurora. “Transmisión indirecta de acciones como instrumento de elusión fiscal.” En revista de Fiscalidad Internacional y Negocios Transnacionales. 2017, 5: 83-118. Universidad de Alicante, España. Pág. 85.

Como vemos, existen diversas definiciones sobre enajenación indirecta, las que dicen relación ya sea con la razón que tuvo cada país para establecer la norma, así como la referencia que hacen al activo subyacente enajenado, los cuales, en la mayoría de los casos, recaen principalmente en acciones, derechos sociales u otras formas de participación en compañías sin domicilio ni residencia en un país, las que a su vez son dueñas directa o indirectamente, de activos subyacentes ubicados en otro país.

2.1.2. Fundamentos para gravar la Enajenación Indirecta.

Los fundamentos para gravar la Enajenación Indirecta de activos subyacentes, respecto de lo cual concordamos con RIBES, son principalmente dos: la necesidad de combatir la elusión fiscal y la territorialidad.

La razón de combatir la elusión fiscal se genera por un motivo histórico, toda vez que cada país que ha incorporado la norma, o al menos los primeros en establecerla, tuvieron como origen un caso en virtud del cual, la enajenación indirecta de un activo local no se encontraba afecta a ningún impuesto en dicho país. Casos como los acontecidos con la Compañía Minera Disputada de Las Condes en Chile, Vodanoffe en India y Petro Tech en Perú, son solo ejemplos de

hechos que empujaron el establecimiento de la norma sobre enajenación indirecta en sus respectivos países.

Por otra parte, el principio de territorialidad, entendido como la fuente económica de la operación realizada en terceros países, podría ser también una causal suficiente para establecer la norma sobre enajenación indirecta.

Dicha norma puede establecerse mediante una norma general antielusión, o bien, a través de una norma especial que la regule, como es el caso de Chile. En cualquiera de los dos casos, consideramos fundamental el establecer detalladamente qué situaciones podrían originar el acaecimiento del hecho gravado, de manera de otorgar la mayor certeza jurídica posible, tratando de evitar, por su parte, la doble tributación internacional a que puede dar origen esta norma.

2.1.3. Normativa interna aplicable.

Para comprender los alcances de la tributación sobre la renta obtenida por la enajenación indirecta de activos locales, debemos referirnos a los siguientes artículos, que en conjunto configuran su tratamiento tributario:

- (a) Artículo 10 inciso 3° de la LIR, que alude al hecho gravado principal;
- (b) Artículo 58 N°3 de la LIR, que se refiere al impuesto aplicable;
- (c) Artículo 64 del Código Tributario que faculta al Servicio de Impuestos Internos para tasar el valor de los activos subyacentes chilenos;
- (d) Artículo 41 E sobre precios de transferencia, aplicable respecto al valor de la totalidad de la operación conforme al principio *arm's length*; y,
- (e) Artículo 74 N°4 inciso final, relativo a la obligación de retención del impuesto aplicable.

2.2. Elementos de la obligación tributaria en materia de enajenación indirecta de activos locales, artículos 10 inciso 3° y 58 N°3 de la LIR.

En este apartado analizaremos las principales disposiciones legales relativas a la enajenación indirecta de activos subyacentes chilenos, así como cada uno de los elementos de la obligación tributaria, a saber: hecho gravado, sujeto pasivo, base imponible y tasa.

2.2.1. Hecho gravado.

Si bien no existe definición legal de hecho gravado, éste puede definirse como “aquel acontecimiento o circunstancia de consecuencias jurídicas o económicas

que, por mandato de la ley, da origen a la obligación tributaria. Dicho acontecimiento o circunstancia es definido por cada ley tributaria para los efectos particulares de cada una de ellas.”²³

El hecho gravado en materia de enajenación indirecta de activos subyacentes corresponde a un hecho gravado complejo, ya que no requiere solo de una circunstancia fáctica para su verificación, sino de diversas hipótesis conformadas por un conjunto de hechos que deben acontecer coetáneamente, todos contenidos en el artículo 10 inciso 3° de la LIR.

En este contexto, verificaremos la concurrencia de cada uno de los elementos del hecho gravado, esto es, los elementos material, personal, territorial y temporal.

2.2.1.1. Elemento material

Como señalamos anteriormente, el hecho gravado en la Enajenación Indirecta corresponde a un hecho gravado complejo, ya que contiene tres hipótesis, cada una de las cuales se encuentra compuesta por diversas situaciones que deben acontecer en un momento determinado para que el hecho gravado se verifique.

²³ CAVADA Herrera, Juan Pablo, Biblioteca del Congreso Nacional, Asesoría Técnica Parlamentaria. jcavada@bcn.cl, anexo 1873. 28/08/2014

El elemento material en el caso concreto consiste en la concurrencia de las tres siguientes situaciones copulativas:

En primer lugar, que se efectúe la enajenación de derechos sociales, acciones, cuotas, bonos u otros títulos convertibles en acciones o derechos sociales; la enajenación de otros derechos representativos del capital de una persona jurídica constituida o residente en el extranjero; o de títulos o derechos de propiedad respecto de cualquier tipo de entidad o patrimonio, constituido, formado o residente en el extranjero, en adelante también los “Activos Extranjeros”.

En segundo lugar, que la totalidad o parte del valor de los Activos Extranjeros enajenados, corresponda a uno o más de los siguientes activos subyacentes, (en adelante “Activos Subyacentes”), que el artículo 10 de la LIR establece en sus numerales (i) al (iii):

- (i) Acciones, derechos, cuotas u otros títulos de participación en la propiedad, control o utilidades de una sociedad, fondo o entidad constituida en Chile;
- (ii) Una agencia u otro tipo de establecimiento permanente en Chile de un contribuyente sin domicilio ni residencia en el país, considerándose para efectos tributarios que dicho

establecimiento permanente es una empresa independiente de su matriz u oficina principal; o,

- (iii) Cualquier tipo de bien mueble o inmueble situado en Chile, o de títulos o derechos respecto de los mismos, cuyo titular o dueño sea una sociedad o entidad sin domicilio o residencia en Chile.

En tercer y último lugar, aplicará la norma sobre enajenación indirecta de Activos Subyacentes chilenos, en cualquiera de las 3 hipótesis señaladas en las letras a), b) y c) siguientes²⁴:

Siempre que los Activos Subyacentes chilenos correspondan, a lo menos, al 10% del total de las acciones, cuotas, títulos o derechos de la entidad extranjera enajenada, en los siguientes casos:

- a) Si al menos un 20% del valor de mercado del total de las acciones, cuotas, títulos o derechos extranjeros que el enajenante posee en la entidad extranjera, esté representado por Activos Subyacentes chilenos, en la proporción que corresponda a la participación indirecta que en ellos posee el enajenante extranjero;
- b) Si el valor corriente en plaza de los Activos Subyacentes chilenos, sea igual o superior a 210.000 UTA;

²⁴ Estas tres hipótesis son tratadas tanto por la doctrina como por el SII como 3 hechos gravados distintos.

O bien, independiente del valor y el porcentaje que represente los activos subyacentes chilenos:

c) Cuando el activo extranjero objeto de la enajenación, hubiera sido emitido por una sociedad o entidad constituida en uno de los territorios o jurisdicciones que se consideren como un régimen fiscal preferencial conforme a las reglas establecidas en el artículo 41 H de la LIR. No obstante, esta hipótesis contiene dos excepciones, a saber:

c.1.) Cuando en la entidad o sociedad extranjera cuyas acciones o derechos se enajenan, no exista un socio domiciliado o residente en Chile con 5% o más de participación o beneficio en el capital o utilidades de dicha sociedad; o bien,

c.2.) Cuando sus socios, accionistas, titulares o beneficiarios que controlan un 50% o más de su capital o utilidades, son residentes o domiciliados en un territorio que no tenga un régimen fiscal preferencial en los términos dispuestos en el artículo 41 H.

Por lo tanto, en cualquiera de estas dos excepciones, solo se encontrará gravada la renta obtenida por la Enajenación Indirecta en Chile, por la aplicación de las dos primeras hipótesis.

Respecto de la tercera hipótesis, en cualquiera de las circunstancias, se devengará el impuesto sobre la enajenación indirecta de activos subyacentes locales. Así por ejemplo, si el Activo Subyacente chileno enajenado tiene un valor

inferir a 210 UTA, o éste correspondiera solo a un 10%, aplicará igualmente la norma, sin perjuicio de las excepciones que pudieran proceder.

2.2.1.2. Elemento personal.

Respecto de la persona que incurre en el hecho gravado, según lo establece el artículo 10 inciso 3 de la LIR, corresponderá al “enajenante” no domiciliado ni residente en el país.

2.2.1.3. Elemento territorial.

Este corresponde a uno de los elementos más controversiales relativos a la Enajenación Indirecta, toda vez que el bien que se enajena corresponde a un activo situado en el extranjero que, a su vez, es dueño de un Activo Subyacente chileno cuyos enajenante y adquirente pueden ser no domiciliados ni residentes en Chile.

En este caso, se verifica una extensión del elemento territorial relativo a la situación de los bienes, contemplado en el artículo 10 inciso 1° de la LIR, según el cual, “Se considerarán rentas de fuente chilena, las que provengan de bienes situados en el país o de actividades desarrolladas en él cualquiera que sea el domicilio o residencia del contribuyente.”

Lo anterior, debido a que los bienes directamente enajenados se encontrarán situados en el extranjero, resultando gravados solo por la incorporación expresa de la ley en el sentido de gravar las rentas obtenidas en la enajenación indirecta de activos situados en Chile.

2.2.1.4. Elemento temporal.

Respecto del momento en que se entiende verificado el hecho gravado en la transferencia indirecta, corresponderá específicamente a la fecha de la enajenación indirecta del Activo Subyacente chileno, es decir, si en ese instante se cumplen cualquiera de las hipótesis que contempla la norma, se devengará el impuesto.

Para que se verifique el hecho gravado, si bien cada uno de sus elementos debe concurrir coetáneamente, para determinar el monto mínimo de 210 UTA del valor corriente en plaza de los activos subyacentes enajenados, como el 10% mínimo que de los derechos extranjeros enajenados correspondan los activos subyacentes chilenos que se deben transferir para la aplicación de la norma, en ambos casos se consideran el momento de la enajenación y sus 12 meses anteriores.

2.2.2. Sujeto pasivo.

El sujeto pasivo corresponde a “aquel que se encuentra obligado al pago del impuesto personal, subsidiaria o solidariamente”. En la Enajenación Indirecta, considerando que la operación se lleva a cabo en el extranjero, encontramos los siguientes sujetos pasivos: contribuyente, sustituto y responsable. Por su parte, éste último podrá ser solidario o subsidiario.

Si bien la ley N° 20.780 mantiene la estructura general de la tributación sobre la enajenación indirecta de activos subyacentes chilenos; la principal reforma en esta materia fue incorporar la responsabilidad solidaria entre el adquirente del activo subyacente chileno, y la entidad, empresa o sociedad emisora de los activos subyacentes, lo que analizaremos a continuación:

2.2.2.1. Contribuyente.

El contribuyente, sujeto pasivo de la obligación tributaria al ser quien incurre en el hecho gravado, lo constituirá el enajenante sin domicilio ni residencia en Chile, al obtener un mayor valor o rentas de fuente chilena por la enajenación indirecta de activos subyacentes chilenos.

En este mismo sentido se pronuncia el artículo 58 N°3 inciso 4, que establece que “Este impuesto deberá ser declarado y pagado por el enajenante no domiciliado ni residente en el país, sobre base devengada, conforme a lo dispuesto en los artículos 65, número 1, y 69, de esta ley.”

2.2.2.2. Sustituto.

El sujeto pasivo sustituto corresponde, en términos generales, al agente retenedor, quien resulta obligado al pago del impuesto en reemplazo del contribuyente.

Respecto de la Enajenación Indirecta, el artículo 58 N°3 inciso 4° en relación con el artículo 74 N°4 inciso final de la LIR²⁵, establece la obligación de retener al adquirente de los Activos Subyacentes chilenos de acuerdo a lo siguiente:

- (a) Tendrá la obligación de retener el 20%²⁶ sobre la renta gravada determinada conforme a la letra (b), del artículo 58 de la LIR N° 3 de la

²⁵ El nuevo inciso final del artículo 74 N°4 de la LIR, establece: “*Tratándose de las enajenaciones a que se refieren los artículos 10, inciso tercero, y 58, número 3, los adquirentes de las acciones, cuotas, derechos y demás títulos, efectuarán una retención del 20% o 35%, según corresponda, sobre la renta gravada determinada conforme a la letra b) del número 3) del artículo 58, retención que se declarará en conformidad a los artículos 65, número 1, y 69, o conforme al artículo 79, a elección del contribuyente.*” (el destacado es nuestro).

²⁶ Respecto de la tasa de retención del 20%, se debe tener presente que dicha tasa rebajada de retención se encontraba establecida en el artículo 74 N°4 inciso final vigente solo hasta la dictación de la Ley N°20.780, que cambió la tasa del impuesto por “la de 20% o 35% según corresponda”. Sin embargo, se ha mantenido

LIR, que será analizada en el punto siguiente, la que se declarará en conformidad a los artículos 65 N° 1 y 69 de la LIR, esto es, mediante declaración jurada anual de impuestos, para lo cual deberá encontrarse inscrito en el RUT.

(b) Por su parte, de acuerdo al artículo 69 N°3 de la LIR, los adquirentes de los Activos Extranjeros podrán optar por retener la totalidad del impuesto, es decir, el 35% de Impuesto Adicional, también sobre la renta gravada determinada conforme a la letra (b), del N° 3 del artículo 58 de la LIR, para lo cual también deberá encontrarse inscrito en el RUT, y ser declarado y pagado mediante declaración jurada anual de impuesto a la renta.

(c) Ahora bien, adquirente no estará obligado a retener, en los casos en que el enajenante opte por considerar las rentas como esporádicas.

De las opciones anteriores, podemos señalar lo siguiente:

- El artículo 74 inciso 4° de la LIR, establece la obligación de efectuar “una retención del 20% o 35%, según corresponda, sobre la renta gravada determinada conforme a la letra b) del número 3) del artículo 58 (...)”. Es

el criterio de la Circular N°14 de 2014, relativa a la tasa reducida de retención de Impuesto Adicional en la Enajenación Indirecta.

decir, de optar por determinar la renta gravada conforme a la letra a) del artículo 58 número 3) de la LIR, no existirá obligación de retener para el adquirente.

- De no existir obligación de retención, si la operación fuera revisada por el SII y éste encontrara diferencias, el adquirente de igual forma mantiene su responsabilidad por el pago del impuesto²⁷.
- De esta forma, el adquirente de las acciones queda en una posición desventajosa, al eliminar bajo la opción a) la obligación de retener, pero sin eliminar, asimismo, su responsabilidad ante el no pago del Impuesto Adicional.

2.2.2.3. Responsable.

Por último, en la venta indirecta encontramos también al sujeto pasivo responsable, el que es definido como el que, no siendo el contribuyente, se encuentra obligado a responder ante el no pago del impuesto, conservando el derecho a repetir en contra de éste.

El sujeto pasivo responsable, podrá ser: subsidiario, si se puede perseguir en subsidio del contribuyente principal; o solidario, caso en el cual se podrá

²⁷ Artículo 58 N°3 inciso 5° de la LIR.

perseguir el cumplimiento de la obligación por parte de la autoridad administrativa, sobre el responsable y el contribuyente conjuntamente.

En relación a la Enajenación Indirecta, encontramos ambos tipos de sujetos responsables, a saber:

En calidad de responsable subsidiario, se encuentra el adquirente, conforme lo establece el artículo 58 N°3 inciso 5° de la LIR: “en caso que el impuesto no sea declarado y pagado, el SII podrá, previa citación, liquidar y girar los impuestos al adquirente de las acciones, cuotas, títulos o derechos emitidos por la sociedad o entidad extranjera.”

