



UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
ESCUELA DE POSTGRADO

**ANÁLISIS CRÍTICO DE PROBLEMAS INTERPRETATIVOS QUE EXISTEN
EN TORNO A LA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 41 G DE LA LEY SOBRE
IMPUESTO A LA RENTA**

**MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE MAGÍSTER EN DERECHO,
MENCIÓN DERECHO TRIBUTARIO**

GONZALO RODOLFO LUCERO ÁLVAREZ

PROFESORA GUÍA:
ASTRID SCHUDECK DÍAZ
ABOGADA

Santiago de Chile

Junio 2018

TABLA DE CONTENIDO

Página

RESUMEN	iv
INTRODUCCIÓN	1
CAPÍTULO I: ASPECTOS GENERALES DEL RÉGIMEN TRIBUTARIO CONTENIDO EN EL ARTÍCULO 41 G DE LA LEY SOBRE IMPUESTO A LA RENTA	11
A) Introducción	11
B) Objetivos perseguidos por el legislador	14
C) Aspectos generales del artículo 41 G de la Ley sobre Impuesto a la Renta.....	19
CAPÍTULO II: CONTROL AL CIERRE DEL EJERCICIO O EN CUALQUIER MOMENTO DURANTE LOS DOCE MESES PRECEDENTES Y RECONOCIMIENTO DE RENTAS PASIVAS	29
2.1 PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	29
A) Introducción	29
B) Momento en que deben verificarse las hipótesis de control y presunción de control. Finalidad de la norma	31
C) Problemas de interpretación	34
2.2 OPINIÓN SOBRE LA CORRECTA INTERPRETACIÓN DE LA NORMA	52
A) Introducción	52
B) Interpretación en virtud de la cual un solo contribuyente debe aplicar el artículo 41 G debe ser descartada.....	54
C) Interpretación en virtud de la cual ambos contribuyentes deben aplicar el artículo 41 G por el total del período debe ser desestimada.....	66
D) Opinión sobre la correcta interpretación: ambos contribuyentes deben reconocer las rentas pasivas en proporción al tiempo de control.....	67
2.3 ANÁLISIS DEL PROYECTO BEPS Y DERECHO COMPARADO	71
A) Proyecto BEPS acción N°3	71
B) Legislación comparada.....	77
2.4 PROPUESTAS	85
CAPÍTULO III: PRESUNCIÓN DE CONTROL EN CASO DE QUE LA ENTIDAD EXTRANJERA ESTÉ DOMICILIADA EN UN PAÍS DE BAJA O NULA TRIBUTACIÓN	98
3.1 PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	98
A) Introducción	98
B) Problema de interpretación.....	99
3.2 OPINIÓN SOBRE LA CORRECTA INTERPRETACIÓN DE LA NORMA	104
3.3 ANÁLISIS DEL PROYECTO BEPS Y DERECHO COMPARADO	108
A) Proyecto BEPS acción N°3	108
B) Legislación comparada.....	109
3.4 PROPUESTAS	118

CAPÍTULO IV: RECONOCIMIENTO DE RENTAS PASIVAS EN CHILE EN CASO DE HIPÓTESIS DE CONTROL QUE NO IMPLICAN PARTICIPACIÓN EN LA ENTIDAD EXTRANJERA CONTROLADA	121
4.1 PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	121
A) Introducción	121
B) Problema de interpretación.....	126
C) Contribuyente que no es propietario de la entidad controlada extranjera al término del ejercicio y reconocimiento de las rentas pasivas en Chile	127
4.2 JURISPRUDENCIA ADMINISTRATIVA DEL SERVICIO DE IMPUESTOS INTERNOS (“GRADO DE CONTROL”).....	135
4.3 OPINIÓN SOBRE LA CORRECTA INTERPRETACIÓN DE LA NORMA.....	139
4.4 ANÁLISIS DEL PROYECTO BEPS Y DERECHO COMPARADO.....	144
A) Proyecto BEPS acción N° 3	144
B) Legislación comparada.....	156
4.5 PROPUESTAS.....	165
CAPÍTULO V: CONCLUSIONES.....	171
BIBLIOGRAFÍA.....	183

RESUMEN

El presente trabajo tiene por finalidad analizar y resolver distintos problemas de carácter interpretativo que surgen en torno a la aplicación del artículo 41 G de la Ley sobre Impuesto a la Renta, que establece el régimen de tributación de las rentas pasivas obtenidas por entidades extranjeras controladas por contribuyentes domiciliados o residentes en Chile, específicamente en materia de reglas de control y reconocimiento de las rentas pasivas de tales entidades. Los problemas son planteados desde una perspectiva práctica y resueltos a partir del análisis y debida interpretación de la legislación chilena actualmente vigente. Por su parte, a fin de evitar que surjan las problemáticas interpretativas analizadas, se proponen mejoras o modificaciones a la disposición referida sobre la base de un análisis de Derecho Comparado y del Proyecto BEPS de la OCDE, es decir, considerando la experiencia, recomendaciones y lineamientos que existen sobre la materia en el ámbito internacional.

INTRODUCCIÓN

La incorporación del artículo 41 G en la Ley sobre Impuesto a la Renta, norma que regula el régimen de tributación de las rentas pasivas obtenidas por entidades extranjeras controladas por contribuyentes domiciliados o residentes en Chile, constituye una de las grandes innovaciones introducidas por la Ley N° 20.780 de 2014 sobre *reforma tributaria que modifica el sistema de tributación de la renta e introduce diversos ajustes en el sistema tributario*, principalmente por los importantes efectos tributarios y económicos que derivan de su aplicación, así como por la vasta aplicación que tiene sobre las inversiones que se realizan en el extranjero por medio de sociedades o entidades que obtienen rentas pasivas.

En virtud del régimen tributario señalado, que se encuentra vigente desde el año 2016, los contribuyentes domiciliados o residentes en Chile que controlan entidades sin domicilio ni residencia en el país, deben reconocer, bajo ciertas condiciones, las rentas pasivas obtenidas por tales entidades controladas en el exterior sobre *base percibida o devengada*, para su afectación con impuestos en Chile, y no sobre *base percibida* como lo

indica la norma general en materia de reconocimiento de rentas de fuente extranjera -establecida en el artículo 12 de la Ley sobre Impuesto a la Renta-.

Lo anterior vino a constituir una modificación estructural en materia de tributación internacional dentro de la Ley sobre Impuesto a la Renta, que ha generado un importantísimo impacto en la toma de decisiones de los agentes económicos que invierten en el extranjero por medio de entidades que obtienen rentas pasivas, ya que hasta antes de la introducción del referido artículo 41 G toda renta de fuente extranjera obtenida por un contribuyente domiciliado o residente en Chile, salvo aquellas provenientes de agencias o establecimientos permanentes en el exterior, tributaba en el país exclusivamente sobre base percibida.

Conforme a lo sostenido en el Mensaje del Presidente de la República con el que se inició el proyecto de la Ley N° 20.780 de 2014, el principal objetivo buscado por el legislador con el establecimiento del artículo 41 G de la Ley sobre Impuesto a la Renta fue combatir el diferimiento de impuestos sobre rentas pasivas de fuente extranjera obtenidas por empresas

o entidades situadas fuera del país, controladas por contribuyentes domiciliados o residentes en Chile, que tuvo lugar durante la vigencia del régimen tributario precedente.

Desde una perspectiva internacional, con la incorporación del régimen tributario de rentas pasivas el legislador buscó que Chile convergiera con los estándares contra la elusión y evasión establecidos en el Proyecto BEPS (sobre la erosión de las bases imponibles y el traslado de beneficios)¹ de la OCDE -organización de la que Chile es miembro desde el año 2010-, iniciativa que se preocupa de las estrategias de planificación tributaria que se utilizan para trasladar artificiosamente las utilidades de las empresas a lugares de baja o nula tributación, donde éstas apenas desarrollan una actividad económica, tomando ventaja de las diferencias e inconsistencias que existen entre los sistemas tributarios de las distintas jurisdicciones².

¹ Proyecto BEPS, por sus siglas en inglés “Base Erosion and Profit Shifting”.