Ahora bien, junto con el adquirente como responsable subsidiario, el mismo artículo 58 N°3 inciso 5° de la LIR establece que responderá solidariamente junto con el adquirente de las acciones, “la entidad, empresa o sociedad emisora de los activos subyacentes a que se refiere el literal (i) del inciso tercero del artículo 10, o la agencia u otro establecimiento permanente en Chile a que se refiere el literal (ii) de la citada disposición”.

Si bien es cierto la responsabilidad subsidiaria es del todo lógica, en tanto es el adquirente quien efectúa el pago de la renta al enajenante; la responsabilidad solidaria que recae sobre el objeto de la enajenación llama la atención de

diversas formas, entre otras, debido a que se hace responsable a un ente que no intervino en la toma de decisiones relativas a la enajenación y no obtiene rentas provenientes de la misma operación, por lo que se hace difícil argumentar su legalidad.

Dichas situaciones, serán analizadas en el capítulo IV de la presente AFET.

2.2.3. Base imponible

Respecto de la base imponible en la enajenación indirecta, esto es, la cuantificación del hecho gravado, se debe tener presente que lo que se grava no es el mayor valor obtenido por la operación extranjera en su totalidad, sino solo la proporción que representa el valor corriente en plaza de los activos subyacentes chilenos, en la proporción que éstos son indirectamente adquiridos, a elección del contribuyente, de la siguiente forma:

- (a) La cantidad que resulte de aplicar, al precio o valor de enajenación de las acciones, cuotas, títulos o derechos extranjeros enajenados, rebajado por el costo de adquisición que en ellos tenga el enajenante, la proporción que represente el valor corriente en plaza o los que normalmente se cobren o cobrarían en convenciones de similar naturaleza, considerando las circunstancias en que se realiza la operación, de los activos subyacentes

a que se refieren los literales (i), (ii) y (iii) de la letra a), del inciso tercero, del artículo 10 y en la proporción correspondiente en que ellos son indirectamente adquiridos con ocasión de la enajenación ocurrida en el exterior, sobre el precio o valor de enajenación de las referidas acciones, cuotas, títulos o derechos extranjeros;

(b) La proporción del precio o valor de enajenación de las acciones, cuotas, títulos o derechos extranjeros, que represente el valor corriente en plaza o los que normalmente se cobren o cobrarían en convenciones de similar naturaleza, considerando las circunstancias en que se realiza la operación, de los activos subyacentes a que se refieren los literales (i), (ii) y (iii) de la letra a), del inciso tercero, del artículo 10 y en la proporción correspondiente en que ellos son indirectamente adquiridos con ocasión de la enajenación ocurrida en el exterior, por el precio o valor de enajenación de las referidas acciones, cuotas, títulos o derechos extranjeros, rebajado el costo tributario de los activos subyacentes situados en Chile del o los dueños extranjeros directos de los mismos y que se adquieren indirectamente con ocasión de la enajenación correspondiente.

Por último, la ley permite optar por sustituir el Impuesto Adicional determinado conforme a lo recién señalado, por el régimen tributario que se habría aplicado

de enajenar directamente los activos subyacentes en el país. Esta opción, sin embargo, tenía mayor importancia hasta antes de la dictación de la Ley N°20.780, que derogó la aplicación del impuesto único de primera categoría por el mayor valor obtenido en la venta de acciones o derechos sociales, siempre que se cumpliera con una serie de requisitos.

En definitiva, de optar por el régimen tributario aplicado de enajenar directamente los activos subyacentes en Chile, solo será aplicable la tributación general, es decir, se afectará el mayor valor con impuesto de primera categoría e impuestos finales.

2.2.4. Tasa.

Respecto de la tasa con la cual se afecta la Enajenación Indirecta, el artículo 58 N°3 establece como regla general una tasa fija de 35% aplicable sobre el mayor valor obtenido en la Enajenación Indirecta de activos locales, en la proporción que corresponda a los activos chilenos.

Sin perjuicio de lo anterior, de acuerdo a lo establecido en el número precedente, la ley permite optar por sustituir el Impuesto Adicional determinado conforme a lo recién señalado, por el régimen tributario que se habría aplicado de enajenar directamente los activos subyacentes en el país, por lo que actualmente solo

resultaría aplicable la tributación general, según la cual el mayor valor quedará afecto al impuesto de primera categoría e impuestos finales, según corresponda.

2.3. Características de la tributación relativa a la Enajenación Indirecta de activos locales chilenos.

De acuerdo a lo analizado anteriormente, podemos mencionar como características de la Enajenación Indirecta de Activos Subyacentes chilenos, las siguientes:

2.3.1. Corresponde a un impuesto sobre ganancias de capital.

El impuesto sobre la renta obtenida por transferencia indirecta de activos subyacentes chilenos, corresponde a un impuesto sobre ganancias de capital, ya que, según analizamos en los elementos de la obligación tributaria, la base imponible se compone de la diferencia entre el valor de adquisición de los activos extranjeros y el valor obtenido al transferirlo, en la proporción que representa el valor corriente en plaza de los activos subyacentes chilenos, y en la proporción que son indirectamente adquiridos.

Por su parte, se debe tener presente que lo que resulta afecto a Impuesto Adicional corresponde a la utilidad obtenida producto de la Enajenación Indirecta, es decir, sobre el mayor valor determinado²⁸.

2.3.2. Corresponde a un impuesto de retención.

De acuerdo a lo señalado en el punto 2.2.2., anterior, la norma sobre Enajenación Indirecta corresponde a un impuesto de retención, en tanto existe la obligación para el adquirente, de retener el impuesto al momento del pago del precio o valor.

2.3.3. Se aplica sobre base devengada.

En este sentido se refiere el artículo 58 N° 3 inciso 4 de la LIR, que establece que el impuesto deberá ser declarado y pagado por el enajenante sobre base devengada²⁹.

²⁸ Así ha sido reconocido, además, por el Servicio de Impuestos Internos en el Oficio N° 1481, de 22.08.2014.

²⁹ El artículo 2 N°2 de la Ley sobre Impuesto a la Renta, define renta devengada como “Aquella sobre la cual se tiene un título o derecho, independiente de su actual exigibilidad”. Esto, en contraposición a la renta percibida, definida ésta en el artículo 2 N°2 de la LIR como “aquella que ha ingresado materialmente al patrimonio de una persona. Debe asimismo, entenderse que una renta devengada se percibe desde que la obligación se cumple por algún modo de extinguir distinto al pago.”.

2.3.4. Solidaridad en la Enajenación Indirecta de activos subyacentes chilenos.

La Ley N°20.980 junto con la Ley N° 20.899, como vimos anteriormente, incorporan en el artículo 58 N°3 inciso 5 de la LIR, la responsabilidad solidaria en el pago de tributo adeudado producto de la Enajenación Indirecta, a la entidad, empresa o sociedad emisora de los activos subyacentes, junto al agente retenedor que, en este caso, corresponde al adquirente.

2.3.5. Contiene una excepción en su aplicación: Caso de reorganización del grupo empresarial.

Sin perjuicio de poder cumplirse cada una de las hipótesis que la ley establece para la procedencia de la tributación sobre la Enajenación Indirecta, no se aplicará el impuesto del inciso tercero del artículo 10 de la LIR, cuando las enajenaciones ocurridas en el exterior se hayan realizado en el contexto de una reorganización empresarial en los términos del artículo 96 de la ley N°18.045 sobre Mercado de Valores, siempre que no exista renta o mayor valor para el enajenante.

Si bien el concepto de “reorganización empresarial” no forma parte del análisis central de este estudio, las principales implicancias que conlleva dicho término serán revisadas en el capítulo IV siguiente; así como las diversas interpretaciones que ha tenido, tal como, la interpretación con criterio restrictivo que realiza el SII, al restringir la aplicación de la norma a los casos en que, en la reorganización, se mantiene un control común.

2.3.6. Rebaja de inversiones en la norma sobre enajenación indirecta.

El objetivo principal de la norma en estudio, es la tributación en Chile por las rentas obtenidas en el extranjero, que deriven de la enajenación de Activos Subyacentes chilenos.

De acuerdo a lo anterior, parece lógico que, si la entidad que se encuentra constituida o domiciliada en Chile, objeto de la enajenación, es propietaria, a su vez, de activos provenientes de terceros países, se permita rebajar dichas inversiones. De esta manera, por ejemplo, se evita una eventual doble tributación internacional en el caso de que el tercer país también contemple la norma sobre Enajenación Indirecta de sus activos subyacentes.

Al respecto, el artículo 10 inciso 3° de la LIR permite excluir de la determinación del valor corriente en plaza de los activos subyacentes adquiridos, el valor

corriente en plaza de las inversiones que las empresas o entidades constituidas en Chile mantengan en el extranjero a la fecha de enajenación de los títulos, cuotas, derechos o acciones extranjeras, así como cualquier pasivo contraído para su adquisición y que se encuentre pendiente de pago, también de acuerdo a su valor corriente en plaza.

2.3.7. Su declaración y pago puede ser anual o como renta esporádica.

Respecto de la declaración y pago del impuesto, también se establece una opción para el enajenante, que podrá optar entre declarar y pagar el impuesto en abril del año siguiente a aquel que se llevó a cabo la enajenación, o bien, dentro de los doce días del mes siguiente a la enajenación. En este último caso, las rentas obtenidas por la Enajenación Indirecta serán consideradas como rentas esporádicas para efectos de lo dispuesto en el artículo 69 N° 3 de la LIR y, de esta forma, no será necesario efectuar declaración y pago anual del impuesto.

Cabe destacar, que si bien mediante la declaración de rentas esporádicas el legislador busca facilitar el cumplimiento tributario de la norma, uno de los conflictos prácticos que esto enfrenta es precisamente el exigir al contribuyente

extranjero su reconocimiento y obtención de RUT en Chile³⁰ para la declaración y pago del impuesto, lo que será analizado en el capítulo IV de la presente AFET.

2.4. Facultad de tasación del artículo 64 del Código Tributario.

Respecto de la facultad de tasar, la letra a) del inciso 3° del artículo 10 de la LIR, establece como una de las hipótesis para la aplicación de la norma, “cuando al menos un 20% del valor de mercado del total de lo enajenado, provenga de activos subyacentes chilenos, en la proporción que corresponda a la participación indirecta que en ellos posee el enajenante extranjero”.

Dicho valor de mercado o corriente en plaza de el o los activos subyacentes chilenos, considerando las circunstancias en las que se lleva a cabo la operación, podrá ser tasada por el Servicio de Impuestos Internos.

³⁰ SERVICIO DE IMPUESTOS INTERNOS. 2014. Circular N°31: Regula obligación de inscribirse en el registro del Rol Único Tributario y de dar Aviso de Inicio de Actividades, respecto de personas sin domicilio ni residencia en Chile y de otros entes con o sin personalidad jurídica constituidos u organizados en el extranjero. 19 mayo 2014.

2.5. Su fiscalización es de citación y liquidación previa obligatoria.

De acuerdo a parte de la doctrina y a reiterada jurisprudencia administrativa y judicial, el SII solo está obligado a citar y liquidar cuando la ley lo haya establecido como trámite previo.

La Enajenación Indirecta correspondería a uno de éstos, aplicándose en favor del adquirente, y se encuentra establecido en el artículo 58 N°3 inciso 5° de la LIR, que establece que, “En caso que el impuesto no sea declarado y pagado conforme a lo dispuesto precedentemente, el Servicio, con los antecedentes que obren en su poder y previa citación, podrá liquidar y girar el tributo adeudado al adquirente de las acciones, cuotas, títulos o derechos emitidos por la sociedad o entidad extranjera.”

2.6. Aplicación de las normas sobre precios de transferencia para determinar el valor de mercado de la persona o entidad extranjera enajenada.

Como vimos en el punto 2.4., la norma sobre la Enajenación Indirecta de activos locales contiene como una de las hipótesis para su aplicación, que a lo menos el 20% del valor de mercado del total de lo enajenado provenga de activos subyacentes chilenos, pudiendo aplicar las facultades de tasar el valor de los

activos subyacentes chilenos. Sin embargo, respecto del valor de la totalidad de la operación, la norma establece que, para determinar el valor de mercado de las acciones, cuotas, títulos o derechos de la persona o entidad extranjera, el Servicio podrá ejercer las facultades del artículo 41 E de la LIR, que regula los precios de transferencia entre empresas relacionadas.

De acuerdo a las directrices de la OCDE, las normas sobre precios de transferencias, “son los precios a los que una empresa transmite bienes materiales y activos intangibles, o presta servicios, a empresas asociadas”³¹.

Las condiciones que deben concurrir para que el Servicio de Impuestos Internos pueda ejercer sus facultades de impugnar o establecer los precios, de acuerdo a la Circular N°29 de 2013 del SII, son: i) Que la operación se haya realizado entre el contribuyente domiciliado, residente o establecido en Chile, con partes relacionadas en el extranjero; y ii) Que los precios, valores o rentabilidades de la operación, no se hayan ajustado o sean distintos a los precios, valores o rentabilidades normales de mercado.

³¹ OECD. 2013. Directrices de la OCDE aplicables en materia de precios de transferencia a empresas multinacionales y administraciones tributarias. 2010, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid. [En línea] <https://www.oecd-ilibrary.org/taxation/directrices-de-la-ocde-aplicables-en-materia-de-precios-de-transferencia-a-empresas-multinacionales-y-administraciones-tributarias-2010_9789264202191-es> [Consulta: 10 agosto 2017]. Pág. 24.

En síntesis, la norma relativa a la transferencia indirecta de activos locales hace aplicable la facultad del SII de impugnar y establecer los precios a operaciones llevadas a cabo totalmente en el extranjero, en el caso de que se enajene indirectamente un activo subyacente chileno, situación que consideramos difícilmente aplicable, tomando en cuenta la dificultad que conllevaría a la administración tributaria perseguir el pago del tributo respecto de partes que llevaron a cabo la operación en el extranjero.

CAPÍTULO III

LEGISLACIÓN INTERNACIONAL APLICABLE

En primer lugar, se debe tener presente que esta materia -hasta la fecha- si bien no fue tratada en el proyecto OCDE y del G-20 relativo a la Erosión de la Base Imponible y Traslado de Beneficios (BEPS), ha sido un tema que los países en desarrollo y de economía extractiva han logrado gradualmente poner sobre la mesa.

Sin embargo, la falta de un análisis y un criterio internacional ha llevado a que cada país, en base a sus propios análisis, consideraciones e intereses, defina si grava o no las enajenaciones indirectas, así como el alcance en cuanto a bienes afectos y regulación.

En ese contexto, la Plataforma de Colaboración en materia Tributaria³² se encuentra actualmente elaborando una guía práctica sobre la tributación de las enajenaciones indirectas transnacionales^{33 34}.

Por su parte, el modelo del convenio OCDE versión 2017, contiene el tratamiento general en su párrafo 4 al artículo 13, sobre ganancias de capital, que analizaremos a continuación.

3.1. Convenios para evitar la doble tributación internacional

3.1.1. Modelo OCDE sobre transferencia indirecta. Artículo 13 párrafo IV.

Como vimos, el modelo del Convenio OCDE en su artículo 13, contiene la regulación de las ganancias de capital, cuyo párrafo IV³⁵, establece:

“Las ganancias obtenidas por un residente de un Estado contratante por la enajenación de acciones o de intereses comparables, tales

³² La Plataforma para la Colaboración en Impuestos es una institución creada en abril de 2016 y su objetivo es la cooperación entre Organizaciones Internacionales (OI) en cuestiones tributarias, y está compuesto por el Fondo Monetario Internacional (FMI), la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), la Organización de las Naciones Unidas (ONU) y el Grupo del Banco Mundial (GBM).