²OCDE. 2014. El Proyecto BEPS y los países en desarrollo: de las consultas a la participación. [en línea] <<http://www.oecd.org/ctp/estrategia-fortalecimiento-paises-en-desarrollo.pdf>> [consulta: 10 junio 2018] 1p.

Sobre la base de estos objetivos, el artículo 41 G de la Ley sobre Impuesto a la Renta regula en forma especial los distintos aspectos que son propios del régimen tributario de rentas pasivas, como: (i) los sujetos que se consideran controladores de las entidades extranjeras; (ii) las rentas que tienen la naturaleza de “pasivas”; (iii) la forma en que los sujetos controladores deben reconocer las rentas pasivas en Chile para su afectación con impuestos; (iv) créditos por impuestos pagados sobre las rentas pasivas; (v) dividendos que corresponden a rentas pasivas; (vi) obligaciones de información, entre otras.

A pesar de los esfuerzos del legislador por regular en forma detallada cada una de estas materias, lo cierto es que en torno a la aplicación de esta norma han surgido diversas problemáticas de carácter interpretativo desde su implementación en el año 2016, las cuales se acentúan debido al carácter inédito de la norma dentro del sistema de tributación a la renta chileno. Constituye una demostración de lo anterior las numerosas consultas que los contribuyentes han efectuado al Servicio de Impuestos Internos en relación a esta materia, y que han sido respondidas mediante los correspondientes oficios o pronunciamientos de dicha autoridad.

En este contexto, el presente trabajo tiene por finalidad analizar y resolver distintos problemas de carácter interpretativo que han surgido en torno a la aplicación conjunta de (i) las normas que definen a los sujetos controladores de las entidades extranjeras y (ii) las normas de reconocimiento o atribución de las rentas pasivas obtenidas por las entidades situadas en el extranjero. Según se verá, estas normas no son plenamente coherentes entre sí y su estructura y redacción presentan ambigüedades que dificultan su comprensión, dando lugar a interpretaciones que pueden llegar a ser incluso contradictorias, lo que sin duda afecta la toma de decisiones de los contribuyentes. Por otro lado, se analiza un problema interpretativo relacionado con una de las hipótesis de presunción de control establecida en el referido artículo 41 G.

Con la finalidad de que el lector adquiriera nociones generales sobre el régimen tributario contenido en el artículo 41 G de la Ley sobre Impuesto a la Renta, en el capítulo I de este trabajo se describe la estructura, funcionamiento y aspectos propios del régimen, previamente enunciados. Dichas nociones generales sirven de base para la comprensión de las problemáticas interpretativas que se analizan en los próximos capítulos.

En el capítulo II se analiza un problema interpretativo que surge en torno a la aplicación de (i) la norma anti-elusiva especial contenida dentro del artículo 41 G de la Ley sobre Impuesto a la Renta, en virtud de la cual se consideran controladores aquellos sujetos que incurren en algunas de las hipótesis de control en algún momento durante los 12 meses anteriores al cierre del ejercicio y (ii) la norma de reconocimiento de las rentas pasivas obtenidas por las entidades extranjera controladas. En particular, se analiza la situación en que un contribuyente se encuentra en alguna de las hipótesis de control durante alguno de los 12 meses anteriores al cierre del ejercicio y, antes del cierre del mismo, realiza una operación en virtud de la cual deja de cumplir los supuestos que configuran dicha hipótesis pasando a cumplirlos un tercero domiciliado en Chile en su lugar (hasta el cierre del ejercicio).

En dicho escenario existen dos contribuyentes que cumplen con los supuestos para ser considerados controladores, sin embargo, el referido artículo 41 G no contiene una regla expresa o especial que determine la forma en que debe aplicarse el régimen tributario de rentas pasivas en estos casos. En virtud de ello surgen interrogantes como las siguientes: ¿ambos

contribuyentes domiciliados o residentes en Chile que cumplen con los supuestos de control deben reconocer en Chile las rentas pasivas obtenidas por la entidad controlada en el extranjero? Si es así ¿deben hacerlo en forma proporcional al tiempo en que han controlado la entidad extranjera dentro del ejercicio respectivo? ¿o cada uno debe hacerlo asumiendo que ha controlado la entidad extranjera por el total del ejercicio? O, por el contrario, ¿sólo debe reconocer las rentas uno de estos contribuyentes? De ser así ¿quién? Este capítulo busca dar respuesta a dichas interrogantes.

En el capítulo III, por su parte, se analiza un problema interpretativo que surge en torno a la aplicación de la presunción de control -simplemente legal- de entidades domiciliadas o residentes en un país o territorio de baja o nula tributación. Según se verá, esta presunción de control admite prueba en contrario de parte del contribuyente, sin embargo, en virtud del tenor de la norma que la establece, surge la interrogante acerca de qué es lo que debiese ser acreditado por el contribuyente afectado para efectos de desvirtuar la presunción. Este capítulo trata de resolver este problema interpretativo.

El capítulo IV trata un problema interpretativo que surge en torno a la aplicación de (i) las hipótesis de control contenidas en el artículo 41 G de la Ley sobre Impuesto a la Renta que no implican participación en la propiedad de la entidad extranjera que obtiene rentas pasivas (*v.gr:* hipótesis en virtud de la cual una persona domiciliada o residente en Chile se considera controlador por poseer facultades para elegir o hacer elegir a la mayoría de los directores o administradores de una entidad extranjera) y (ii) la norma de reconocimiento de las rentas pasivas obtenidas por las entidades extranjera controladas. En particular, este capítulo busca resolver la interrogante acerca de cuál es la forma en que los contribuyentes que se encuentran en alguna de dichas hipótesis de control debiesen reconocer en el país las rentas pasivas obtenidas por la entidad extranjera, teniendo en cuenta que el referido artículo 41 G únicamente regula la forma de reconocer tales rentas respecto de los *propietarios* domiciliados o residentes en Chile.

En cada capítulo se (i) exponen los problemas interpretativos desde una perspectiva práctica; (ii) analizan distintas interpretaciones que surgen en torno a la aplicación las normas del artículo 41 G de la Ley sobre

Impuesto a la Renta que dan lugar a dichos problemas interpretativos; (iii) busca dar respuesta a las problemáticas planteadas a partir de lo que sería una correcta interpretación de la legislación chilena actualmente vigente y (iv) proponen modificaciones o mejoras a las norma respectivas, con la finalidad de dotar de mayor certeza al régimen tributario de rentas pasivas y asegurar su adecuado funcionamiento .

Para los efectos de proponer las modificaciones o mejoras al referido artículo 41 G, en cada capítulo se efectúa un análisis de Derecho Comparado y del Proyecto BEPS, acción N° 3³, de la OCDE. Es decir, se exploran alternativas de solución de los problemas tratados en este trabajo a partir de la experiencia, recomendaciones y lineamientos que existen sobre la materia en el ámbito internacional.

En lo que resulta pertinente, se analiza y comenta la jurisprudencia administrativa del Servicio de Impuestos Internos.

³ Acción o medida relativa al diseño de normas de transparencia fiscal internacional eficaces.

Finalmente, el capítulo V contiene las conclusiones generales de este trabajo.

CAPÍTULO I: ASPECTOS GENERALES DEL RÉGIMEN TRIBUTARIO CONTENIDO EN EL ARTÍCULO 41 G DE LA LEY SOBRE IMPUESTO A LA RENTA

A) Introducción

Bajo el sistema de tributación a la renta chileno, las personas domiciliadas o residentes en el país tributan sobre sus rentas de fuente chilena o extranjera -renta mundial-, mientras que las personas no domiciliadas o residentes en Chile tributan sobre sus rentas de fuente chilena⁴.

Para estos efectos, se entiende por renta de fuente chilena aquella que proviene de bienes situados en el país o de actividades desarrolladas en el mismo⁵. Por el contrario, renta de fuente extranjera es aquella que proviene de bienes situados o de actividades desarrolladas en el extranjero.

⁴ CHILE. Ministerio de Hacienda. 1974. Decreto Ley N° 824: Ley sobre Impuesto a la Renta, diciembre 1974 (en adelante, Ley sobre Impuesto a la Renta). Artículo 3°. Se hace presente que, conforme a esta disposición, los extranjeros que constituyan domicilio o residencia en Chile, durante los primeros 3 años contados desde su llegada al país, sólo se encuentran afectos a tributación sobre sus rentas de fuente chilena.

⁵ Artículo 10° de la Ley sobre Impuesto a la Renta.

Hasta antes de la publicación de la Ley N° 20.780 de 2014, sobre reforma tributaria que modifica el sistema de tributación de la renta e introduce diversos ajustes en el sistema tributario, los contribuyentes domiciliados o residentes en Chile debían, como regla general, reconocer sus rentas de fuente extranjera sobre base percibida, a menos que éstas provinieran de una agencia o establecimiento permanente en el exterior, en cuyo caso tales rentas se reconocían -y actualmente se reconocen- en Chile sobre base percibida o devengada.

Con la publicación de la ley citada, se incorporó en nuestro sistema de tributación a la renta un régimen tributario que vino a constituir una nueva excepción a la regla general de reconocimiento de rentas de fuente extranjera obtenidas por contribuyentes domiciliados o residentes en Chile, conocido en el ámbito internacional como régimen de transparencia fiscal internacional o *CFC Rules*⁶, por sus siglas en inglés, el cual entró en vigencia a contar del año 2016.

⁶ Controlled foreign corporation rules.

En virtud de este régimen tributario, establecido en el artículo 41 G de la Ley sobre Impuesto a la Renta, los contribuyentes domiciliados o residentes en Chile que controlan entidades sin domicilio ni residencia en el país, deben reconocer, bajo ciertas condiciones, las rentas obtenidas por tales entidades controladas en el exterior sobre base percibida o devengada, y no sobre base percibida como indica la norma general en esta materia⁷, lo cual constituye sin lugar a dudas una de las grandes innovaciones introducidas por dicha ley de reforma tributaria.

Con posterioridad a su incorporación, el referido artículo 41 G fue modificado por la Ley N° 20.899 de 2016, que simplifica el sistema de tributación a la renta y perfecciona otras disposiciones legales tributarias, ley que buscó aclarar ciertos aspectos de la norma, o bien, introducir nuevas reglas en materia de control, rentas pasivas, créditos por impuestos soportados en el extranjero, entre otras.

⁷ Al respecto, el artículo 12° de la Ley sobre Impuesto a la Renta establece lo siguiente: “*Cuando deban computarse rentas de fuente extranjera, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 41 G, se considerarán las rentas líquidas percibidas, excluyéndose aquellas de que no se pueda disponer en razón de caso fortuito o fuerza mayor o de disposiciones legales o reglamentarias del país de origen. La exclusión de tales rentas se mantendrá mientras subsistan las causales que hubieren impedido poder disponer de ellas y, entretanto, no empezará a correr plazo alguno de prescripción en contra del Fisco. En el caso de las agencias u otros establecimientos permanentes en el exterior, se considerarán en Chile tanto las rentas percibidas como las devengadas, incluyendo los impuestos a la renta adeudados o pagados en el extranjero*”.

B) Objetivos perseguidos por el legislador

b.1) Combatir el diferimiento de impuestos

Según se señaló en el Mensaje del Presidente de la República con el que se inicia el proyecto de la Ley N° 20.780 de 2014, con el establecimiento del artículo 41 G de la Ley sobre Impuesto a la Renta el legislador buscó combatir el diferimiento de impuestos sobre rentas pasivas de fuente extranjera obtenidas por empresas o entidades situadas fuera del país, controladas por contribuyentes domiciliados o residentes en Chile⁸.

En efecto, hasta antes de la reforma tributaria introducida por la Ley N° 20.780 de 2014 y la Ley N° 20.899 de 2016, según se señaló, los contribuyentes domiciliados o residentes en Chile, como regla general, sólo debían reconocer sus rentas de fuente extranjera sobre base percibida. En virtud de ello, tales contribuyentes, en caso de ejercer algún tipo de control sobre entidades situadas en el extranjero, podían decidir “*cuándo y cuánto*”

⁸ A propósito de las modificaciones de las normas sobre tributación internacional, el Mensaje del Presidente de la República con el que se inicia el proyecto de la Ley N° 20.780 de 2014 señala lo siguiente: “...*En segundo término, se establece una norma de control internacional sobre rentas pasivas de empresas chilenas en el exterior, típicamente conocida como CFC Rule (por sus siglas en inglés Controlled Foreign Corporation Rule). Esta norma combate el diferimiento de impuestos sobre rentas pasivas de fuente extranjera...*”. Santiago, 01 de abril de 2014. Mensaje N° 24-362.

tributar en Chile por las rentas obtenidas fuera del país, pues la percepción de las rentas obtenidas en el extranjero dependía de la decisión de éstos. De este modo se lograba postergar el pago de los impuestos en Chile de manera indefinida.

El régimen tributario contenido en el artículo 41 G de la Ley sobre Impuesto a la Renta impide que se produzca el señalado diferimiento de impuestos en Chile, ya que obliga a los contribuyentes domiciliados o residentes en el país que controlen entidades situadas en el extranjero, cumplidas ciertas condiciones, a reconocer año a año las rentas pasivas que éstas obtengan para su afectación con los impuestos que correspondan.

Cabe destacar que con esta modificación legal además se buscó que Chile convergiera con los estándares contra la elusión y evasión establecidos en el Proyecto BEPS de la OCDE (sobre la erosión de las bases imponibles y el traslado de beneficios)⁹¹⁰, iniciativa que se preocupa a nivel internacional de:

⁹ Véase Mensaje del Presidente de la República con el que se inició el proyecto de la Ley N° 20.780 de 2014. Santiago, 01 de abril de 2014. Mensaje N° 24-362.

¹⁰ Proyecto BEPS, por sus siglas en inglés “Base Erosion and Profit Shifting”.

“...las estrategias de planificación fiscal utilizadas para, aprovechando las discrepancias e inconsistencias existentes entre los sistemas fiscales nacionales, cambiar artificiosamente los beneficios a lugares de escasa o nula tributación, donde la empresa apenas realiza actividad económica alguna, lo que le permite eludir casi por completo el impuesto de sociedades”¹¹.

b.2) Disuadir a los contribuyentes de trasladar rentas a entidades controladas en el extranjero

El Proyecto BEPS de la OCDE, al cual el legislador buscó ajustarse mediante la incorporación del artículo 41 G de la Ley sobre Impuesto a la Renta, en términos amplios busca que:

“...los beneficios tributen allí donde se desarrollen efectivamente las actividades económicas y se genere valor...”¹², “...con miras a restablecer la confianza en el sistema tributario internacional...”¹³.

¹¹ OCDE. 2014. El Proyecto BEPS y los países en desarrollo: de las consultas a la participación. [en línea] <<http://www.oecd.org/ctp/estrategia-fortalecimiento-paises-en-desarrollo.pdf>> [consulta: 10 junio 2018] 1p.

¹² OCDE. 2015. Diseñar normas de transparencia fiscal internacional eficaces. Acción 3-Informe final 2015. [en línea] <https://read.oecd-ilibrary.org/taxation/disenar-normas-de-transparencia-fiscal-internacional-eficaces-accion-3-informe-final-2015_9789264267091-es#page1> [consulta: 10 de junio 2018] 3p.

¹³ *Ibidem*.

De acuerdo al plan de acción N° 3 del Proyecto BEPS, relativo al diseño de normas de transparencia fiscal internacional eficaces (normas CFC por sus siglas en inglés), estas normas, en términos generales:

“...responden al riesgo de que los contribuyentes que ostentan una participación de control en una filial extranjera erosionen la base imponible de su país de residencia, y en algunos casos también de otros países, mediante el traslado de beneficios a la sociedad extranjera controlada (SEC). En ausencia de tales normas, las SEC posibilitan el traslado de beneficios y el diferimiento de impuestos a largo plazo.”¹⁴.

En este sentido, el plan de acción N° 3:

“...admite que los grupos empresariales pueden constituir filiales no residentes con el objetivo de trasladarles renta, y que la constitución de éstas puede responder, en todo o en parte, a motivos fiscales y no a motivos empresariales distintos de los fiscales.”¹⁵.