³³ PLATAFORMA DE COLABORACIÓN en materia Tributaria. Ob. Cit. [Consulta: 13 agosto 2017].

³⁴ PLATAFORMA DE COLABORACIÓN en materia Tributaria. “Comments received on public discussion draft: The Taxation of Offshore Indirect Transfers - A Toolkit. Diciembre 2017.” [En línea]. <<https://www.oecd.org/tax/public-comments-draft-toolkit-taxation-of-offshore-indirect-transfers.pdf>> [Consulta: 10 febrero 2018].

³⁵ OECD. 2017. Model Tax Convention on Income and Capital: Condensed Version 2017. [En línea] http://www.oecd-ilibrary.org/taxation/model-tax-convention-on-income-and-on-capital-condensed-version-2017_mtc_cond-2017-en. [Consulta: 10 febrero 2017]

como intereses en una sociedad o fideicomiso, pueden someterse a imposición en el otro estado contratante si, en cualquier momento **durante los 365 días anteriores a la enajenación**, estas acciones **o intereses comparables** derivaban más del 50 por ciento de su valor directa o indirectamente de bienes inmuebles, tal como se define en el artículo 6, situados en ese otro estado³⁶.” (El destacado es nuestro)

Al respecto, se debe tener presente que la versión de 2014 del modelo OCDE se limitaba a la venta de acciones, ampliándose en la versión 2017 a los “intereses comparables”, esto es, la transferencia de fideicomisos, derechos o intereses sobre otras entidades, como las sociedades de personas. Además, dicha norma incorporó el período de doce meses previo a la enajenación, respecto del cual más del 50% del valor de la ganancia obtenida o el valor de la transacción procede de propiedad inmobiliaria situada en el otro país. De esta forma, se evita que se pudiera diluir la participación antes de la enajenación, para no incurrir en el hecho gravado.

Como vemos, el párrafo IV del artículo 13 del Modelo OCDE se refiere exclusivamente a la enajenación indirecta de propiedad inmobiliaria³⁷, dejando

³⁶ La versión original establece: *“Gains derived by a resident of a contracting state from the alienation of shares or comparable interests, such as interests in a partnership or trust, may be taxed in the other contracting state if, at any time during the 365 days preceding the alienation, these shares or comparable interests derived more than 50 per cent of their value directly or indirectly from immovable property, as defined in article 6, situated in that other state.”*

³⁷ Al artículo 13 del Modelo de Convenio OCDE establece en sus párrafos 1 y 2, lo siguiente: “1. Las rentas que un residente de un Estado contratante obtenga de la propiedad inmobiliaria (incluidas las rentas de explotaciones agrícolas o forestales) situada en el otro Estado contratante pueden someterse a imposición en ese otro Estado.; y, 2. La expresión “propiedad inmobiliaria” tendrá el significado que le atribuya el derecho del Estado contratante en que la propiedad en cuestión esté situada. Dicha expresión comprende en todo caso la propiedad accesoria a la propiedad inmobiliaria, el ganado y el equipo utilizado en las

afuera de su aplicación la enajenación indirecta de otros activos subyacentes que se refieren a acciones, derechos, trust, que sí incorpora nuestra legislación.

Por su parte, el párrafo V del artículo 13 del modelo OCDE 2010, establece que “Las ganancias derivadas de la enajenación de cualquier otro bien distinto de los mencionados en los apartados 1, 2, 3 y 4 pueden someterse a imposición solo en el Estado contratante en que resida quien enajena.”

En definitiva, el Modelo de convenio OCDE otorga potestad tributaria como regla general al país en que resida el enajenante y, solo en situaciones concretas y - con límites- al país de la fuente.

Respecto del artículo 13 del Modelo OCDE, Chile mantiene su reserva al derecho de gravar las rentas obtenidas por la enajenación de acciones u otros derechos corporativos en sus compañías³⁸. Lo anterior, se condice con la postura histórica de nuestro país, que producto de su economía basada en la extracción de sus recursos naturales, mantiene una tendencia en su legislación tributaria interna

explotaciones agrícolas y forestales, los derechos a los que sean aplicables las disposiciones de derecho privado relativas a los bienes raíces, el usufructo de la propiedad inmobiliaria y el derecho a percibir pagos fijos o variables en contraprestación por la explotación, o la concesión de la explotación, de yacimientos minerales, fuentes y otros recursos naturales; los buques, embarcaciones y aeronaves no tendrán la consideración de propiedad inmobiliaria.”

³⁸ OECD. 2017. Model Tax Convention on Income and Capital: Condensed Version 2017. [En línea] <https://read.oecd-ilibrary.org/taxation/model-tax-convention-on-income-and-on-capital-condensed-version-2017_mtc_cond-2017-en#page304>. [Consulta: 10 de febrero de 2017]. Página 302. La versión en inglés, establece: “39. *Chile reserves the right to tax gains from the alienation of shares or other corporate rights in its companies.*”

que conlleva cada vez se amplíe más la tributación por transferencia indirecta de activos chilenos.

3.1.2. Transferencia indirecta en los convenios firmados por Chile.

Como hemos revisado en los capítulos anteriores, Chile contiene una regla sobre la Enajenación Indirecta particularmente amplia. Sin embargo, esta norma se ve limitada en la mayoría de los CDTI suscritos por Chile, que reconocen la tributación del país de la fuente solo en dos casos, a saber:

- Las ganancias que el residente de un Estado obtenga de la enajenación de acciones o de otros derechos de participación, cuyo valor derive, directa o indirectamente, en más de un 50% de bienes inmuebles situados en Chile; o bien,
- Las ganancias que el residente de un Estado obtenga de la enajenación de acciones u otros derechos de participación, que representen directa o indirectamente una participación en el capital de la sociedad chilena, pueden tributar en Chile, si se ha poseído directa o indirectamente, al menos un 20% de las acciones o derechos de esa sociedad, sin límites.

En estos casos, si dicha participación es inferior al 20%, aplicará la norma sobre enajenación indirecta, pero el impuesto no podrá exceder de un porcentaje, que en general va del 16 al 20%. Entre estos se encuentran los Convenios suscritos con Australia (16%), Austria (17%), Bélgica (16%), Colombia (17%), Corea (20%), Croacia (20%), España (20%), Francia (16%), Irlanda (16%), Italia (16%), Japón (16%), Portugal (16%), Reino Unido (16%), Suecia (16%), Suiza (17%).

Una norma similar a la anterior, corresponde a la establecida en el Convenio suscrito con Argentina, cuya diferencia radica en que se incorpora específicamente al artículo 13, el párrafo 5 sobre Enajenación Indirecta, al establecer que:

“Las ganancias que un residente de un Estado Contratante obtenga de la enajenación de acciones u otros derechos de participación, distintas de las mencionadas en el apartado 4, que representen directa o indirectamente una participación en el capital de una sociedad residente en el otro Estado Contratante pueden someterse a imposición por ese otro Estado, si el residente mencionado en primer lugar ha poseído en cualquier momento durante los 365 días precedentes a la enajenación, directa o indirectamente, al menos un 20% de las acciones u otros derechos en el capital de esa sociedad. Sin embargo, si dicha participación en el capital de la sociedad es inferior al 20 por ciento, el impuesto así exigido no podrá exceder del 16 por ciento de la ganancia.”

Otra parte de los convenios internacionales suscritos por Chile y que se encuentran vigentes, entre los que se encuentran China, Dinamarca, Ecuador, Malasia, Noruega, Paraguay, Perú, Polonia, Rusia, República Checa, Sudáfrica y Tailandia, contienen una norma similar a la anterior, de acuerdo a la cual, en

general, se reconoce el derecho al país de la fuente para gravar las rentas provenientes de la enajenación indirecta tanto de la propiedad inmobiliaria como la obtenida por la enajenación de títulos u otros derechos representativos del capital de una sociedad situada en Chile, sin límites.

No obstante, de acuerdo al artículo 13.5. de dichos convenios, las ganancias obtenidas por cualquier otro bien distinto a los expresamente mencionados, solo puede someterse a tributación en el país del enajenante.

Entre los anteriores se encuentra el Convenio entre Chile y República Checa³⁹, que regula la enajenación indirecta de derechos en una sociedad, sin limitación, de la siguiente forma:

“Artículo 13. Ganancias de capital.

[Párrafo] 4. Las ganancias que un residente de un Estado Contratante obtenga de la enajenación directa o indirecta de acciones, intereses similares u otros derechos en una sociedad residente del otro Estado Contratante pueden someterse a imposición en ese otro Estado.

[Párrafo] 5. Las ganancias derivadas de la enajenación de cualquier otro bien distinto de los mencionados en los párrafos 1, 2, 3, y 4, solo pueden someterse a imposición en el Estado Contratante en que resida el enajenante.”

Mención aparte merece, en este grupo de Convenios, los suscritos entre Chile y Ecuador o Perú, cuyos párrafos 4 y 5 del artículo 13 establecen:

³⁹ Convenio entre la República de Chile y la República Checa para Evitar la Doble Imposición y para Prevenir la Evasión Fiscal en Relación al Impuesto a la Renta y al Patrimonio fue suscrito con fecha 02 de diciembre de 2015 y publicado en el Diario Oficial de Chile con fecha 29 de abril de 2017.

“Artículo 13. Ganancias de capital.

[Párrafo] 4. “Las ganancias que un residente de un Estado Contratante obtenga por la enajenación de títulos u otros derechos representativos del capital de una sociedad o de cualquier otro tipo de instrumento financiero situados en el otro Estado Contratante pueden someterse a imposición en ese otro Estado Contratante.

[Párrafo] 5. Las ganancias derivadas de la enajenación de cualquier otro bien distinto de los mencionados en los párrafos anteriores solo pueden someterse a imposición en el Estado Contratante en que resida el enajenante.”

De la lectura de ambos convenios, se verifica que éstos no incorporan -en ningún caso- la enajenación indirecta de activos subyacentes, lo que no deja de llamar la atención, teniendo presente que ambos países sí la contienen en su norma interna. En definitiva, si se transfieren acciones en una sociedad domiciliada en Perú, cuyo activo principal corresponda a un bien inmueble situado en Chile, habría que analizar si podría aplicar esta norma del artículo 13 de los Convenios, o bien, regiría la norma residual contenida en el artículo 21 de los mismos, que se refiere a “otras rentas”, debido a que la norma no hace referencia a las rentas obtenidas por la enajenación indirecta.

Finalmente, en un tercer grupo encontramos los Convenios suscritos entre Chile y Canadá, México y Nueva Zelanda, según los cuales, las ganancias derivadas de la enajenación de cualquier otro bien o derecho distinto de los tratados en los párrafos 1, 2, 3 y 4 del artículo 13 de los CDTI, pueden someterse a tributación en ambos Estados, los cuales contienen el siguiente párrafo final:

“Nada de lo establecido en el presente Convenio afectará la aplicación de la legislación de un Estado Contratante para someter a imposición las ganancias de capital provenientes de la enajenación de cualquier otro tipo de propiedad distinta de las mencionadas en este Artículo.”

Por su parte, el Convenio entre Chile y Brasil que va aún más allá, establece el derecho a tributar a ambos países, de la siguiente forma:

“Artículo 13.4. Las ganancias derivadas de la enajenación de cualquier otro bien o derecho distinto de los mencionados en los párrafos anteriores pueden someterse a imposición en ambos Estados Contratantes.”

Este último grupo de convenio difiere de los modelos de Convenios OCDE y ONU, pero va en línea con la normativa interna chilena sobre Enajenación Indirecta, al reconocer al país de la fuente la potestad de gravar las ganancias obtenidas por enajenación de cualquier tipo bien.

En síntesis, de los 32 convenios para evitar la doble tributación internacional suscritos por Chile que se encuentran vigentes a la fecha, 28 se basan principalmente en el modelo OCDE, según el cual, el país legitimado para gravar la enajenación indirecta, corresponderá al país de la residencia, limitando la aplicación de la ley chilena en materia de enajenación indirecta.

La excepción a lo anterior, la constituiría la transferencia indirecta de bienes inmuebles, según el cual, el país que tendrá la potestad para gravar la renta

corresponderá al país de la fuente. En este caso, si más del 50% del valor patrimonial de la transferencia representa bienes inmuebles situados en el otro país, dará derecho a ese otro país a gravar dicha transferencia, sin limitación. Excepcionalmente también el país de la fuente podrá gravar las rentas en caso de transferencia de derechos sociales o acciones, con un tope.

Por su parte, solo cuatro de los treinta y dos Convenios suscritos por Chile y que se encuentran vigentes, otorgan el derecho al país de la fuente para gravar las rentas provenientes de enajenación indirecta de activos chilenos, sin limitaciones, los cuales se encuentran en línea con nuestra normativa interna.

Ahora bien, lo que llama la atención de estos cuatro convenios que mantienen la aplicación de la norma sobre Enajenación Indirecta, es que tres de ellos fueron firmados con anterioridad a la incorporación de la Ley N°19.840, y solo uno de ellos fue firmado en el año 2003⁴⁰, de lo que podríamos concluir que la aplicación de la norma en el caso de los CDTI no ha sido una prioridad para el gobierno.

Por su parte, varios de los países que tienen la norma sobre Enajenación Indirecta en su legislación interna y han suscrito un CDTI con Chile, éstos en general limitan el derecho al país de la fuente para gravar las rentas provenientes

⁴⁰ Dichos Convenios fueron firmados en las siguientes fechas: Canadá el 21 de enero de 1998; Brasil el 3 de abril de 2001; México el 17 de abril de 1998; y Nueva Zelanda el 10 de Diciembre de 2003.

de éstas, como lo es el caso del Convenio con Perú, cuya norma revisaremos en el capítulo 5 de la presente AFET.

En definitiva, la idea que prima en los CDTI suscritos por Chile respecto de la legitimación que tiene el país de la fuente para gravar el mayor valor, se refiere en mayor medida a la propiedad inmobiliaria, en menor grado a las participaciones sociales, y solo en 4 casos respecto de cualquier activo subyacente.

3.2. Comentarios OCDE relativos a la enajenación indirecta

3.2.1. ¿Es legítimo gravar la transferencia indirecta de activos subyacentes? La discusión internacional.

Como adelantábamos en el capítulo anterior, la mayor discusión que ha generado la transferencia indirecta de bienes o activos en el ámbito internacional, dice relación con establecer hasta qué punto un país se encuentra legitimado para gravar las enajenaciones indirectas de sus activos.

Al respecto, se encuentran diversas posturas, siendo las principales las siguientes:

3.2.1.1. Enajenación indirecta de propiedad inmobiliaria, único caso de potestad tributaria del país de la fuente.

La primera, establece como único fundamento válido para gravar las enajenaciones indirectas de activos, se refiere a que su valor provenga, principalmente, de propiedad inmobiliaria o recursos naturales, ya que corresponden al patrimonio común del país y porque tienen la característica general de agotarse.

De acuerdo a esta postura, el fundamento para gravar con impuestos la transferencia indirecta de cualquier otro activo subyacente no parece razonable, en tanto el mayor valor obtenido puede emanar, por ejemplo, de los aportes realizados y conocimientos aportados por el titular y que no necesariamente tengan relación con el país de la fuente.⁴¹

Esta idea sería la que prima actualmente, y se encuentra incorporada en los Modelos OCDE y ONU de convenios internacionales, según analizamos en el punto 3.1.1. anterior, existiendo un consenso en cuanto a sus aspectos generales.

⁴¹ KPMG International, Comentarios sobre el proyecto de discusión, 3 octubre 2017. EN PLATAFORMA DE COLABORACIÓN en materia Tributaria. “Comments received on public discussion draft: The Taxation of Offshore Indirect Transfers - A Toolkit. Diciembre 2017.” [En línea]. <<https://www.oecd.org/tax/public-comments-draft-toolkit-taxation-of-offshore-indirect-transfers.pdf>> [Consulta: 10 febrero 2018], pág. 71.