Como se puede apreciar, las normas de transparencia fiscal internacional no sólo se preocupan del *diferimiento* de impuestos a largo plazo, sino que también del *traslado de beneficios* desde la jurisdicción en

¹⁴ OCDE. Acción 3-Informe final 2015. Op. Cit. 9p.

¹⁵ OCDE. Acción 3-Informe final 2015. Op. Cit. 11p.

la cual se desarrollan las actividades económicas y se crea o genera valor hacia otras jurisdicciones, con fines tributarios (en todo o parte).

En efecto, existe una serie de consideraciones de política fiscal que son comunes a todos los regímenes de transparencia fiscal internacional, dentro de las cuales se encuentra su función como *medida disuasoria*.

Al respecto, debe tenerse presente que:

“Las normas de TFI¹⁶ están generalmente concebidas como medidas disuasorias. En otras palabras, su objetivo primordial no es recaudar impuestos sobre la renta de la SEC¹⁷. Por el contrario, buscan disuadir a los contribuyentes de trasladar rentas a sus SEC, protegiendo de este modo la recaudación al garantizar que estos beneficios permanezcan en la base imponible de la matriz o de otras sociedades del grupo...”¹⁸.

En otras palabras, una de las finalidades de los regímenes de transparencia fiscal internacional consiste en cambiar el comportamiento de

¹⁶ Transparencia fiscal internacional.

¹⁷ Sociedad extranjera controlada.

¹⁸ OCDE. Acción 3-Informe final 2015. Op. Cit. 13p.

los contribuyentes, en el sentido de que éstos no trasladen beneficios hacia jurisdicciones distintas de aquellas en las que se crea o genera valor.

Si bien en el Mensaje del Presidente de la República con el que se inició el proyecto de la Ley N° 20.780 de 2014 no se señala en forma expresa, como finalidad del artículo 41 G de la Ley sobre Impuesto a la Renta, la función disuasoria descrita, éste debiese tenerse presente al momento de interpretar las disposiciones del régimen tributario de rentas pasivas chileno¹⁹.

C) Aspectos generales del artículo 41 G de la Ley sobre Impuesto a la Renta

En virtud del artículo 41 G de la Ley sobre Impuesto a la Renta, los contribuyentes domiciliados o residentes en Chile, que directa o indirectamente controlan entidades sin domicilio ni residencia en el país, deben reconocer las rentas pasivas obtenidas por tales entidades

¹⁹ El Mensaje del Presidente de la República con el que se inició el proyecto de la Ley N° 20.780 de 2014 señala en forma expresa que en esta materia se buscó ajustar la normativa chilena a los lineamientos del Proyecto BEPS de la OCDE. Santiago, 01 de abril de 2014. Mensaje N° 24-362.

controladas, para su afectación con los impuestos correspondientes, de cumplirse ciertas condiciones.

c.1) Entidades controladas

Para estos efectos, se entiende que una entidad es controlada por los contribuyentes domiciliados o residentes en Chile cuando al cierre del ejercicio respectivo o en cualquier momento durante los doce meses precedentes, éstos, por sí solos o en conjunto y en la proporción que corresponda con personas relacionadas, posean directa o indirectamente en la entidad respectiva, el 50% o más de: (i) el capital; (ii) el derecho a las utilidades, o (iii) los derechos a voto.

Asimismo, se entiende que los contribuyentes referidos controlan una entidad domiciliada en el extranjero si directa o indirectamente, por sí o en conjunto con personas relacionadas, poseen facultades para: (i) elegir o hacer elegir a la mayoría de sus directores o administradores; (ii) modificar sus estatutos unilateralmente, o (iii) cambiar o remover a la mayoría de los directores o administradores en forma unilateral.

Adicionalmente, la norma en comento establece dos *hipótesis de presunción de control*. Por un lado, aquella en virtud de la cual se presume que una entidad es controlada²⁰, cuando ésta se encuentre domiciliada en un país de baja o nula tributación²¹. Por otro lado, aquella en virtud de la cual se presume que una entidad es controlada cuando el contribuyente domiciliado o residente en Chile tiene una opción calificada de compra o adquisición de participación o derecho en dicha entidad.

Se destaca que el régimen tributario en comento no recibe aplicación en los casos en que un contribuyente domiciliado o residente en Chile tiene una agencia o establecimiento permanente en el extranjero, en cuyo caso las rentas de dicha agencia o establecimiento permanente deben tributar en el país conforme a las normas contenidas en el artículo 41 B N°1 de la Ley sobre Impuesto a la Renta.

²⁰ Cualquiera sea el porcentaje de participación en el capital, las utilidades o el derecho a voto que tenga el contribuyente domiciliado o residente en Chile.

²¹ Esta hipótesis de control presenta problemas interpretativos propios, que serán analizados en el capítulo III de este trabajo.

c.2) Rentas pasivas

En virtud del artículo 41 G de la Ley sobre Impuesto la Renta, los contribuyentes domiciliados o residentes en Chile únicamente deben reconocer en el país las *rentas pasivas* obtenidas por las entidades controladas en el extranjero, de cumplirse ciertas condiciones.

La norma en comento contiene una enumeración de rentas pasivas que comprende: (i) dividendos; (ii) intereses y rentas de capitales mobiliarios; (iii) rentas derivadas de las cesión, uso, goce o explotación de marcas, patentes o prestaciones similares; (iv) ganancias de capital derivadas de la enajenación de bienes que generan rentas pasivas²²; (v) rentas de arrendamiento de inmuebles; (vi) ganancias de capital derivadas de la enajenación de inmuebles; (vii) rentas derivadas de la cesión de derechos de uso o goce de bienes generadores de renta pasiva y (viii) rentas obtenidas por la entidad controlada extranjera provenientes de operaciones realizadas con contribuyentes domiciliados o residentes en Chile, de cumplirse ciertas condiciones.

²² Acciones o derechos sociales, créditos y marcas, patentes o prestaciones similares.

En términos generales, los dividendos, intereses y rentas de arrendamiento de inmuebles no se consideran rentas pasivas cuando tienen su origen en el desarrollo de una actividad que no es considerada de carácter pasivo para fines tributarios²³.

En virtud de norma expresa, si las rentas pasivas de la entidad controlada en el extranjero representan el 80% o más del total de los ingresos de la entidad controlada domiciliada en el extranjero, el total de los ingresos de ésta serán considerados como rentas pasivas.

Por su parte, el artículo 41 G de la Ley sobre Impuesto a la Renta contempla diversas hipótesis de rentas que se excluyen de la calificación de renta pasiva, aun cuando por su naturaleza lo serían²⁴.

Adicionalmente, la norma en comento contempla una presunción de *calidad* de renta pasiva, en virtud de la cual todas las rentas obtenidas por una entidad controlada domiciliada o residente en una jurisdicción de baja o

²³ Las ganancias de capital derivadas de la enajenación de inmuebles no se consideran rentas pasivas cuando tales inmuebles hubieran sido explotados en el desarrollo de una actividad empresarial generadora de rentas no pasivas según el artículo 41 G de la Ley sobre Impuesto a la Renta.

²⁴ Artículo 41 G, lera C), inciso final de la Ley sobre Impuesto a la Renta.

nula tributación²⁵, se consideran rentas pasivas, y una presunción de *cantidad* de renta pasiva, en virtud de la cual se presume que las entidades domiciliadas o residentes en dichas jurisdicciones generan un monto determinado de renta pasiva de acuerdo a un cálculo establecido en la ley.

c.3) Forma de reconocer en Chile las rentas pasivas de la entidad extranjera controlada

Las rentas pasivas obtenidas por la entidad controlada en el extranjero deben ser reconocidas en Chile por sus propietarios domiciliados o residentes en el país al cierre del ejercicio respectivo, en proporción a la participación, directa o indirecta, que tengan en dicha entidad.

Para estos efectos, las rentas pasivas se determinan según las reglas de determinación de la base imponible del impuesto de primera categoría contenidas en los artículos 29 a 33 de la Ley sobre Impuesto a la Renta, debiendo agregarse a la renta líquida imponible del referido impuesto que

²⁵ Artículo 41 H de la Ley sobre Impuesto a la Renta.

corresponda al controlador. Si el resultado determinado es negativo, la pérdida no puede reconocerse en el país²⁶.