Ahora bien, respecto de las enajenaciones cuyo valor principal no provenga de propiedad inmobiliaria, el modelo de Convenio ONU inicialmente y OCDE después, incorporaron un último párrafo al artículo 13, que establece que “5. Las ganancias derivadas de la enajenación de cualquier otro bien distinto de los mencionados en los apartados 1, 2, 3 y 4⁴² pueden someterse a imposición solo en el Estado contratante en que resida quien enajena.”⁴³

De lo anterior, se concluye que en el caso que la enajenación indirecta recaiga sobre otros bienes distintos a la propiedad inmobiliaria, en términos generales, si interpretamos que aplica el artículo 13 de los Convenios, el país de la fuente no podrá aplicar la tributación sobre estos activos, recayendo ese derecho solo al país en el cual se encuentre domiciliado el enajenante.

3.2.1.2. Enajenación indirecta de otros bienes: Potestad tributaria del país de la fuente.

La segunda postura establece que no solo está legitimado un país a gravar la enajenación indirecta de propiedad inmobiliaria ubicada en éste, sino también la

⁴² Dichos numerales se refieren a: propiedad inmobiliaria (1); bienes que conformen parte del activo de un establecimiento permanente (2); buques o aeronaves explotados en tráfico internacional (3); y acciones o intereses comparables, tales como intereses en una sociedad o un fideicomiso, que se hayan poseído por 365 días si deriva más del 50% de su valor directa o indirectamente de propiedad inmobiliaria (4).

⁴³ OECD. 2017. “Model Tax Convention on Income and Capital: Condensed Version 2017”, OECD Publishing. Paris. [En línea] <https://read.oecd-ilibrary.org/taxation/model-tax-convention-on-income-and-on-capital-condensed-version-2017_mtc_cond-2017-en#page39>. Página 38

transferencia de diversos bienes que directa o indirectamente transfieran activos subyacentes, ampliando la tributación a activos muebles e inmuebles situados en el país. Esta es la postura que actualmente recoge Chile en su ley interna, que contiene una diversidad de derechos extranjeros enajenables y de activos chilenos objeto de enajenación indirecta.

En cuanto a los Convenios firmados por Chile, existen variados tratamientos que encontramos en el artículo 13; unos incorporan solo el caso de transferencia indirecta de propiedad inmobiliaria, y otros incluyen también la participación indirecta en acciones o derechos sociales.

3.2.2. Comentarios OCDE párrafos IV y V CDTI.

Respecto de los comentarios OCDE, el punto 23 de los comentarios al párrafo 1 del artículo 13 establece que “23. Las disposiciones del apartado 4 completan las del 1 y se aplican a las ganancias obtenidas en la enajenación de acciones o intereses comparables que derivan más de un 50% del valor, de bienes inmobiliarios (véanse los párrafos 28.3 a 28.8 siguientes)”⁴⁴.

⁴⁴ OECD. 2017. “Model Tax Convention on Income and Capital: Condensed Version 2017”, OECD Publishing. Paris. [En línea] <https://read.oecd-ilibrary.org/taxation/model-tax-convention-on-income-and-on-capital-condensed-version-2017_mtc_cond-2017-en#page295>. La versión en inglés establece: 23. “*The rules of paragraph 1 are supplemented by those of paragraph 4, which applies to gains from the alienation of shares or comparable interests that derive more than 50 per cent of their value from immovable property (see paragraphs 28.3 to 28.12 below)*”.

Por su parte, el N°30 de los comentarios del párrafo V del artículo 13 del modelo OCDE se señala que *“30. El artículo no contiene reglas especiales para las ganancias resultantes de la enajenación de acciones de una sociedad (distintas de las de una sociedad, contempladas en el apartado 4) o de valores mobiliarios, bonos, obligaciones u otros títulos. Tales ganancias solo pueden someterse a imposición en el Estado de residencia del cedente.”*

Este comentario N°30 se torna fundamental, en tanto se refiere específicamente a valores mobiliarios, bonos, obligaciones u otros títulos, los que son considerados expresamente por la norma del artículo 10 inciso 3° de la LIR, quedando sujetos a las normas generales de cada Convenio, los cuales, en general, otorgan la potestad tributaria al país del enajenante y no de la fuente.

Como vemos, no existe una norma en particular en el modelo OCDE ni en los convenios firmados por Chile que establezca el derecho del país de la fuente a gravar la venta indirecta de activos subyacentes, o al menos de una forma tan amplia como lo establece la legislación tributaria chilena y, al contrario, la norma general que se refiere al tema solo reconoce potestad tributaria al país del enajenante en el párrafo final del artículo 13 de los Convenios.

3.3. Aplicación de los convenios y la normativa chilena sobre transferencia indirecta: la interpretación del Servicio de Impuestos Internos.

Respecto de las interpretaciones sobre enajenación indirecta, el Servicio de Impuestos Internos en la primera circular que se refería a esta materia⁴⁵ (Circular N°14 de fecha 07 de marzo de 2014), estableció que el mayor valor obtenido en la enajenación indirecta constituía “otras rentas” en los Convenios de Doble Tributación internacional, y solo se regía por el artículo 13 sobre “ganancias de capital” en los casos en que se ejerciera la opción de determinar el costo de acuerdo a la normativa interna aplicable.

Sin embargo, el mismo año 2014 el SII emitió una nueva circular⁴⁶ que modificó el criterio anterior, estableciendo la imposibilidad de establecer una regla única de aplicación del impuesto del artículo 58 N°3 de la LIR, en el contexto de los Convenios para evitar la doble tributación internacional, debiendo considerar lo que dispone cada uno de ellos en particular, producto de las grandes diferencias entre cada uno.

⁴⁵ SERVICIO DE IMPUESTOS INTERNOS. 2014. Circular N°14: Instruye sobre las modificaciones efectuadas por la Ley N° 20.630, a la Ley sobre Impuesto a la Renta, relacionadas con la tributación internacional. 07 marzo 2014.

⁴⁶ SERVICIO DE IMPUESTOS INTERNOS. 2014. Circular N°59: Modifica las instrucciones contenidas en Circular N°14, de 2014, relativas a la aplicación de los convenios para evitar la doble tributación internacional a las rentas e impuesto que establecen los artículos 10 y 58 N°3 de la Ley sobre Impuesto a la Renta. 14 noviembre 2014.

A modo de ejemplo, el SII se refiere al convenio suscrito entre Chile y España, que establece en su párrafo IV que:

“Las ganancias que un residente de un Estado Contratante obtenga por la enajenación de acciones u otros derechos representativos del capital de una sociedad residente del otro Estado Contratante, pueden someterse a imposición en ese otro Estado Contratante si:

a) provienen de la enajenación de acciones cuyo valor se derive directa o indirectamente en más de un 50 por ciento de bienes inmuebles situados en el otro Estado Contratante, o

b) el receptor de la ganancia ha poseído, en cualquier momento dentro del período de doce meses precedentes a la enajenación, directa o indirectamente, acciones u otros derechos consistentes en un 20 por ciento o más del capital de esa sociedad.

Cualquier otra ganancia obtenida por un residente de un Estado Contratante por la enajenación de acciones u otros derechos representativos del capital de una sociedad residente en el otro Estado Contratante, también pueden someterse a imposición en ese otro Estado Contratante, pero el impuesto así exigido no podrá exceder del 16 por ciento del monto de la ganancia.

Por su parte, el párrafo 5 del artículo 13 del Convenio entre Chile y España, establece:

“Las ganancias derivadas de la enajenación de cualquier otro bien distinto de los mencionados en los párrafos precedentes de este artículo solo pueden someterse a imposición en el Estado Contratante en que resida el enajenante.”

Al respecto, el SII en su circular solo hace referencia artículo 13 párrafo 4 del Convenio suscrito entre Chile y España, letras a) y b), omitiendo pronunciarse sobre el párrafo 5, que contiene los casos no contemplados por los párrafos anteriores; y sobre los demás CDTI.

Respecto de la letra a), la referida circular señala:

“De acuerdo a la norma transcrita, en el caso del subpárrafo a), las ganancias que un residente en España obtenga por la enajenación de acciones u otros derechos pueden someterse a imposición en Chile sin ninguna limitación, si la ganancia se deriva directa o indirectamente en más de un 50% de bienes inmuebles situados en Chile. Dicho párrafo autoriza la tributación de la totalidad de las ganancias atribuibles a las acciones a las que se aplica, incluso cuando una parte del valor de la acción proviene de activos distintos de la propiedad inmobiliaria situada en el Estado de la fuente, en este caso, en Chile. Esa situación podría darse por ejemplo, en el caso que se venda una sociedad española, dueña de una sociedad chilena, cuyo capital consiste en 55% de propiedad inmobiliaria. Dado que la ganancia por la venta de las acciones de la sociedad española se deriva en más de un 50% de bienes inmuebles situados en el país, Chile tiene derecho a gravar la ganancia total de la venta de acuerdo al Convenio.”

Al respecto, podemos verificar que el SII realiza una interpretación extensiva del Convenio, en tanto, la aplicación del artículo 13 párrafo 4° letra a), que se refiere expresamente a “la enajenación de acciones cuyo valor se derive directa o indirectamente en más de un 50 por ciento de bienes inmuebles situados en el otro Estado Contratante”, la extiende a aquellos casos en que “una parte del valor de la acción proviene de activos distintos de la propiedad inmobiliaria situada en el Estado de la fuente”, es decir, hace procedente la norma de venta indirecta en su totalidad.

Ahora bien, respecto de la afirmación relativa a que Chile tendrá derecho a gravar las rentas obtenidas por la enajenación indirecta de más de un 50% de bienes inmuebles chilenos, se debe tener presente que nuestra normativa interna limita su tributación al porcentaje que indirectamente se enajene. Por lo tanto, el límite

en estos casos sería dado por la normativa interna independiente de lo que establezca el Convenio.

Por su parte, respecto de la letra b), la citada circular señala:

“En el subpárrafo b) se presenta una situación similar. En efecto, de acuerdo a esa norma la ganancia de capital que un residente de un Estado Contratante obtenga por la enajenación directa o indirecta de acciones u otros derechos representativos del capital en una sociedad constituida en el otro Estado Contratante, se puede gravar sin ninguna limitación en el otro Estado Contratante, si el perceptor de la ganancia ha poseído, directa o indirectamente, en cualquier momento dentro de un período de doce meses, esas acciones o derechos consistentes en un 20% o más del capital de esa sociedad.”

Respecto de la interpretación del SII sobre el subpárrafo b) del artículo 13.4 del CDTI entre Chile y España, concordamos con su interpretación, ya que solo reitera lo que señala la norma.

De acuerdo a lo anterior, de la lectura del artículo 13 párrafo 4 del citado Convenio, si bien contiene una regulación específica relativa a la enajenación de acciones u otros derechos representativos del capital de una sociedad, que es respecto de lo cual se pronuncia la circular, dicho párrafo no hace referencia alguna a la tributación sobre la enajenación de los bienes que no correspondan a los anteriores, tales como bonos, trust, u otros, que sí se encuentran en nuestra normativa interna y a los cuales el SII extiende su interpretación.

En definitiva, en el caso del Convenio entre Chile y España, la enajenación de cualquier otro bien -distinto de los mencionados- se regirá por el párrafo 5 del artículo 13 del Convenio, por lo que solo podrá tributar en el país del enajenante, y no en el país de la fuente como lo sería Chile.

Asimismo se ha interpretado por Navarrete⁴⁷, quien señala que “Lamentablemente, dicho análisis no se recoge en las interpretaciones por vía administrativa que el SII ha efectuado respecto a esta materia, donde simplemente se asume que los Convenios no excluyen la aplicación de las normas de venta indirecta”.

Asimismo, en los comentarios al párrafo 5 del artículo 13 del modelo OCDE, N°30, se señala que “30. El artículo no contiene reglas especiales para las ganancias resultantes de la enajenación de acciones de una sociedad (distintas de las de una sociedad, contempladas en el apartado 4) o de valores mobiliarios, bonos, obligaciones u otros títulos. Tales ganancias solo pueden someterse a imposición en el Estado de residencia del cedente.”

Finalmente, tampoco hace referencia a los Convenios que contienen una norma diversa al Convenio entre Chile y España, como lo sería el convenio suscrito con

⁴⁷ NAVARRETE, Juan Pablo. “Normas de ventas indirectas y Convenios para Evitar la Doble Tributación.” En Anuario de Derecho Tributario. N° 9, Noviembre 2017. Pág. 79. [En línea] <<http://derecho.udp.cl/wp-content/uploads/2017/12/Anuario-de-Derecho-Tributario-2017.pdf>> [Consulta: 10 de junio de 2018].

Brasil, Canadá, México y Nueva Zelanda, de acuerdo a los cuales, en materia de enajenación indirecta, ambos países tendrán la potestad tributaria para gravar las rentas sobre enajenación indirecta que no tenga un tratamiento especial.

En conclusión, de la mera lectura de los convenios firmados por Chile y los comentarios al párrafo V, se desprende la ausencia de una interpretación acabada del Servicio de Impuestos Internos, y los comentarios OCDE, respecto de los cuales Chile se encuentra obligado a respetar. Sin perjuicio de lo anterior, se debe tener presente que Chile se reservó el derecho a gravar las ganancias de capital resultantes de la enajenación de acciones u otras participaciones en sus sociedades.

CAPÍTULO IV ANÁLISIS DE LA NORMA

4.1. Interrelación entre normativa interna e internacional, relativa a la enajenación indirecta de activos locales.

Como señalamos en el capítulo 3 anterior, la principal diferencia entre la normativa chilena y la internacional, radica en los activos que resultan indirectamente enajenados, ya que el derecho internacional general pretende gravar la enajenación de la venta de acciones o derechos representativos del capital de una sociedad extranjera, en virtud del cual directa o indirectamente resulte enajenada una propiedad inmobiliaria.

Por su parte, la norma chilena sobre enajenación indirecta engloba en tres tipos de activos que pueden resultar indirectamente enajenados, para aplicar la norma, que analizaremos a continuación:

4.1.1. Acciones, derechos, cuotas u otros títulos de participación en la propiedad, control o utilidades de una sociedad, fondo o entidad constituida en Chile;

Este numeral contiene la segunda hipótesis del artículo 13 de los convenios internacionales, en virtud de la cual la enajenación de acciones o derechos

podrán tributar en el país de la fuente, solo hasta un porcentaje que generalmente es de un 16%.

Dicha limitación puede no resultar aplicable, siempre que en los 12 meses anteriores se haya participado de un 20% o más de las acciones o derechos representativos de la sociedad, otorgándose en tal caso derecho al país de la fuente para gravar sin limitaciones.

4.1.2. Una agencia u otro tipo de establecimiento permanente en Chile de un contribuyente sin domicilio ni residencia en el país, considerándose para efectos tributarios que dicho establecimiento permanente es una empresa independiente de su matriz u oficina principal.

Si bien el artículo 10 inciso 3 de la LIR establece enajenación indirecta de un establecimiento permanente en Chile como un activo subyacente de forma individual, consideramos que el punto (i), señalado en el punto 4.1.1., lo contiene, en tanto en Chile la persona jurídica chilena que comprende al establecimiento permanente, con la persona jurídica extranjera o matriz, son entes totalmente distintos e independientes entre sí.

Debido a que diversos países no distinguen entre personas jurídicas matriz y filial, la legislación chilena hace la distinción, gravando la transferencia de un establecimiento permanente situado en Chile.

Por su parte, los CDTI también hacen referencia al establecimiento permanente, en particular en el artículo 13 párrafo 2 (o párrafo 3), señalando que:

“Las ganancias derivadas de la enajenación de bienes muebles que formen parte del activo de un establecimiento permanente que una empresa de un Estado Contratante tenga en el otro Estado Contratante comprendidas las ganancias derivadas de la enajenación de este establecimiento permanente (solo o con el conjunto de la empresa) pueden someterse a imposición en ese otro Estado.”

En este caso, existe un reconocimiento país de la fuente para gravar las rentas obtenidas tanto por la enajenación de los bienes muebles que comprende el establecimiento permanente, como este mismo, sin limitaciones.

4.1.3. Cualquier tipo de bien mueble o inmueble situado en Chile, o de títulos o derechos respecto de los mismos, cuyo titular o dueño sea una sociedad o entidad sin domicilio o residencia en Chile.

Este apartado contiene la propiedad inmobiliaria, sobre el cual existe consenso internacional respecto de la legitimidad de la tributación del país de la fuente sobre el mayor valor en su enajenación indirecta. Sin embargo, la tributación sobre la enajenación indirecta de “cualquier tipo de bien mueble”, o de “títulos o

derechos respecto de los mismos” es una norma de tal amplitud que, en los casos en que los límites de monto y porcentaje indirectamente transferidos no resultan aplicables, la imposibilidad de fiscalización de la norma se torna inminente.

En cuanto a los CDTI, bajo esta norma se encontraría la enajenación de bienes inmuebles, buques o aeronaves, y cualquier otro bien distinto de los mencionados en el artículo 13 de cada Convenio para evitar la doble imposición.

Respecto de la existencia de la norma en Chile, un país cuya economía se estructura en torno a sus recursos naturales, es esperable que contenga una norma que regule la enajenación indirecta de sus bienes inmuebles. Sin embargo, el hecho de que recaiga, sobre “cualquier tipo de bien mueble” constituye una amplitud tal que torna imposible llevarlo a la práctica por parte de los contribuyentes, así como su fiscalización ante la autoridad tributaria.

4.2. Cumplimiento de principios constitucionales tributarios

En este apartado, verificaremos el cumplimiento de los principios constitucionales de legalidad, igualdad y no confiscatoriedad en materia tributaria.

4.2.1. Principio de legalidad de los tributos

El principio de legalidad de los tributos se encuentra establecido en el artículo 65 inciso 2° de la Constitución Política de la República, el que, respecto de la formación de la ley, establece que “las leyes sobre tributos de cualquiera naturaleza que sean, solo pueden tener origen en la Cámara de Diputados.”

Por su parte, el N°1 del artículo 65 del mismo cuerpo legal establece la iniciativa exclusiva del Presidente de la República para “Imponer, suprimir, reducir o condonar tributos de cualquier clase o naturaleza, establecer exenciones o modificar las existentes, y determinar su forma, proporcionalidad o progresión.”

Asimismo, el artículo 19 N°20 que establece en el principio de igualdad de los tributos, “en proporción a las rentas o en la progresión o forma que fije la ley”.

El principio de legalidad, implica que los tributos solo se pueden establecer por ley expresa, “estándole vedado al Presidente pretender establecer tributos a través de la potestad reglamentaria (art. 32) e, incluso, a través de decretos con fuerza de ley (art. 64, inciso 2°).”⁴⁸

⁴⁸ Navarro Beltrán, Enrique. Principios de Derecho Constitucional Tributario. En Amicorum, Liber; Ariño Ortiz, Gaspar. Ed. La Ley. Derecho Administrativo y Regulación Económica. Pág. 689.

En definitiva, el principio de legalidad implica que sea la ley la que defina cada uno de los elementos de la obligación tributaria, a saber: el hecho gravado, base imponible, sujeto obligado y tasa o cuantía.

Según establece Evans, “corresponde al legislador no solo crear el tributo, sino establecer la totalidad de los elementos de la relación tributaria entre el Estado y el contribuyente, de modo que la obligación quede determinada en todos sus aspectos y pueda cumplirse sin necesidad de otros antecedentes.”⁴⁹

Ahora bien, en cuanto a la enajenación indirecta de activos subyacentes chilenos, podemos verificar la existencia dentro de la Ley sobre Impuesto a la Renta, de cada uno de los elementos de la obligación tributaria, para lo cual nos remitimos al capítulo II de la presente tesis, cumpliéndose así con el principio de legalidad.

4.2.2. Igualdad tributaria

Artículo 19 N°2 de la Carta Fundamental consagra la igualdad ante la ley y, el artículo 19 N° 20 de la misma, establece la igualdad en materia tributaria, mediante el derecho a “La igual repartición de los tributos en proporción a las rentas o en la progresión o forma que fije la ley, y la igual repartición de las demás

⁴⁹ EVANS de la Cuadra, Enrique, Los tributos ante la Constitución. Santiago, 1997, pág. 51.

cargas públicas”, y continúa estableciendo que “en ningún caso la ley podrá establecer tributos manifiestamente desproporcionados o injustos.”

La igualdad tributaria, en palabras de Neumann, “no consiste en una igualdad numérica en términos que los contribuyentes cancelen un determinado cuántum; se trata, más bien, de un tratamiento idéntico frente a iguales situaciones o circunstancias, como uno desigual ante situaciones o circunstancias disímiles.”⁵⁰

Desde el punto de vista de la enajenación indirecta de activos chilenos, podemos decir, en primer lugar, que se respeta el principio de igualdad, en tanto grava el mayor valor de la enajenación de activos chilenos, tanto de manera directa como indirecta.

Sin embargo, en cuanto al responsable solidario del pago del tributo, llama la atención dentro de éstos, se encuentre el emisor de los activos subyacentes.

Por ejemplo, si el enajenante se encuentra domiciliado en Suecia, el adquirente domiciliado en Francia; y la enajenación recae sobre una sociedad peruana cuyo único activo es una sociedad domiciliada en Chile. En este caso, si el enajenante no declara ni paga sus impuestos, y el adquirente no cumple con su obligación

⁵⁰ Rivera Neumann, Teodoro. Tributos manifiestamente desproporcionados o injustos. Revista Chilena de Derecho, número especial, 1998, pág. 240.

de retener los impuestos al momento del pago, el Servicio de Impuestos Internos podrá perseguir el pago sobre la empresa domiciliada en Chile, en tanto legalmente es solidariamente responsable.

De lo anterior, se desprende que el pago del tributo puede ser exigido a un ente que no intercede en ningún sentido con la operación, ya que no manifiesta su consentimiento, no obtiene rentas derivadas de la misma, e incluso, es probable que no se le notifique. Por otro lado, la ley no se hace cargo de la liquidez de la sociedad chilena, de si cuenta con fondos necesarios para pagar el impuesto o si tendrá que solicitar un préstamo al banco para cumplir con dicha obligación.

Por su parte, si bien la sociedad chilena tendrá el derecho a repetir en contra de la sociedad enajenante, es probable que las partes no sean relacionadas, dificultándose con creces la posibilidad de obtener el pago del impuesto, sumado a la complejidad de un posible juicio fuera del país.

En este sentido, creemos que la responsabilidad solidaria por el pago del tributo a la entidad chilena emisora de los activos subyacentes junto con el adquirente de éstos, transgrede el principio de igualdad ante la ley, en tanto se afecta con un impuesto y se establece una carga, respecto de una operación sobre la cual la entidad chilena no obtuvo renta, no se favoreció con la operación, ni fue necesario su consentimiento para celebrarse.

4.2.3. No confiscatoriedad

El principio de no confiscatoriedad, si bien no se encuentra establecido expresamente en la Constitución, constituye una consecuencia directa del derecho de propiedad.

Respecto del alcance de dicha garantía fundamental, se ha señalado que “la confiscación es por esencia contraria al derecho de propiedad, pues sustrae del patrimonio de una persona derechos materiales o inmateriales sin su consentimiento y sin causa lícita.”⁵¹

En el caso de la transferencia indirecta de activos subyacentes chilenos, entendemos que, al corresponder a una alícuota fija sobre el mayor valor obtenido por la transferencia de dichos bienes, la que asciende a un 20 o 35%, es que la norma cumple con el principio de la no confiscatoriedad.

Ahora bien, sin perjuicio de que en general se cumpla con el principio de no confiscatoriedad, la responsabilidad solidaria por el pago del tributo de la entidad chilena emisora de los activos subyacentes, sí podría afectar el principio de no confiscatoriedad, en tanto se hace responsable por el pago del tributo a una persona o entidad que no consiente ni participa de la operación realizada en el

⁵¹ NEUMANN, Teodoro. *Ibíd.* Pág. 242.

exterior, ni menos corresponde a aquella que incurre en el hecho gravado. Por lo tanto, al vulnerarse su propiedad, podríamos concluir respecto de la responsabilidad solidaria de la entidad emisora de los activos subyacentes, que sí podría afectarse su patrimonio, su derecho de propiedad y, en definitiva, el principio de no confiscatoriedad.

CAPÍTULO V LEGISLACIÓN COMPARADA

5.1. Análisis de la legislación tributaria peruana en materia de enajenación indirecta.

Perú es uno de los países que ha incorporado como renta de fuente peruana, la ganancia obtenida por la enajenación indirecta de acciones, a partir del año 2011⁵², teniendo como único modelo en la región -en ese entonces- a Chile.

En razón de lo anterior, analizaremos los principales aspectos de la norma sobre enajenación indirecta de nuestro país vecino, para verificar cómo han solucionado conflictos, que pudieran ser similares a los chilenos.

5.1.1. Legislación peruana sobre Enajenación Indirecta.

El artículo 10 letra e)⁵³ de la Ley sobre Impuesto a la Renta peruano establece como renta de fuente peruana “Las obtenidas por la enajenación indirecta de

⁵² Ley N°29.663 aprobada y publicada el 15 de febrero de 2011, siendo modificada por la Ley N° 29.757, aprobada y publicada el 21 de julio de 2011.

⁵³ PERÚ. Ministerio de Economía y Finanzas. Decreto Supremo N°179-2004-EF sobre Texto único ordenado de la Ley de Impuesto a la Renta. 2004. [En línea] <<http://www.sunat.gob.pe/legislacion/renta/ley/capii.pdf>> [Consulta: 02 marzo 2018]. “Las obtenidas por la enajenación indirecta de acciones o participaciones representativas del capital de personas jurídicas domiciliadas en el país. A estos efectos, se debe considerar que se produce una enajenación indirecta cuando se enajenan acciones o

participaciones representativas del capital de una persona jurídica no domiciliada en el país que, a su vez, es propietaria -en forma directa o por intermedio de otra u otras personas jurídicas- de acciones o participaciones representativas del capital de una o más personas jurídicas domiciliadas en el país, siempre que se produzcan de manera concurrente las siguientes condiciones:

1. En cualquiera de los doce meses anteriores a la enajenación, el valor de mercado de las acciones o participaciones de las personas jurídicas domiciliadas en el país de las que la persona jurídica no domiciliada sea propietaria en forma directa o por intermedio de otra u otras personas jurídicas, equivalga al cincuenta por ciento o más del valor de mercado de todas las acciones o participaciones representativas del capital de la persona jurídica no domiciliada.

Para determinar el porcentaje antes indicado, se tendrá en cuenta lo siguiente:

i. Se determinará el porcentaje de participación que la persona jurídica no domiciliada, cuyas acciones o participaciones se enajenan, tiene en el capital de la persona jurídica domiciliada. En caso de que aquella sea propietaria de esta por intermedio de otra u otras personas jurídicas, su porcentaje de participación se determinará multiplicando o sumando los porcentajes de participación que cada persona jurídica tiene en el capital de la otra, conforme al procedimiento que establezca el reglamento. Las obtenidas por la enajenación indirecta de acciones o participaciones representativas del capital de personas jurídicas domiciliadas en el país. A estos efectos, se debe considerar que se produce una enajenación indirecta cuando se enajenan acciones o participaciones representativas del capital de una persona jurídica no domiciliada en el país que, a su vez, es propietaria -en forma directa o por intermedio de otra u otras personas jurídicas- de acciones o participaciones representativas del capital de una o más personas jurídicas domiciliadas en el país, siempre que se produzcan de manera concurrente las siguientes condiciones:

ii. El porcentaje de participación determinado conforme a lo señalado en el acápite i. se multiplicará por el valor de mercado de todas las acciones o participaciones representativas del capital de la persona jurídica domiciliada en el país.

En caso de que la persona jurídica no domiciliada sea propietaria de acciones o participaciones de dos o tres personas jurídicas domiciliadas en el país, se sumarán los resultados determinados por cada una de estas.

iii. El resultado anterior se dividirá entre el valor de mercado de todas las acciones o participaciones representativas del capital de la persona jurídica no domiciliada cuyas acciones o participaciones se enajenan.

iv. El resultado anterior se multiplicará por cien.

2. En un período cualquiera de doce meses, se enajenan acciones o participaciones que representen el diez por ciento o más del capital de una persona jurídica no domiciliada.

De cumplirse con estas condiciones, para determinar la base imponible se deberán considerar las enajenaciones efectuadas en el período de doce meses antes referido.

Se presumirá que una persona jurídica no domiciliada en el país enajena indirectamente las acciones o participaciones representativas del capital de una persona jurídica domiciliada en el país de la que sea propietaria en forma directa o por intermedio de otra u otras personas cuando emite nuevas acciones o participaciones como consecuencia de un aumento de capital, producto de nuevos aportes, de capitalización de créditos o de una reorganización y las coloca por un valor inferior al de mercado. En este caso, se entenderá que enajena las acciones o participaciones que emite como consecuencia del aumento de capital. Lo previsto en el presente párrafo se aplicará siempre que, con cualquiera de los doce meses anteriores a la fecha de emisión de las acciones o participaciones, el valor de mercado de las acciones o participaciones de las personas jurídicas domiciliadas en el país de las que la persona jurídica no domiciliada sea propietaria en forma directa o por intermedio de otra u otras personas jurídicas, equivalga

acciones o participaciones representativas del capital de personas jurídicas domiciliadas en el país.”

Luego, señala qué se entiende como enajenación indirecta, estableciendo que:

“se debe considerar que se produce una enajenación indirecta cuando se enajenan acciones o participaciones representativas del capital de una persona jurídica no domiciliada en el país que, a su vez, es propietaria -en forma directa o por intermedio de otra u otras personas jurídicas- de acciones o participaciones representativas del capital de una o más personas jurídicas domiciliadas en el país, siempre que se produzcan de manera concurrente las siguientes condiciones (...)”

al cincuenta por ciento o más del valor de mercado de todas las acciones o participaciones representativas del capital de la persona jurídica no domiciliada antes de la fecha de emisión.

Para estos efectos, se aplicará lo previsto en el segundo párrafo del numeral 1 del presente inciso.

En cualquiera de los supuesto señalados en los párrafos anteriores, si las acciones o participaciones que se enajenen, o las nuevas acciones o participaciones emitidas como consecuencia de un aumento del capital, corresponden a una persona jurídica residente en un país o territorio de baja o nula imposición, se considerará que la operación es una enajenación indirecta. No se aplicará lo dispuesto en el presente párrafo cuando el contribuyente acredite de manera fehaciente que la enajenación no cumple con alguna de las condiciones a que se refiere el presente inciso.

Se incluye dentro de la enajenación de acciones de personas jurídicas no domiciliadas en el país a la enajenación de ADR (American DepositaryReceipts) o GDR (Global DepositaryReceipts) que tengan como activo subyacente a tales acciones.

En todos los casos, el ingreso gravable será el resultante de aplicar el valor de mercado de las acciones o participaciones de la persona jurídica no domiciliada que se enajenan, el porcentaje determinado en el segundo párrafo del numeral 1 del presente inciso.

Mediante decreto supremo se establecerá la forma como se determina el valor de mercado de las acciones o participaciones a que se refiere el presente inciso, para lo cual se podrá considerar, entre otros, el valor de participación patrimonial sobre la base de balances auditados, incluso anteriores a los doce meses precedentes a la enajenación o a la emisión de acciones o participaciones.