En caso de que un gasto contribuya a la generación de rentas pasivas y de otras rentas a la vez -gastos de utilización común-, la deducción del mismo se efectuará en la misma proporción que tales rentas pasivas representen en los ingresos totales de la entidad controlada.

El resultado de las rentas pasivas obtenidas por la entidad controlada extranjera debe determinarse en la moneda del país en que se encuentre radicada dicha entidad, y se debe convertir, cuando corresponda, a moneda nacional de acuerdo con el tipo de cambio²⁷ vigente al término del ejercicio en Chile.

Respecto de las entidades extranjeras controladas resulta aplicable el artículo 21 de la Ley sobre Impuesto a la Renta, norma que establece un

²⁶ El Proyecto BEPS, acción N°3 de la OCDE contiene una recomendación en este sentido, sosteniendo al respecto lo siguiente “...permitir la compensación contra los beneficios de la matriz o de otras SEC residentes en otras jurisdicciones alentaría la manipulación de las pérdidas en la jurisdicción de la SEC”. OCDE. Acción 3-Informe final 2015. Op. Cit. 60p.

²⁷Tipo de cambio establecido en el N°1 de la letra D del artículo 41 A de la Ley sobre Impuesto a la Renta.

impuesto sanción sobre gastos rechazados y otras partidas contempladas en ésta.

Por disposición especial, no deben reconocerse en Chile las rentas pasivas obtenidas por la entidad extranjera controlada cuando no excedan de 2.400 unidades de fomento en total al término del ejercicio respectivo²⁸⁻²⁹.

c.4) Créditos por impuestos pagados sobre las rentas pasivas

El artículo 41 G de la Ley sobre Impuesto a la Renta permite a los contribuyentes domiciliados o residentes en Chile reconocer como crédito en el país: (i) los impuestos pagados o adeudados en el extranjero sobre rentas pasivas de entidades controladas; (ii) el impuesto adicional pagado en Chile sobre rentas pasivas de fuente chilena obtenidas por la entidad

²⁸ Esto es lo que el Plan de Acción N° 3 del Proyecto BEPS de la OCDE denomina umbral de *minimis*, señalando al respecto que “*Las normas de TFI de muchos países ya incluyen un umbral de minimis conforme al cual una renta, que de otro modo quedaría sujeta al régimen de TFI, no se incluiría en la base imponible de la sociedad matriz siempre y cuando se mantenga por debajo de cierto nivel.*” OCDE. Acción 3-Informe final 2015. Op. Cit. 35p.

²⁹ En el Oficio N° 2399 de 2017 el Servicio de Impuestos Internos sostuvo que para los fines de determinar el cumplimiento del límite de 2.400 U.F. que establece la norma analizada se debe considerar el ingreso bruto, y no la renta pasiva líquida obtenida por la entidad extranjera controlada.

controlada y (iii) el impuesto a la renta que se retenga en el extranjero sobre dividendos o retiros percibidos desde las entidades controladas, que correspondan a rentas pasivas computadas previamente en el país. El mismo artículo 41 G contempla reglas especiales para determinar la procedencia del crédito en cada caso.

c.5) Dividendos que corresponden a rentas pasivas

Las distribuciones de utilidades o dividendos efectuadas por las entidades controladas a los contribuyentes domiciliados o residentes en Chile no se gravan en Chile en los casos en que correspondan a rentas pasivas que hubiesen sido previamente reconocidas en el país en virtud del artículo 41 G de la Ley sobre Impuesto a la Renta. Lo anterior, con la finalidad de evitar que una misma renta sea gravada dos veces con un mismo impuesto en Chile.

c.6) Obligaciones de registro e información

Los contribuyentes domiciliados o residentes en Chile deben informar al Servicio de Impuestos Internos las rentas pasivas que hayan reconocido en Chile en virtud del régimen tributario en comento, los dividendos provenientes de las entidades controladas así como los créditos por impuestos pagados en el extranjero sobre las rentas pasivas, entre otros antecedentes³⁰.

³⁰ Actualmente, los contribuyentes deben presentar esta información el 29 de junio de cada año mediante el Formulario 1929 sobre Declaración Jurada Anual sobre Operaciones en el Exterior.

CAPÍTULO II: CONTROL AL CIERRE DEL EJERCICIO O EN CUALQUIER MOMENTO DURANTE LOS DOCE MESES PRECEDENTES Y RECONOCIMIENTO DE RENTAS PASIVAS

2.1 PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

A) Introducción

El régimen tributario contenido en el artículo 41 G de la Ley sobre Impuesto a la Renta recibe aplicación en la medida en que un contribuyente, entidad o patrimonio de afectación domiciliado, residente o constituido en Chile, directa o indirectamente, controle una entidad sin domicilio ni residencia en el país que obtenga rentas pasivas dentro de un determinado ejercicio.

De acuerdo a lo establecido en dicha norma, se entiende que los contribuyentes domiciliados o residentes en el país controlan una entidad domiciliada o residente en el extranjero cuando, por sí solos o en conjunto

con personas relacionadas³¹, en la proporción que corresponda, posean directa o indirectamente respecto de tal entidad el 50% o más de: (i) el capital; (ii) el derecho a las utilidades o (iii) los derechos a voto.

Asimismo, se entiende que los contribuyentes referidos controlan una entidad domiciliada en el extranjero si directa o indirectamente, por sí o en conjunto con personas relacionadas, poseen facultades para: (i) elegir o hacer elegir a la mayoría de sus directores o administradores; (ii) modificar sus estatutos unilateralmente o (iii) cambiar o remover a la mayoría de los directores o administradores en forma unilateral.

Los supuestos anteriores configuran lo que podemos denominar como las *hipótesis de control* establecidas en el artículo 41 G de la Ley sobre Impuesto a la Renta³². Los contribuyentes que se encuentren en alguna de tales situaciones, no pueden desvirtuar la existencia de control para efectos de evitar la aplicación del régimen tributario de rentas pasivas.

³¹ El artículo 41 G de la Ley sobre Impuesto a la Renta establece las hipótesis de relación aplicables para estos efectos, en virtud de una remisión al artículo 100 de la Ley N° 18.045 de 1981 sobre Mercado de Valores.

³² La Ley N° 20.899 de 2016 incorporó una nueva norma en materia de control, que establece que las entidades que están bajo el control de una entidad controlada por contribuyentes domiciliados o residentes en Chile, también se consideran entidades controladas.

Adicionalmente, la norma en comento establece dos *hipótesis de presunción de control*. Por un lado, aquella en virtud de la cual se presume que una entidad es controlada³³, cuando ésta se encuentre domiciliada en un país de baja o nula tributación³⁴. Por otro lado, aquella en virtud de la cual se presume que una entidad es controlada cuando el contribuyente domiciliado en Chile tiene una opción calificada de compra o adquisición de participación o derecho en dicha entidad³⁵. Los contribuyentes que se encuentran en estas hipótesis, a diferencia de aquellos que se encuentran en las hipótesis de control previamente descritas, pueden desvirtuar la existencia de control, por cuanto las presunciones tienen el carácter de simplemente legales.

B) Momento en que deben verificarse las hipótesis de control y presunción de control. Finalidad de la norma

De acuerdo a lo establecido en el artículo 41 G de la Ley sobre Impuesto a la Renta, los supuestos que configuran las hipótesis de control y

³³ Cualquiera sea el porcentaje de participación en el capital, las utilidades o el derecho a voto que tenga el contribuyente domiciliado o residente en Chile.

³⁴ Esta hipótesis de control presenta problemas interpretativos propios, que serán analizados en el capítulo III de este trabajo.

³⁵ Opción de compra de 50% o más del capital, derecho a las utilidades o derecho a voto.

presunción de control previamente descritas deben ocurrir dentro de un determinado espacio de tiempo, a saber:

“...al cierre del ejercicio respectivo o en cualquier momento durante los doce meses precedentes...”³⁶.