Para los efectos del presente inciso, la mención a acciones o participaciones se entenderá referida a cualquier instrumento representativo del capital, independientemente a la denominación que se otorgue en otro país.

5.1.2. Características principales de la norma peruana.

- (a) Se basa en el valor de mercado del bien, tanto respecto de la o las personas jurídicas peruanas indirectamente transferidas, como de las acciones o participaciones representativas del capital de la persona jurídica no domiciliada cuyas acciones o participaciones se enajenan.
- (b) El objeto de la enajenación indirecta solo se refiere a personas jurídicas, y no sobre cualquier activo subyacente peruano, dejando fuera de su ámbito de aplicación, por ejemplo, un fondo de inversión, bonos, trust, y cualquier otro activo que no se refiera a las personas jurídicas peruanas.
- (c) El porcentaje de participación de las acciones o participaciones que indirectamente se enajena, equivalga con a lo menos doce meses antes de la fecha de emisión de las acciones o emisión, al 50% o más del valor de mercado de las acciones o participaciones de la persona jurídica no domiciliada.

5.1.3. Responsabilidad solidaria de la sociedad peruana.

Respecto de la responsabilidad solidaria de la entidad emisora de los activos domiciliada en Perú, el artículo 68 de la Ley de Impuesto a la Renta peruano

establece que ésta solo será responsable, si se encuentra relacionada directa o indirectamente con el enajenante, en cualquiera de los doce (12) meses anteriores a la enajenación, a través de su participación en el control, la administración o el capital.⁵⁴

Además de lo anterior, se excepcionará la entidad peruana de la responsabilidad solidaria, en el caso de que haya efectuado la retención correspondiente por parte del adquirente de las acciones.

5.1.4. Aumento de capital como enajenación indirecta.

Por su parte, la normativa peruana contiene una presunción de enajenación indirecta: se presume que una persona jurídica no domiciliada en el país enajena indirectamente las acciones o participaciones representativas del capital de una persona jurídica domiciliada en el país de la que sea propietaria en forma directa

⁵⁴ PERÚ. Ministerio de Economía y Finanzas. Decreto Supremo N°179-2004-EF sobre Texto único ordenado de la Ley de Impuesto a la Renta. 2004. [En línea] <<http://www.sunat.gob.pe/legislacion/renta/ley/capx.pdf>> [Consulta: 02 marzo 2018]. De acuerdo al artículo 68 de la Ley de Impuesto a la Renta peruano, *“En la enajenación directa e indirecta de acciones, participaciones o de cualquier otro valor o derecho representativo del patrimonio de una empresa a que se refiere el inciso h) del artículo 9° y los incisos e) y f) del artículo 10° de esta Ley, respectivamente, efectuada por sujetos no domiciliados, la persona jurídica domiciliada en el país emisora de dichos valores mobiliarios es responsable solidaria, cuando en cualquiera de los doce (12) meses anteriores a la enajenación, el sujeto no domiciliado enajenante se encuentre vinculado directa o indirectamente a la empresa domiciliada a través de su participación en el control, la administración o el capital.*

El Reglamento señalará los supuestos en los que se configura la referida vinculación.

No se atribuirá la responsabilidad solidaria cuando sea de aplicación la retención prevista en el inciso g) del artículo 71 de la Ley.”

o por intermedio de otra u otras personas cuando emite nuevas acciones o participaciones como consecuencia de un aumento de capital, producto de nuevos aportes, de capitalización de créditos o de una reorganización y las coloca por un valor inferior al de mercado.

Al respecto, podemos señalar que corresponde a una norma que la legislación chilena no contiene, y que podría corresponder a una forma de eludir la tributación por la Enajenación Indirecta de activos chilenos. Sin embargo, es importante tener presente que si bien la norma peruana amplía su ámbito de aplicación al aumento de capital, el porcentaje de participación indirectamente enajenada corresponde al 50% o más del valor de mercado de las acciones o participaciones de la persona jurídica no domiciliada; es decir, el porcentaje de aplicación es muy superior al de la norma chilena, que equivale a un 20%.

5.1.5. Síntesis normativa peruana sobre enajenación indirecta.

Como vemos, si bien la legislación peruana contiene la norma sobre venta indirecta, y hace responsable solidario a la sociedad emisora de los activos domiciliada en Perú, dicha responsabilidad solidaria contiene diversos límites, en cuanto se aplica solo en el caso de que la sociedad se encuentre relacionada directa o indirectamente con el enajenante.

Lo anterior, tiene mucho más sentido que establecer la responsabilidad solidaria de la entidad indirectamente enajenada sin más, puesto que, en este último caso, se afecta con un impuesto a una entidad que no participa de ninguna forma en la operación, no tiene cómo tomar conocimiento de ésta, ni tiene muchas veces forma alguna de repetir contra el sujeto pasivo principal, transgrediendo garantías fundamentales tales como el principio de propiedad, no confiscatoriedad o el derecho de igualdad, como vimos en los capítulos anteriores.

Otro aspecto que llama la atención de la norma peruana, es que hace referencia al aumento de capital como enajenación indirecta, lo que nos parece procedente, en tanto puede conseguirse el mismo fin que la norma sobre enajenación indirecta pretende evitar.

5.2. Análisis de la legislación tributaria canadiense en materia de enajenación indirecta.

Canadá es uno de los primeros países en incorporar una norma sobre enajenación indirecta, la que se encuentra contenida en la Sección 116 de la Ley sobre Impuesto a la Renta canadiense⁵⁵, por lo que pasaremos a analizar las principales diferencias que dicha legislación tiene con la chilena.

⁵⁵ GOVERNMENT OF CANADÁ. Justice Laws Website. Income tax Act. 1985. Section 116. [En línea] <<http://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/I-3.3/section-116.html>> [Consulta: 03 marzo 2018].

5.2.1. Características principales de la norma canadiense sobre enajenación indirecta.

Las principales características de la norma canadiense sobre Enajenación Indirecta, son las siguientes.

5.2.1.1. Establece detalladamente qué propiedad inmueble se encuentra incluida en la norma y cuál se encuentra excluida de su aplicación.

Por ejemplo, entre las incluidas se encuentran los bienes inmuebles⁵⁶ situados en Canadá, establecimientos comerciales o los activos que forman parte de los establecimientos comerciales ubicados en Canadá, derechos o licencias para cortar madera, así como acciones, intereses o fideicomiso cuando más del 50% del valor de éstos se deriva directa o indirectamente de los bienes anteriores; así como cualquier derecho sobre cualquiera de los bienes anteriores.

⁵⁶ Específicamente, la sección 116 subsección (5.2.) establece la propiedad inmueble que comprende la norma, en el siguiente sentido: "If a non-resident person has, in respect of a disposition, or a proposed disposition, in a taxation year to a taxpayer of property (other than excluded property) that is a life insurance policy in Canada, a Canadian resource property, a property (other than capital property) that is real property, or an immovable, situated in Canada, a timber resource property, depreciable property that is a taxable Canadian property or any interest in, or for civil law any right in, or any option in respect of, a property to which this subsection applies (whether or not that property exists)." Asimismo, la autoridad administrativa canadiense detalla los bienes en CANADÁ REVENUE AGENCY. 2011. Income tax – Information Circular N°IC72-17R6. [En línea] <<http://www.cra-arc.gc.ca/E/pub/tp/ic72-17r6/ic72-17r6-11e.pdf>> [Consulta: 03 junio 2018].

5.2.1.2. Establece la obligación de informar a la autoridad canadiense sobre la operación.

(1) Faculta al enajenante a informar a la Agencia canadiense de ingresos (Canada Revenue Agency “CRA”) de forma previa a la celebración de la operación, los detalles de la misma.

(2) Establece la obligación del enajenante de informar a la autoridad tributaria dentro de un plazo de 10 días de materializada la enajenación.

(3) Establece la obligación del comprador de informar sobre la adquisición de inmuebles canadienses a un no residente.

5.2.1.3. Establece la responsabilidad del comprador, con excepciones.

Dicha norma establece la responsabilidad del comprador de pagar el impuesto, que va desde el 25% hasta el 50% del precio de la compra a nombre del enajenante no residente. Sin embargo, establece excepciones para su aplicación, las cuales son: Que el comprador no tenga motivos para creer que la persona no residente no reside en Canadá; o bien, se haya emitido con anterioridad un certificado de conformidad emitido por la autoridad tributaria (Minister).

5.2.1.4. Establece la propiedad excluida de un no residente.

La sección 116 de la Ley sobre Impuesto a la Renta Canadiense, establece qué tipo de propiedad se encuentra excluida de la aplicación de la norma, entre los cuales encontramos trust, acciones que cotizan en una bolsa de valores, bonos, hipotecas, entre otros.

Como vemos, Canadá no incluye en su aplicación la responsabilidad del activo subyacente enajenado. Incluso, la responsabilidad del propio comprador puede ser excluida en el caso de que éste pruebe que no tenía motivos para creer que la persona no residente, no residía en Canadá.

5.2.1.5. La norma canadiense no contiene la responsabilidad del activo subyacente.

Como vemos, la responsabilidad se limita al comprador y no hace responsable al activo subyacente cuya propiedad es indirectamente enajenada, en ningún caso.

5.3. Síntesis norma peruana y canadiense sobre venta indirecta.

Revisadas ambas normas, se puede verificar que nuestra normativa sobre Enajenación Indirecta abarca muchas más hipótesis que las otras dos legislaciones, al establecer una norma residual consistente en “Cualquier tipo de bien mueble o inmueble situado en Chile, o de títulos o derechos respecto de los mismos, cuyo titular o dueño sea una sociedad o entidad sin domicilio o residencia en Chile.”

Por su parte, tanto la normativa peruana como la canadiense establecen específicamente qué activos forman parte del hecho gravado y cuáles no, lo que otorga una mayor certeza jurídica, en contraposición a la normativa chilena que, al hacer aplicable la norma a “cualquier bien mueble”, establece una amplitud tal que hace difícil tanto llevarla a la práctica, así como su fiscalización por parte del Servicio.

Respecto de la responsabilidad del activo subyacente peruano, se rescata principalmente que, si bien se establece dicha responsabilidad sobre la entidad emisora de los activos subyacentes peruanos, lo hace solo en la medida en que la sociedad emisora se encuentre relacionada con el enajenante, y no en

cualquier caso. Por su parte, Canadá no hace responsable al activo subyacente canadiense.

Otro de los aspectos a destacar en la normativa peruana, es que incluye una presunción de enajenación indirecta cuando se emiten nuevas acciones o participaciones como consecuencia de un aumento de capital, nuevos aportes, capitalización de créditos o de una reorganización, y estas nuevas acciones sean colocadas por un valor inferior al de mercado, siempre que en los doce meses anteriores, el valor de mercado de las acciones peruanas, equivalga al cincuenta por ciento o más del valor de mercado de todas las acciones o participaciones representativas del capital de la persona jurídica no domiciliada, antes de la fecha de emisión.

Al respecto, el aumento de capital no se encuentra en ninguna de las hipótesis que contienen el hecho gravado en materia de enajenación indirecta en Chile, por lo que podría constituir una forma de eludir la aplicación de la norma. Sin embargo, el ampliar el ámbito de aplicación por esta vía, podría llevar a un desincentivo a la inversión en nuestro país, por lo que se recomendaría aumentar, a su vez, el porcentaje de aplicación, por ejemplo, del 20% actual a un 50%, tal como nuestro par peruano.

En cuanto a la norma canadiense, principalmente lo que se rescata es que no responsabiliza a la entidad, empresa o sociedad emisora de los activos subyacentes, en ningún caso. Además, el detalle de los bienes cuya enajenación indirecta resultan abarcadas por la norma, es otro de sus aspectos centrales, puesto que establece de claramente cuáles son los activos considerados por la norma, e incluso los que se encuentran excluidos, otorgando mayor certeza jurídica para los contribuyentes, respecto de su ámbito de aplicación.

CAPÍTULO VI
ASPECTOS PRÁCTICOS A TENER PRESENTE:
IDENTIFICACIÓN DE PROBLEMAS A SOLUCIONAR

6.1. Concordancia entre el artículo 10 inciso 3º de la LIR y artículo 64 del Código Tributario: Concepto de reorganización empresarial.

En este apartado verificaremos los dos casos de excepción a la facultad de tasar del SII, los cuales, si bien ambos tienen relación con casos de reorganización empresarial, cada uno tiene distintos requisitos para su aplicación.

6.1.1. Reorganización empresarial del artículo 64 del Código Tributario.

El artículo 64 Código Tributario que se refiere a la facultad del Servicio de impuestos Internos de tasar el valor de mercado de ciertos bienes cuando éstos se hayan transferido a un valor menor al corriente en plaza. Por su parte, el mismo artículo 64 en su inciso 5⁵⁷ establece que no procede la facultad de tasar

⁵⁷ Tampoco se aplicará lo dispuesto en este artículo, cuando se trate del aporte, total o parcial, de activos de cualquier clase, corporales o incorporales, que resulte de otros procesos de reorganización de grupos empresariales, que obedezcan a una legítima razón de negocios, en que subsista la empresa aportante, sea ésta individual, societaria, o contribuyente del N° 1 del artículo 58 de la Ley sobre Impuesto a la Renta, que impliquen un aumento de capital en una sociedad preexistente o la constitución de una nueva sociedad y que no originen flujos efectivos de dinero para el aportante, siempre que los aportes se efectúen y registren al valor contable o tributario en que los activos estaban registrados en la aportante. Dichos valores deberán asignarse en la respectiva junta de accionistas, o escritura pública de constitución o modificación de la sociedad tratándose de sociedades de personas.

en ciertos casos de reorganización de grupos empresariales, solo si se cumplen los siguientes requisitos:

- (a) Cuando se trate del aporte, total o parcial, de activos de cualquier clase, corporales o incorporales,
- (b) Que resulte de otros procesos de reorganización de grupos empresariales,
- (c) Dicha operación, obedezca a una legítima razón de negocios,
- (d) Que subsista la empresa aportante, sea ésta individual, societaria o contribuyente del N° 1 del artículo 58 de la Ley sobre Impuesto a la Renta, que impliquen un aumento de capital en una sociedad preexistente o la constitución de una nueva sociedad y
- (e) Que no originen flujos efectivos de dinero para el aportante,
- (f) Que los aportes se efectúen y registren al valor contable o tributario en que los activos estaban registrados en la aportante. Dichos valores deberán asignarse en la respectiva junta de accionistas, o escritura pública de constitución o modificación de la sociedad tratándose de sociedades de personas.

6.1.2. Reorganización empresarial del artículo 10 inciso final de la LIR.

Por su parte, el artículo 10 de la LIR en su inciso final⁵⁸, contiene una excepción para que la Enajenación Indirecta no sea considerada como hecho gravado con Impuesto Adicional, siempre que se cumplan los siguientes requisitos:

- (a) Que las enajenaciones ocurridas en el exterior se efectúen en el contexto de una reorganización del grupo empresarial, según éste se define en el artículo 96 de la Ley N° 18.045 sobre Mercado de Valores; y,
- (b) Que las operaciones no hayan generado renta o un mayor valor para el enajenante, determinado conforme a lo dispuesto en el artículo 58 N° 3 de la LIR.

Respecto de esta última, de acuerdo señala el SII “En caso de cumplirse con estos requisitos, no se configura el hecho gravado con Impuesto Adicional dispuesto en el inciso 3°, del artículo 10 de la misma Ley, y en consecuencia, el SII no podría aplicar la facultad de tasación que contempla el inciso 3°, del artículo 64 del Código Tributario.”⁵⁹

⁵⁸ Establece el artículo 10 inciso final: “Con todo, lo dispuesto en el inciso tercero anterior no se aplicará cuando las enajenaciones ocurridas en el exterior se hayan efectuado en el contexto de una reorganización del grupo empresarial, según éste se define en el artículo 96, de la Ley N° 18.045, sobre Mercado de Valores, siempre que en dichas operaciones no se haya generado renta o un mayor valor para el enajenante, renta o mayor valor determinado conforme a lo dispuesto en el artículo 58 número 3).”

⁵⁹ Oficio N°2158 de 03.10.2013, y circular N°14 del año 2014.

6.1.3. Concordancia de la reorganización empresarial en la normativa interna chilena.

De la lectura de las normas señaladas en los dos puntos anteriores, se desprende que, tanto el artículo 64 inciso 5° del Código Tributario, como el artículo 10 inciso final de la Ley sobre Impuesto a la Renta, contienen excepciones a la facultad de tasar en los casos de “reorganización del grupo empresarial”, sin embargo, en ambos casos establece requisitos distintos.

Si comparamos ambas disposiciones, podemos verificar que la norma establecida en el artículo 64 del Código Tributario, que regula la enajenación directa realizada en Chile, contiene más requisitos para su procedencia que la reorganización del grupo empresarial del artículo 10 inciso final de la LIR, que regula la Enajenación Indirecta y cuyo único requisito para su aplicación, además de que enajenante y adquirente correspondan al mismo grupo empresarial, consiste en que no exista un mayor valor producto de la enajenación.

Sobre esta falta de concordancia, se ha pronunciado el SII en su Oficio N° 1.756, de 06.07.2015, en el cual un contribuyente consultó la posibilidad de aplicar la regla de excepción contenida en el artículo 10 de la LIR, a una reorganización internacional que involucre la enajenación directa de activos de la casa matriz a su agencia o un establecimiento permanente ubicado en Chile, a lo cual el SII

responde que, por su carácter de regla de excepción, no podía ser aplicable y, por lo tanto, dicha asignación puede ser objeto de tasación de acuerdo al artículo 64 del Código Tributario.

De lo anterior, se concluye que existe una discriminación en favor de la Enajenación Indirecta de activos chilenos, al contener menos requisitos para la procedencia de la excepción a la facultad de tasación del SII, en desmedro de la reorganización empresarial contenida en el artículo 64 del Código Tributario, cuya norma contiene más requisitos para que el SII no pueda aplicar su facultad de tasar.

Dicha falta de consistencia entre la reorganización empresarial contenida en el artículo 64 del Código Tributario relativa a las enajenaciones directas de activos chilenos, y la establecida en el artículo 10 inciso final de la LIR aplicable a las Enajenaciones Indirectas, genera una discriminación en favor de esta última, al darle una mayor flexibilidad que no se da nivel de transferencia directa.

6.1.4. Conflictos de la reorganización empresarial en materia de enajenación indirecta.

Sin perjuicio de la mayor flexibilidad que otorga el artículo 10 inciso final de la LIR, uno de los dos requisitos para caer en una reorganización empresarial, es

que “no se haya generado renta o un mayor valor para el enajenante, renta o mayor valor determinado conforme a lo dispuesto en el artículo 58 número 3).” Es decir, tanto en el caso de enajenación directa como indirecta, deberá igualmente acreditar si se genera o no un mayor valor.

De lo anterior se desprende que, si bien la norma otorga una supuesta ventaja en materia de reorganizaciones empresariales internacionales -los que a nivel internacional general se encuentran libres de impuestos- el establecer la obligación de determinar el mayor valor, podría constituir una alteración del objetivo de la norma⁶⁰.

Mención aparte merece la necesidad de calcular el mayor valor de acuerdo a la normativa chilena, es decir, en términos generales, tomando como costo el valor de adquisición del bien reajustado, lo cual, si bien podrá realizarse en ciertos casos, la regla general será el traspaso de acuerdo a valores contables reconocidos internacionalmente.

En razón de las consideraciones anteriores, muchas veces otorgará mayor certeza jurídica realizar reorganizaciones a nivel de enajenaciones directas, que a nivel de enajenaciones indirectas.

⁶⁰ Ver Resolución Ex. N°65 del SII que establece la obligación para el enajenante, el comprador y del emisor de los activos subyacentes, de informar la operación al SII mediante declaración jurada N°1921.

6.2. Enajenación como hecho gravado amplio: Fusión de sociedades y aumento de capital en relación con la enajenación indirecta.

En este apartado analizaremos el alcance de la norma sobre enajenación indirecta de activos subyacentes chilenos, los casos que contempla la norma y los que quedan excluidos de su aplicación.

6.2.1. Concepto de enajenación.

Para establecer el alcance del artículo 10 inciso 3 de la LIR, es fundamental entender el concepto de enajenación, ya que el hecho gravado establecido en el artículo 10 inciso 3° de la LIR, grava “las rentas obtenidas por un enajenante no residente ni domiciliado en el país, que provengan de la enajenación de derechos sociales, acciones, cuotas, bonos u otros títulos convertibles en acciones o derechos sociales, o de la enajenación de otros derechos representativos del capital de una persona jurídica constituida o residente en el extranjero, o de títulos o derechos de propiedad respecto de cualquier tipo de entidad o patrimonio, constituido, formado o residente en el extranjero, en los siguientes casos: (...)”

Es decir, el hecho gravado principal en la Enajenación Indirecta consiste, precisamente, en una “enajenación” de activos en circunstancias específicas,

tornándose fundamental conocer el alcance de este concepto, para determinar el alcance de la norma.

Ahora bien, el concepto de enajenación no se encuentra establecido en ninguna disposición legal y, por su parte, en el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, se define como “Vender o ceder la propiedad de algo u otros derechos.” Por su parte, cesión en el mismo se entiende como “Dar, transferir o traspasar a alguien una cosa, acción o derecho.”

Como vemos, el concepto de enajenación es amplio, ya que considera la transferencia, transmisión o cualquier traspaso de una cosa, acción o derecho.

6.2.2. Interpretaciones del SII sobre enajenación.

De acuerdo a lo señalado por el SII en diversos pronunciamientos, (Oficio N° 565 de 20.02.1998; N°2.872, de 09.08.2002; N° 3.320 de 20.12.2016, entre otros) la enajenación es un acto de disposición que hace salir de un patrimonio un derecho ya existente, para que pase a formar parte de un patrimonio diverso, siendo aplicable, en la especie, la normativa tributaria que establece la Ley de la Renta.

Asimismo, ha establecido que “no existiendo en el ordenamiento jurídico un concepto específico de enajenación para efectos tributarios, dicha expresión

debe entenderse en el sentido que le confiere el derecho común; esto es, un acto de disposición en virtud del cual un bien pasa a formar parte de un patrimonio diverso, de modo que dicho concepto puede ser comprensivo tanto de la transferencia (acto entre vivos), como de la transmisión (acto por causa de muerte) de bienes”. Oficio N°947, de 11.05.2018, en relación con el Oficio N°1.385 de 17.05.2016.

En este sentido, en diversa jurisprudencia administrativa el SII se ha pronunciado respecto de en qué casos nos encontramos frente a una enajenación, por lo que aplica la norma sobre enajenación indirecta, y en qué casos no.

Respecto de los casos en que el SII ha señalado que constituye enajenación, se encuentra el aporte de bienes a sociedades de cualquier clase (Oficio N° 4.154, de 30.10.2000), y la fusión.

Respecto de la fusión, ha señalado que constituye una transmisión (Oficio 4.154 del año 2000, Oficio N°2.408 de 2017); por lo tanto, estaríamos frente a una enajenación. En consecuencia, en cualquier caso de fusión podría aplicarse la norma sobre enajenación indirecta de activos subyacentes, siempre que se cumpla con los demás requisitos que establece la norma.

Ahora bien, la Circular N° 68 de 1996, estableció en relación a la fusión por creación y la fusión por incorporación que, “si bien ambas sociedades aportantes desaparecen y, aún cuando legalmente existe enajenación de los bienes aportados, el aporte que efectúa la absorbida no tiene una contraprestación puesto que desaparece como persona jurídica, de donde resulta que queda al margen de poder experimentar un incremento patrimonial.”

La Circular N°2 del año 1998 del SII, en el numeral 4 señala “En consecuencia, de lo dictaminado por la referida Superintendencia, se concluye que en el caso de la disolución de una sociedad por la reunión del cien por ciento de sus acciones en poder de un solo titular, si bien el título y el modo de adquirir es la ley y no una convención, no es menos cierto que se produce una enajenación, esto es, se origina un traspaso de los activos de la sociedad disuelta al adquirente del 100% de las acciones, traspaso que, atendido que se genera como consecuencia del término de la existencia de la sociedad, asume la forma de una transmisión de bienes y no una transferencia.”

Por su parte, respecto de operaciones que no constituyen enajenación, se encuentran el cambio de domicilio (país) de una persona (Oficio N° 1385, de 2016⁶¹); la transformación del tipo social (Oficio N° 3.313 del año 2003); o las

⁶¹SERVICIO DE IMPUESTOS INTERNOS. 2007. Oficio N°1385: Solicita se confirmen los criterios que indica, relacionados con los efectos tributarios en Chile del cambio de domicilio en el exterior de una sociedad extranjera con activos subyacentes en nuestro país. 17 mayo 2016.

divisiones sociales; ya que ninguna de estas operaciones comprende una transmisión o transferencia (Oficio N°340 de 2004), con lo que concordamos.

Asimismo, respecto de la disolución de una sociedad, el SII ha establecido que

“Una vez disuelta una sociedad de responsabilidad limitada de giro agrícola, pendiente su liquidación, los socios no son comuneros, sino que es la propia sociedad la que sigue siendo dueña de los bienes que componen su haber.

En consecuencia, la mera disolución de la sociedad, no implica enajenación, sin que resulten por dicha razón aplicables las facultades de tasación previstas en el artículo 64 del Código Tributario. En cambio, sí podrán ejercerse dichas facultades cuando los bienes se inscriban a nombre de alguno o todos los ex-socios (formándose en una comunidad), pues en tal evento existirá una enajenación, entendiendo esta expresión en un sentido amplio como el acto en virtud del cual un bien pasa a formar parte de un patrimonio diverso.” (Oficio N°2.889 de 26 de octubre de 2012).

6.2.3. Casos no incorporados por la norma.

Si bien el concepto de enajenación en materia de Enajenación Indirecta es amplio, no comprende el aumento de capital de la sociedad, con lo cual un tercero puede adquirir participación indirecta en el activo subyacente chileno. Lo anterior, al no corresponder a un hecho gravado por Enajenación Indirecta, podría constituir un desincentivo para adquirir la participación mediante enajenación, o bien, un incentivo para ingresar a la sociedad mediante aumento de capital de la persona jurídica extranjera dueña de los activos locales, por ejemplo, a un precio menor al valor de mercado.

Por lo tanto, al corresponder a una operación cuyo resultado puede ser similar a los hechos gravados que ya contempla la norma sobre Enajenación Indirecta, creemos que la norma podría incluir el aumento de capital como nuevo hecho gravado.

Sin perjuicio de lo anterior, incluir el aumento de capital como hecho gravado en materia de Enajenación Indirecta con el actual 20% de participación indirecta que se requiere para la aplicación de la norma en una de las hipótesis, podría constituir, a su vez, un fuerte desincentivo a la inversión en Chile, teniendo presente el amplio campo de aplicación de la norma.

Por lo tanto, una forma de evitar una posible elusión, sería incluir el aumento de capital que derive en la participación indirecta en un activo chileno y, a su vez, aumentar el porcentaje mínimo de participación para que la norma resulte aplicable, ya que el actual 20% generaría un aumento considerable del hecho gravado.

Ejemplo de lo anterior lo constituye la norma peruana, que incluye una presunción de enajenación indirecta a la emisión de acciones por medio de un aumento de capital, aportes, de capitalización de créditos o de una reorganización que sean colocadas por un valor inferior al de mercado, que revisamos en el capítulo V del presente trabajo, el cual si bien amplía el ámbito de aplicación de la norma, como

contrapartida, se aumenta el porcentaje de participación de las acciones peruanas a un 50% o más del valor de mercado de todas las acciones o participaciones representativas del capital de la persona jurídica no domiciliada, antes de la fecha de emisión.

6.3. Responsabilidad solidaria del activo subyacente en la enajenación indirecta.

Si bien se entiende que la imposibilidad de llevar a la práctica la norma sobre enajenación indirecta anterior a la Ley N°20.780, generó que el legislador hiciera responsable solidariamente al emisor de los activos subyacentes, el hecho de hacerlo solidariamente responsable en todos los casos, podría atentar en contra del principio de igualdad en materia tributaria. Lo anterior, puesto que se estaría dando un trato injusto y arbitrario al exigir a la persona jurídica objeto de la enajenación, que responda por operaciones que se perfeccionan sin su consentimiento, y que no tienen obligación de notificar, vulnerando, además, el principio tributario de la capacidad contributiva.

En razón de lo anterior, consideramos más recomendable lo establecido por la legislación peruana, al hacer responsable a la entidad peruana solo en los casos en que se encuentre relacionado con el enajenante. No obstante, la norma

debiera considerar, además, una eventual falta de financiamiento de la entidad responsable solidaria, en tanto su obligación emana de una operación realizada sin su participación ni consentimiento, por lo que no se puede siquiera prever.

Por otro lado, respecto del alcance de la responsabilidad solidaria, el SII ha señalado, en caso que exista una sociedad *holding* chilena controladora de otras sociedades operativas chilenas, que “respecto del caso que expone en su consulta, el responsable solidario a que se refiere el inciso quinto del N° 3 del artículo 58 de la LIR, es la sociedad *holding* constituida en Chile, y no las sociedades que esta última controla en el país.” (Oficio N° 2602, de 07.12.2017).

6.4. Aplicación del artículo 13 de los Convenios para evitar la doble tributación internacional en materia de enajenación indirecta de activos locales: Inconsistencia entre comentarios OCDE e interpretación del Servicio de Impuestos Internos.

De acuerdo a lo señalado en el capítulo 3.3. anterior, las normas internacionales contenidas en los comentarios OCDE solo comprenden la enajenación indirecta de propiedad inmobiliaria y -en parte- de derechos sociales o participación en sociedades, dejando fuera de su aplicación los diversos activos subyacentes que sí comprende la norma chilena. Sin embargo, en la circular del SII que se refiere

a la materia, y de modo ejemplificativo, hace aplicable plenamente la norma sobre enajenación indirecta de activos subyacentes chilenos.

Respecto de lo anterior, es fundamental que el Servicio de Impuestos Internos se ajuste a los comentarios OCDE, que resultan plenamente aplicables y obligatorios en Chile por ser miembro de la OCDE, y de acuerdo al artículo 5° de la Constitución Política de la República, y no puede transgredirlos con interpretaciones de su autoridad administrativa.

6.5. Obligación de obtención del enajenante de obtener RUT en Chile para la declaración y pago del impuesto, tanto de forma anual como esporádica.

Como vimos en el capítulo 3 anterior, según lo establecido en los artículos 65 N° 1 y 69 de la LIR, en relación con el artículo 58 N°3 inciso 4° de la misma ley, el impuesto adicional que afecta la renta obtenida por la Enajenación Indirecta, puede ser declarado y pagado tanto por el enajenante en su calidad de sujeto pasivo principal, como por el adquirente en su calidad de agente retenedor. Finalmente, solo si el impuesto no fue declarado y pagado por el enajenante, el SII podrá liquidar y girar los impuestos al adquirente, respondiendo solidariamente con éste, la entidad, empresa o sociedad emisora de los activos subyacentes.