Como se puede apreciar, para efectos de determinar si un determinado contribuyente controla o no una entidad en el extranjero, la ley no considera una fecha única y específica -como podría ser el día correspondiente al cierre del ejercicio- sino que más bien considera un espacio de tiempo de cierta amplitud que corresponde a los doce meses precedentes a la fecha de cierre del ejercicio, incluyendo además esta última fecha.

De esta forma, si un contribuyente domiciliado en Chile, que tiene una participación de 60% en una entidad domiciliada en el extranjero durante los días 1º a 25 de diciembre dentro de un determinado año calendario, vende el día 26 del mismo mes un 15% de su participación en

³⁶ Número 2), letra A.-, del artículo 41 G de la Ley sobre Impuesto a la Renta.

dicha entidad a un tercero, aquel será considerado controlador al término del ejercicio para efectos de la aplicación del régimen tributario de rentas pasivas, independientemente de que a dicha fecha posea tan solo un 45% de participación en la entidad extranjera.

La amplitud de este requisito relativo al ámbito temporal de las hipótesis de control y presunción de control tiene una evidente finalidad anti elusiva³⁷, que busca evitar que los contribuyentes escapen del ámbito de aplicación de la norma en comento con facilidad.

En efecto, si el requisito de temporalidad atendiera exclusivamente a la fecha de cierre del ejercicio podrían ocurrir situaciones extremas en que, por ejemplo, un contribuyente (i) posea el 55% del derecho a las utilidades de una entidad domiciliada en el extranjero desde enero hasta el 30 de diciembre dentro de un año calendario determinado; (ii) venda un 6% del derecho a dichas utilidades el día 30 de diciembre del mismo año a un

³⁷ La Acción N° 3 del Proyecto BEPS, reconoce la posibilidad de que ciertas jurisdicciones incorporen normas anti-abuso o anti-elusivas a efectos de que una persona sea considerada controlador por cumplir las condiciones legales respectivas durante cualquier momento dentro de un año. OCDE. Acción 3-Informe final 2015. Op. Cit. 32p.

tercero y (iii) recompre dicho 6% el 1º de enero del año siguiente, evitando de esta forma la aplicación del régimen tributario de rentas pasivas.

Este requisito de temporalidad, no obstante, bajo supuestos de hecho distintos de los planteados anteriormente, genera importantes problemas de interpretación que se analizan a continuación.

C) Problemas de interpretación

Los ejemplos planteados anteriormente dicen relación básicamente con casos en que un contribuyente domiciliado o residente en Chile posee más de 50% del capital o derecho a utilidades de una entidad extranjera, quien, dentro del mismo año calendario y antes del cierre del ejercicio, vende a un tercero un determinado porcentaje de participación en dicha entidad de modo tal que su participación pasa a ser inferior a 50%, lo cual, en todo caso, no impide la posible aplicación del régimen tributario de rentas pasivas de cumplirse los demás requisitos legales.

En tales ejemplos, como se puede apreciar, el tercero adquirente obtiene un porcentaje de participación que no es suficiente para que sea considerado controlador (*v.gr:* 15%). Esto quiere decir que en estos casos existe únicamente un sujeto susceptible de afectarse con el régimen tributario en comento, a saber, el contribuyente domiciliado o residente en Chile que dentro de alguno de los 12 meses precedentes al cierre del ejercicio se encontró en alguna de las hipótesis de control. Por tanto, en este aspecto el artículo 41 G de la Ley sobre Impuesto a la Renta no presenta mayores problemas de interpretación o aplicación.

Los problemas de interpretación relativos a esta materia surgen en los casos en que un contribuyente se encuentra en alguna de las hipótesis de control o presunción de control -previamente descritas- dentro de alguno de los 12 meses anteriores al cierre del ejercicio y, antes del cierre del mismo, realiza una operación en virtud de la cual deja de cumplir los supuestos que configuran dicha hipótesis pasando a cumplirlos un tercero en su lugar (hasta el cierre del ejercicio).

Lo anterior ocurre, por ejemplo, cuando un contribuyente domiciliado o residente en Chile posee más del 60% del capital de una entidad domiciliada en el extranjero desde el mes de enero al mes de septiembre dentro de un determinado año calendario, y vende la totalidad de su participación a un tercero domiciliado o residente en el país el 1º de octubre del mismo año, quien posee el 60% del capital en la entidad extranjera más allá del 31 de diciembre del mismo año.

En este tipo de casos, a diferencia de los previamente comentados, existen dos contribuyentes que cumplen con las condiciones de alguna de las hipótesis de control o presunción de control en conformidad a lo dispuesto en el artículo 41 G de la Ley sobre Impuesto a la Renta. En el ejemplo, ambos contribuyentes poseen más del 50% del capital de la entidad extranjera (elemento material de la hipótesis de control) al cierre del ejercicio o dentro de cualquiera de los 12 meses anteriores (elemento temporal de la hipótesis de control).

El problema es que el referido artículo 41 G no contiene una regla especial que determine la forma en que debe aplicarse el régimen tributario

de rentas pasivas en estos casos. En virtud de ello surgen las siguientes interrogantes en torno a este asunto: ¿ambos contribuyentes domiciliados o residentes en Chile que cumplen con los supuestos de control deben reconocer en el país las rentas pasivas obtenidas por la entidad controlada en el extranjero? Si es así ¿deben hacerlo en forma proporcional al tiempo en que han controlado la entidad extranjera dentro del ejercicio respectivo? ¿o cada uno debe hacerlo asumiendo que ha controlado la entidad extranjera por el total del ejercicio? O, por el contrario, ¿sólo debe reconocer las rentas uno de estos contribuyentes? De ser así ¿quién?

Cabe señalar que la Circular N° 40 de 2016 del Servicio de Impuestos Internos, que imparte instrucciones sobre el régimen tributario contenido en el artículo 41 G de la Ley sobre Impuesto a la Renta, guarda silencio en relación a estas interrogantes. Por su parte, debe tenerse presente que no existen pronunciamientos particulares de la autoridad fiscal en relación a esta materia.

A continuación se exponen distintas y posibles interpretaciones de la norma en comento ante casos como el expuesto. Posteriormente, en la

sección siguiente, se señalará cuál de dichas interpretaciones sería la correcta a la luz de la normativa tributaria chilena a efectos de dar solución al problema planteado.

c.1) Artículo 41 G se aplica ambos contribuyentes

c.1.1) Explicación

Una posible interpretación de la norma para casos como el expuesto consiste en sostener que tanto la persona que deja de cumplir los supuestos que configuran la hipótesis de control o presunción de control establecida en la ley, habiéndolos cumplido en algún momento dentro de los 12 meses anteriores al cierre del ejercicio respectivo, como aquella persona que pasa a cumplirlos en su lugar a partir de un momento determinado dentro del ejercicio y hasta el término del mismo, deben considerarse sujetos controladores para efectos de aplicarles el régimen tributario contenido en el artículo 41 G de la Ley sobre Impuesto a la Renta.

Esta interpretación se basa en el tenor literal de lo dispuesto en el N° 2, de la letra A.-, del artículo 41 G de la Ley sobre Impuesto a la Renta, norma que establece que una entidad extranjera se considera controlada por contribuyentes domiciliados o residentes en Chile si al cierre del ejercicio respectivo, o en cualquier momento durante los 12 meses precedentes, estos se encuentran en alguna de las hipótesis de control o presunción de control establecidas en la ley³⁸. Adicionalmente, esta interpretación se sustenta en el hecho de que no existe norma especial alguna dentro del referido artículo 41 G que establezca, para casos como éstos, que sólo una de las personas involucradas se considera sujeto controlador.

Considerando que bajo esta línea argumentativa existirían al menos dos sujetos controladores dentro de un determinado ejercicio, surgen al respecto importantes interrogantes para el caso de que la entidad extranjera

³⁸ El numeral 2) de la letra A.- del artículo 41 G de la Ley sobre Impuesto a la Renta establece lo siguiente: “...Se entenderá que la entidad es controlada por tales contribuyentes cuando al cierre del ejercicio respectivo o en cualquier momento durante los doce meses precedentes, éstos, por sí solos o en conjunto y en la proporción que corresponda, con personas o entidades relacionadas en los términos establecidos en las letras a), b) y d) del artículo 100 de la ley N° 18.045, cualquiera sea la naturaleza de los intervinientes, posean directa o indirectamente, respecto de la entidad de que se trate, el 50% o más de: i) El capital, o ii) Del derecho a las utilidades, o iii) De los derechos a voto...”.

obtenga rentas pasivas³⁹ durante el ejercicio respectivo: ¿ambos contribuyentes deben reconocer las rentas pasivas que obtenga la entidad extranjera asumiendo que cada uno la controló durante todo el ejercicio? ¿o deben reconocer tales rentas en forma proporcional al tiempo en que cada uno controló la entidad extranjera durante el ejercicio respectivo?

c.1.2) Doble tributación y principio de no confiscatoriedad

Lo cierto es que la primera posibilidad antes señalada, esto es, que ambos contribuyentes reconozcan en Chile las rentas pasivas de la entidad extranjera como si cada uno de éstos la hubiera controlado por todo el ejercicio, genera una evidente situación de doble tributación que atenta contra el principio tributario de no confiscatoriedad consagrado en el artículo 19 N° 20 de la Constitución Política de la República⁴⁰.

³⁹ Se asume para estos efectos que tales rentas pasivas no se encuentran dentro de algunas de las hipótesis de rentas pasivas excluidas de la aplicación del artículo 41 G de la Ley sobre Impuesto a la Renta.

⁴⁰ En lo pertinente, el artículo 19 N° 20 de la Constitución Política de la República consagra el principio de no confiscatoriedad de la siguiente forma: “...*En ningún caso la ley podrá establecer tributos manifiestamente desproporcionados o injustos...*”. 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, septiembre 2005.

En efecto, respecto de un mismo período tributario dos contribuyentes estarían reconociendo en la base imponible de sus impuestos en Chile las mismas rentas pasivas percibidas o devengadas por la entidad extranjera que se considera controlada por éstos.

La situación podría ser incluso más grave si durante un mismo ejercicio no fueran dos, sino que, por ejemplo, nueve contribuyentes los que se encontraren en la situación bajo análisis, caso en el cual respecto de un mismo hecho económico se estaría pagando nueve veces impuestos. Lo anterior resulta inaceptable desde la lógica de nuestro sistema tributario, considerando que bajo este escenario no existirían normas especiales destinadas a mitigar el efecto de doble imposición.

Al respecto, cabe señalar que en Doctrina se distinguen dos tipos o clases de doble tributación: la doble tributación económica y la doble tributación jurídica⁴¹.

⁴¹ El Servicio de Impuestos Internos, en el Oficio N° 207 de 2012, el cual se pronuncia respecto de la procedencia de créditos por impuestos pagados en el extranjero sobre dividendos de fuente extranjera, reconoce expresamente estas dos clases de doble tributación.

“...la doble imposición económica es utilizada para describir aquellas situaciones en las cuales una misma renta o un mismo capital está sujeto a imposición durante un mismo período, pero por parte de contribuyentes distintos y aún por impuestos diferentes pero que recaen sobre la misma materia imponible, este fenómeno se ha denominado como “ausencia de identidad en el sujeto” diferenciándolo de la doble imposición jurídica donde existe identidad en el sujeto pasivo en los dos impuestos.”⁴²⁻⁴³.

La doble tributación que se produciría en los casos expuestos sería del tipo económico, ya que una misma renta pasiva obtenida por una entidad controlada en el extranjero se afectaría con impuestos en Chile en cabeza de distintos sujetos o contribuyentes controladores, respecto de un mismo período tributario. Lo anterior implicaría el establecimiento de un impuesto evidentemente desproporcionado sobre un mismo hecho económico, vulnerándose de esta forma el principio de Derecho constitucional tributario de la no confiscatoriedad.

⁴² HERRAN, C. 2000. La Doble Tributación Internacional, Principios y Realidades de los Convenios. Proyecto de tesis. Santa Fe de Bogotá, D.C., Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas. [en línea] <<http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere2/Tesis14.pdf>> [consulta: 10 junio 2018] 9p. El subrayado es mío.

⁴³ En el mismo sentido, respecto de la doble tributación internacional, se ha sostenido que ésta existe “...cuando el mismo o semejante impuesto es percibido por varios Estados en virtud de un mismo hecho generador y para un mismo período. Cuando se añade de la misma persona, se obtiene el concepto en sentido estricto”. MASSONE, P. 2013. Principios de Derecho Tributario, Aspectos generales. 3ª ed. Chile, Legal Publishing, Tomo I.

En relación a este principio constitucional, la Doctrina ha sostenido que un tributo es confiscatorio:

“...cuando el monto de su tasa es irrazonable, lo que ocurre cuando ocasiona el aniquilamiento del derecho de propiedad en su esencia o en cualquiera de sus atributos, esto es, cuando equivale a una parte sustancial del valor del capital, renta o utilidad.”⁴⁴.

En caso de que, por ejemplo, dentro de un mismo año se hiciera un traspaso de los derechos o acciones que permiten controlar la entidad extranjera entre cinco personas naturales⁴⁵ domiciliadas o residentes en Chile, debiendo tributar todas éstas sobre el total de la renta pasiva obtenida por dicha entidad, evidentemente la tasa -agregada- aplicable sería irrazonable o desproporcionada, pudiendo llegar hasta un 175%⁴⁶.

Lo anterior implicaría el establecimiento de barreras al libre traspaso de las acciones o derechos de la entidad extranjera controlada -participación

⁴⁴ NAVARRO, E. 2011. Principios de Derecho Constitucional Tributario Chileno. En: CUÉTARA, J., MARTÍNEZ, J. y VILLAR, F. Derecho Administrativo y Regulación Económica. España, La Ley, 681-699.

⁴⁵ Personas naturales que no declaran sus rentas efectivas según contabilidad completa.

⁴⁶ Tasa que considera el pago del impuesto de primera categoría más el impuesto global complementario o adicional que corresponda.

que permita obtener el control-, lo que podría afectar el derecho de propiedad de los contribuyentes en su esencia.

Considerando lo anterior, pareciera más razonable, y ajustado a los principios constitucionales en que se inspira el sistema tributario chileno, que en este tipo de casos los sujetos involucrados reconozcan las rentas pasivas obtenidas por la entidad extranjera controlada en forma proporcional al tiempo en que cada uno controló durante el ejercicio respectivo. De esta forma se evitaría el efecto de doble tributación previamente comentado, ya que el total de las rentas pasivas obtenidas por la entidad extranjera durante el ejercicio sería reconocido en Chile por cada uno de los sujetos considerados controladores en la parte que les corresponda.

c.1.3) Tributación por sujeto que no se beneficia de la renta pasiva

La interpretación en virtud de la cual todos los sujetos involucrados deben reconocer las rentas pasivas obtenidas por la entidad extranjera en forma proporcional al tiempo en que cada uno la controló durante el

ejercicio respectivo, podría dar lugar a la siguiente interrogante ¿por qué razón el contribuyente que pierde el derecho a percibir la renta obtenida por la entidad extranjera controlada (es decir, aquel contribuyente que vendió su participación antes del cierre del ejercicio) debería pagar impuestos en Chile, aunque sea en forma proporcional, sobre las mismas? En otras palabras, ¿por qué debería pagar impuestos una persona que en definitiva no se beneficiará de las rentas pasivas que obtiene la entidad controlada extranjera?

Al respecto debe tenerse presente que, según se señaló en el capítulo I de este trabajo, el artículo 41 G de la Ley sobre Impuesto a la Renta fue establecido en el sistema de tributación a la renta chileno con la finalidad de ajustarse al Proyecto BEPS de la OCDE.

Según fue explicado, de acuerdo al plan de acción N° 3 del Proyecto BEPS, las normas de transparencia fiscal no sólo se preocupan del *diferimiento* de impuestos a largo plazo, sino que también del *traslado de beneficios* desde la jurisdicción en la cual se desarrollan las actividades

económicas y se crea o genera valor hacia otras jurisdicciones, con fines tributarios (en todo o parte).