El enajenante podrá declarar y pagar el impuesto adicional ya sea como declaración y pago anual, o bien, como renta esporádica, de acuerdo a las siguientes normas:

6.5.1. Declaración y pago anual del Impuesto adicional por parte del Enajenante.

De acuerdo lo establece el artículo 65 de la LIR, el enajenante se encuentra obligado a presentar una declaración anual en el mes de abril de cada año, respecto de las rentas obtenidas el año anterior.

Para cumplir con esta obligación, el enajenante deberá estar inscrito en el Rol Único Tributario⁶².

6.5.2. Declaración y pago del Impuesto adicional como renta esporádica, por parte del Enajenante.

De acuerdo al artículo 58 N°3 inciso 4°⁶³, las rentas por Enajenación Indirecta podrán declararse como renta esporádica, caso en el cual deberán declarar y pagar el impuesto adeudado, dentro del mes siguiente a la obtención de la renta.

⁶² Así lo establece la Circular 14 de 2014, en relación con las Circulares N° 31 de 2007 y N° 7 de 2008.

⁶³ Dicha disposición establece, en su parte pertinente, que “Las rentas a que se refiere el artículo 10 podrán, a juicio del contribuyente, considerarse como esporádicas para efectos de lo dispuesto en el artículo 69 N° 3.”

De esta forma, se libera al enajenante de la obligación de presentar una declaración y pago anual del impuesto y, además, se libera al adquirente de su obligación de retener el impuesto.

No obstante, se debe tener presente que la declaración del Impuesto Adicional como renta esporádica no exime de la obligación de inscribirse en el Rol Único Tributario⁶⁴.

De acuerdo a lo anterior, si tenemos presente que el enajenante constituye el sujeto pasivo principal de la Enajenación Indirecta, el cual puede no tener domicilio ni residencia en Chile, el hecho de exigir la inscripción al Rol Único Tributario para cumplir una obligación determinada, podría constituir un elemento disuasivo para el debido cumplimiento de la norma, en tanto dicha obligación obliga –entre otras cosas- a mantener un representante domiciliado en Chile, con el que no necesariamente todo enajenante contará.

Cabe señalar que, si el enajenante cumple con la obligación, el adquirente será eximido de su obligación de retención. No obstante, de existir diferencias, el SII podrá dirigirse contra el adquirente de igual forma.

⁶⁴ Si bien la obligación de obtener RUT en este caso no se encuentra explícitamente establecida en las normas sobre Enajenación Indirecta, se desprende de las instrucciones contenidas en el Anexo N°2 de la Resolución N° 09 de 2014 emitida por el Servicio de Impuestos Internos, las que sustituye estructura y contenido del formulario n° 50 sobre declaración y pago simultáneo mensual de impuestos.

6.6. Obligación de retención del adquirente.

De acuerdo lo establece el artículo 58 N°3 inciso 4° de la LIR, en relación con el artículo 74 N°4 inciso 2° de la misma ley, el adquirente se encuentra sometido a la obligación de retener el impuesto adicional, de la siguiente forma:

“Tratándose de las enajenaciones a que se refieren los artículos 10, inciso tercero, y 58, número 3, los adquirentes de las acciones, cuotas, derechos y demás títulos efectuarán una retención del 20% o 35%, según corresponda, sobre la renta gravada determinada conforme a la letra b) del número 3) del artículo 58, retención que se declarará en conformidad a los artículos 65, número 1, y 69, o conforme al artículo 79, a elección del contribuyente.”

De acuerdo a lo anterior, el adquirente se encuentra obligado a retener con una tasa de 20% o 35%, según corresponda. Ahora bien, respecto de la posibilidad de retener un 20% del Impuesto Adicional, la normativa actual sobre Enajenación Indirecta no establece en caso alguno la tasa de 20%, como sí lo establecía la legislación anterior⁶⁵.

Por su parte, si el adquirente retiene la totalidad del impuesto, según lo establece la letra b) del número 3 del artículo 58 de la LIR, el enajenante quedará liberado

⁶⁵ El artículo 74 N°4 inciso final de la LIR vigente antes de la dictación de la Ley N°20.780, establecía: Tratándose de las enajenaciones a que se refieren los artículos 10, inciso tercero, y 58, número 3, los adquirentes de las acciones, cuotas, derechos y demás títulos, efectuarán una retención del 20% sobre la renta gravada determinada conforme a la letra (b) del número 3) del artículo 58, retención que se declarará en conformidad a los artículos 65, N° 1 y 69.”

de su obligación de declaración y pago del impuesto. Sin embargo, para que el adquirente cumpla con su obligación de retener deberá, una vez más, encontrarse inscrito en el Rol Único Tributario.

No deja de llamar la atención, que dicha disposición se refiera a la obligación de retención solo en caso que se haya optado por la letra b) del número 3 del artículo 58 de la LIR y, por lo tanto, se puede interpretar que, de optarse por la letra a) de la misma disposición, el adquirente no tendrá la obligación de retener el impuesto.

De lo anterior se desprende que, en la práctica, si se opta por declarar y pagar de acuerdo a la letra a) del número 3 del artículo 58 de la LIR, el adquirente no estará obligado ni facultado a efectuar la retención, lo que se torna del todo contraproducente, ya que la liberación de la retención no libera al adquirente de la responsabilidad por el pago del impuesto, dejándolo en una posición desventajosa frente al enajenante, a quien difícilmente podrá perseguir posteriormente, si no se encuentran relacionados.

6.7. Elección del costo de adquisición en la enajenación indirecta.

Respecto del costo, el principal conflicto que consideramos es el hacer aplicable la normativa interna chilena al costo de la sociedad extranjera. Lo anterior, debido a que lo normal será que las operaciones internacionales tomen el valor

financiero y no la determinación del costo de acuerdo a las normas tributarias chilenas establecidas en la Ley sobre Impuesto a la Renta chilena u otras leyes que establezcan dichos costos, los cuales, en general, toman el valor de adquisición reajustado.

CONCLUSIONES

De acuerdo a lo revisado a en el transcurso de este trabajo, concluimos que:

La norma actual sobre Enajenación Indirecta es de tal amplitud que se torna ambigua e imposible de llevar a la práctica. Lo anterior, puesto a que el artículo 10 inciso 3° de la LIR hace referencia, finalmente, a “cualquier bien mueble o inmueble”.

En este sentido, la norma debiera contener específica y concretamente cuáles bienes se encuentran dentro de la norma y cuáles no, tal como lo hace su par canadiense.

La responsabilidad solidaria de la entidad, empresa o sociedad emisora de los activos subyacentes chilenos en los términos que se encuentra actualmente establecida en el artículo 58 N° 3 inciso 4° de la LIR, atenta contra el principio de capacidad contributiva e igualdad, al hacer responsable a una entidad que no tiene cómo tomar conocimiento de la operación que se realiza en el exterior, ni cómo prever su obligación solidaria que pueda terminar en el pago de una considerable suma de impuestos.

El concepto de reorganización del grupo empresarial, de acuerdo al cual se excepciona la facultad de tasar que tiene el Servicio de Impuestos Internos, debiera ser unificada tanto respecto de la Enajenación Indirecta, que actualmente contiene menos requisitos que la aplicable a la enajenación directa contenida en el artículo 64 del Código Tributario, lo que induce a errores, y otorga un tratamiento disímil a situaciones que son asimilables entre sí.

Respecto de los Convenios para Evitar la Doble Tributación Internacional, se concluye que en general se limita al país de la fuente -en este caso, Chile- a aplicar la norma sobre Enajenación Indirecta de activos subyacentes chilenos, toda vez que otorga la potestad para gravar en la gran mayoría de los casos, al país del enajenante. No obstante, el SII se ha pronunciado interpretando extensivamente el Convenio, facultando al país de la fuente a aplicar la norma sobre enajenación indirecta. Lo anterior, en caso de que el SII liquidara un impuesto por dichas rentas, podría generar una doble tributación internacional, incumpliendo los Convenios suscritos por Chile y actualmente vigentes.

BIBLIOGRAFÍA

1. CANADÁ REVENUE AGENCY. 2011. Income tax – Information Circular N°IC72-17R6. [En línea] <<http://www.cra-arc.gc.ca/E/pub/tp/ic72-17r6/ic72-17r6-11e.pdf>> [Consulta: 03 junio 2018].
2. CAVADA Herrera, Juan Pablo, Biblioteca del Congreso Nacional, Asesoría Técnica Parlamentaria.
3. CHILE. 1974. Decreto Ley N°824: Aprueba texto que indica de la Ley sobre Impuesto a la Renta, 31 diciembre 1974.
4. CHILE. 1974. Decreto Ley N°830: Código Tributario, 31 diciembre 1974.
5. CHILE. 1981. Ministerio de Hacienda. Ley N° 18.045: Ley de Mercado de Valores, 22 octubre 1981.
6. CHILE. Ministerio de Hacienda. 2002. Ley N°19.840: Establece normas tributarias para que empresas con capital del exterior puedan efectuar inversiones desde Chile en el extranjero, 23 noviembre 2002.
7. CHILE. 2005. Ministerio Secretaría General de la Presidencia. Decreto 100: fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Constitución Política de la República de Chile. 22 septiembre 2005.
8. CHILE. Ministerio de Hacienda. 2012. Ley N°20.630: Perfecciona la legislación tributaria y financia la reforma educacional. 27 septiembre 2012.

9. CHILE. Ministerio de Hacienda. 2014. Ley N°20.780: Reforma Tributaria que Modifica el Sistema de Tributación de la Renta e Introduce Diversos Ajustes en el Sistema Tributario, 29 septiembre 2014.
10. CHILE. Ministerio de Hacienda. 2016. Ley N°20.899: Simplifica el Sistema de Tributación a la Renta y Perfecciona Otras Disposiciones Legales Tributarias, 8 febrero 2016.
11. CHILE. Ministerio de Hacienda. 2017. Ley 21.047: incorpora diversas medidas de índole tributaria, noviembre 2017.
12. EVANS de la Cuadra, Enrique, Los tributos ante la Constitución. Santiago, 1997, pág. 51.
13. FOLCHI Donoso, M. 2003. La insustentabilidad del 'boom minero' chileno: política y medio ambiente, 1983-2003 [En línea]. <<http://www.repositorio.uchile.cl/handle/2250/122792>>. [Consulta: 19 septiembre 2017].
14. GOVERNMENT OF CANADÁ. Justice Laws Website. Income tax Act. 1985. Section 116. [En línea] <<http://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/I-3.3/section-116.html>> [Consulta: 03 marzo 2018].
15. NAVARRETE, Juan Pablo. “Normas de ventas indirectas y Convenios para Evitar la Doble Tributación.” En Anuario de Derecho Tributario. N° 9, Noviembre 2017. Pág. 79. [En línea] <<http://derecho.udp.cl/wp-content/uploads/2017/12/Anuario-de-Derecho-Tributario-2017.pdf>> [Consulta: 10 de junio de 2018].

16. NAVARRO Beltrán, Enrique. Principios de Derecho Constitucional Tributario. En Amicorum, Liber; Ariño Ortiz, Gaspar. Ed. La Ley. Derecho Administrativo y Regulación Económica. Pág. 689.
17. NUÑEZ Fernando y RODRÍGUEZ Efraín, Análisis crítico del régimen de enajenación indirecta de acciones. Revista Ius Et Veritas, N° 47. Diciembre 2013 / ISSN 1995-2929. Perú. [En línea] <<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/11947/12515>> [Consulta: 03 marzo 2018].
18. OECD. 2013. Directrices de la OCDE aplicables en materia de precios de transferencia a empresas multinacionales y administraciones tributarias. 2010, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid. [En línea] <https://www.oecd-ilibrary.org/taxation/directrices-de-la-ocde-aplicables-en-materia-de-precios-de-transferencia-a-empresas-multinacionales-y-administraciones-tributarias-2010_9789264202191-es> [Consulta: 10 agosto 2017].
19. OECD. 2017. Model Tax Convention on Income and Capital: Condensed Version 2017. [En línea] <http://www.oecd-ilibrary.org/taxation/model-tax-convention-on-income-and-on-capital-condensed-version-2017_mtc_cond-2017-en> [Consulta: 10 febrero 2017]
20. PERÚ. Ministerio de Economía y Finanzas. Decreto Supremo N°179-2004-EF sobre Texto único ordenado de la Ley de Impuesto a la Renta. 2004. [En línea] <<http://www.sunat.gob.pe/legislacion/renta/ley/capx.pdf>> [Consulta: 02 marzo 2018].

21. PLATAFORMA DE COLABORACIÓN en materia Tributaria. “Borrador de consulta: Tributación de las transferencias indirectas transnacionales - Una guía práctica. Plazo para formular comentarios: Del 1° de agosto de 2017 al 20 de octubre de 2017.” [En línea]: <<http://www.oecd.org/tax/discussion-draft-toolkit-taxation-of-offshore-indirect-transfers-ESP.pdf>> [Consulta: 13 agosto 2017].
22. PLATAFORMA DE COLABORACIÓN en materia Tributaria. “Comments received on public discussion draft: The Taxation of Offshore Indirect Transfers - A Toolkit. Diciembre 2017.” [En línea]. <<https://www.oecd.org/tax/public-comments-draft-toolkit-taxation-of-offshore-indirect-transfers.pdf>> [Consulta: 10 febrero 2018].
23. Radio Cooperativa. 2002. Gobierno da por terminado conflicto con Exxon por mina La Disputada, 18 Octubre 2002. [En línea]. <<https://www.cooperativa.cl/noticias/pais/gobierno-da-por-terminado-conflic-to-con-exxon-por-mina-la-disputada/2002-10-18/211000.html>> [Consulta: 26 mayo 2018].
24. RIVERA Neumann, Teodoro. 1998. Tributos manifiestamente desproporcionados o injustos. Revista Chilena de Derecho, número especial.
25. RIBES Ribes, Aurora. 2017. Transmisión indirecta de acciones como instrumento de elusión fiscal. En revista de Fiscalidad Internacional y Negocios Transnacionales. 5: 83-118. Universidad de Alicante, España.

26. SERVICIO DE IMPUESTOS INTERNOS. 2014. Circular N°14: Instruye sobre las modificaciones efectuadas por la Ley N° 20.630, a la Ley sobre Impuesto a la Renta, relacionadas con la tributación internacional. 07 marzo 2014.
27. SERVICIO DE IMPUESTOS INTERNOS. 2014. Circular N°31: Regula obligación de inscribirse en el registro del Rol Único Tributario y de dar Aviso de Inicio de Actividades, respecto de personas sin domicilio ni residencia en Chile y de otros entes con o sin personalidad jurídica constituidos u organizados en el extranjero. 19 mayo 2014.
28. SERVICIO DE IMPUESTOS INTERNOS. 2014. Circular N°59: Modifica las instrucciones contenidas en Circular N°14, de 2014, relativas a la aplicación de los convenios para evitar la doble tributación internacional a las rentas e impuesto que establecen los artículos 10 y 58 N°3 de la Ley sobre Impuesto a la Renta. 14 noviembre 2014.
29. SERVICIO DE IMPUESTOS INTERNOS. 2007. Oficio N°1385: Solicita se confirmen los criterios que indica, relacionados con los efectos tributarios en Chile del cambio de domicilio en el exterior de una sociedad extranjera con activos subyacentes en nuestro país. 17 mayo 2016.
30. SERVICIO DE IMPUESTOS INTERNOS. 2017. Oficio N° 2602: Consulta criterio acerca del responsable solidario del Impuesto Adicional del artículo 58 N° 3 de la LIR. 07 diciembre 2017.

31. SERVICIO DE IMPUESTOS INTERNOS. 2015. Resolución Ex. N°65: Fija formato e instrucciones de llenado de la declaración formulario N°1921 sobre las enajenaciones a las que se refieren los artículos 10 inciso tercero y 58 N°3, de la LIR y establece reglas para correlacionar inversiones y pasivos según lo señalado en el inciso quinto del artículo 10 de la LIR. 30 julio 2015.