En efecto, desde un punto de vista de política fiscal:

“Las normas de TFI⁴⁷ están generalmente concebidas como medidas disuasorias. En otras palabras, su objetivo primordial no es recaudar impuestos sobre la renta de la SEC⁴⁸. Por el contrario, buscan disuadir a los contribuyentes de trasladar rentas a sus SEC, protegiendo de este modo la recaudación al garantizar que estos beneficios permanezcan en la base imponible de la matriz o de otras sociedades del grupo...”⁴⁹.

Es decir, una de las finalidades de los regímenes de transparencia fiscal internacional consistiría en cambiar el comportamiento de los contribuyentes, en el sentido de que éstos no trasladen beneficios o ganancias hacia jurisdicciones distintas de aquellas en las que se crea o genera valor.

⁴⁷ Transparencia fiscal internacional.

⁴⁸ Sociedad extranjera controlada.

⁴⁹ OCDE. Acción 3-Informe final 2015. Op. Cit. 13p. El subrayado es mío.

En el mismo sentido, la acción N° 3 del Proyecto BEPS sostiene que:

“...Al gravar las rentas de la SEC⁵⁰, las normas de TFF⁵¹ provocarán sin duda un incremento en la recaudación. Pero es probable que, una vez adoptadas, contribuyan a reducir el nivel de rentas trasladadas a las SEC...”⁵².

Teniendo en cuenta que el régimen tributario de rentas pasivas establecido en la ley chilena ha sido establecido sobre la base de las recomendaciones formuladas por el Proyecto BEPS de la OCDE⁵³, no es posible desconocer que éste, desde un punto de vista política fiscal, cumple una función como medida disuasoria, en el sentido de que no sólo busca evitar el diferimiento de impuestos a largo plazo, sino que también busca evitar que los contribuyentes trasladen sus rentas a jurisdicciones distintas de aquella en la cual se desarrolla la actividad y genera valor.

⁵⁰ Sociedad extranjera controlada.

⁵¹ Transparencia fiscal internacional.

⁵² OCDE. Acción 3-Informe final 2015. Op. Cit. 13p. El subrayado es mío.

⁵³ Véase el Mensaje del Presidente de la República con el que se inicia el proyecto de la Ley N° 20.780 de 2014, en el cual se señala expresamente que con la incorporación del artículo 41 G en la Ley sobre a la Renta se buscó que Chile convergiera con los estándares contra la elusión y evasión establecidos en el Proyecto BEPS de la OCDE. Santiago, 01 de abril de 2014. Mensaje N° 24-362.

De esta forma, puede ser justificable que un contribuyente que tuvo el control de una entidad en el extranjero, pero que lo pierde antes del cierre del ejercicio (perdiendo el derecho a percibir las rentas pasivas de la entidad extranjera) tribute con impuestos en Chile en virtud del régimen tributario de rentas pasivas, ya que dicho contribuyente al momento de controlar la entidad extranjera pudo tomar la decisión de trasladar beneficios generados por actividades económicas desarrolladas en Chile hacia el país en que se encuentra situada la entidad extranjera, cuestión que, como vimos, las normas de transparencia fiscal internacional pretenden evitar.

c.2) Artículo 41 G se aplica a un solo contribuyente

Desde otro punto de vista, también podría sostenerse que en casos como el expuesto sólo uno de los sujetos involucrados debiese reconocer en Chile las rentas pasivas percibidas o devengadas por la entidad extranjera controlada: la persona que deja de cumplir los supuestos que configuran la hipótesis de control o presunción de control establecida en la ley (habiéndolos cumplido en algún momento dentro de los 12 meses anteriores al cierre del ejercicio respectivo), o bien, la persona que pasa a cumplirlos

en su lugar a partir de un momento determinado dentro del ejercicio y hasta el término del mismo.

Si bien ambos sujetos se consideran controladores de acuerdo al tenor de lo dispuesto en el N° 2, letra A, del artículo 41 G de la Ley sobre Impuesto a la Renta, pues ambos han cumplido alguno de los supuestos de control contenidos en la norma al cierre del ejercicio o dentro de los 12 meses anteriores, podría sostenerse que sólo aquel que cumple con los supuestos de control al cierre del ejercicio debiera reconocer en definitiva las rentas pasivas obtenidas por la entidad extranjera, por así disponerlo la letra D.- del referido artículo 41 G.

En efecto, dicha norma al respecto establece lo siguiente:

“Las rentas pasivas percibidas o devengadas por las entidades controladas, se considerarán a su vez percibidas o devengadas por sus propietarios constituidos, domiciliados, establecidos o residentes en Chile, al cierre del ejercicio respectivo, conforme a las siguientes reglas:

1. Las rentas pasivas se considerarán percibidas o devengadas por los propietarios domiciliados o residentes en Chile, en proporción a la participación, directa o indirecta, que ellos tengan en la entidad controlada..."⁵⁴.

De acuerdo al tenor literal de la norma transcrita, bien podría entenderse que para el tipo de casos bajo análisis el único sujeto que debiese reconocer en Chile las rentas pasivas de la entidad extranjera controlada sería aquel que tiene la calidad de propietario de dicha entidad al cierre del ejercicio, es decir, en el ejemplo planteado, la persona que comienza a cumplir la hipótesis de control por participación en las utilidades o el capital de la entidad extranjera a partir de un momento determinado dentro del ejercicio y hasta el término del mismo (y que es el único propietario al término del ejercicio)⁵⁵.

En otras palabras, independientemente de que ambos sujetos involucrados se consideren controladores en conformidad a lo dispuesto en la letra A.- del artículo 41 G referido, solo uno de éstos, el propietario de la entidad extranjera al cierre del ejercicio respectivo, tendría que reconocer

⁵⁴ Artículo 41 G, letra D.-, N° 1, de la Ley sobre Impuesto a la Renta. El subrayado es mío.

⁵⁵ Véase ejemplo introductorio plantado en al comienzo de la letra C) de este capítulo.

en Chile las rentas pasivas obtenidas por dicha entidad, por así disponerlo la letra D.- del mismo artículo.

Como es posible advertir, en virtud de esta interpretación no se produciría una doble tributación de las rentas pasivas de la entidad extranjera, ya que el sujeto propietario al cierre del ejercicio reconocería el total de las rentas pasivas que le correspondan en proporción a su participación, mientras que el sujeto que le traspasó dicha participación en algún momento dentro del ejercicio no tendría carga tributaria alguna por dicho concepto.

Esta línea interpretativa presenta debilidades desde el punto de vista del funcionamiento del régimen tributario de las rentas pasivas, según se analiza a continuación en la próxima sección de este capítulo.

Hacemos presente que el artículo 41 G de la Ley sobre Impuesto a la Renta no contiene norma alguna que permita sostener, para el tipo de casos propuesto, que las rentas pasivas debiesen ser reconocidas exclusivamente por el sujeto que cumple con alguno de los supuestos de control dentro de

los doce meses anteriores al cierre del ejercicio y que deja de cumplirlo antes del cierre del mismo. Por esta razón, y teniendo en cuenta las normas previamente citadas, tal interpretación debe desestimarse.

2.2 OPINIÓN SOBRE LA CORRECTA INTERPRETACIÓN DE LA NORMA

A) Introducción

Según se señaló, los problemas de interpretación del referido artículo 41 G en relación a la materia bajo análisis se presentan en los casos en que un contribuyente se encuentra en alguna de las hipótesis de control o presunción de control establecidas por dicha norma dentro de alguno de los 12 meses anteriores al cierre del ejercicio, quien, antes del cierre del mismo, realiza una operación en virtud de la cual deja de cumplir los supuestos que configuran dichas hipótesis pasando a cumplirlos un tercero domiciliado o residente en Chile en su lugar (hasta el cierre del ejercicio).

En efecto, el tenor del artículo 41 G de la Ley sobre Impuesto a la Renta presenta ambigüedades en esta materia, a partir de lo cual surge la

pregunta acerca de si ambos contribuyentes domiciliados o residentes en Chile que cumplen con los supuestos de control deben reconocer en el país las rentas pasivas obtenidas por la entidad controlada en el extranjero, o bien, si sólo uno de estos contribuyentes debe reconocer dichas rentas. Asimismo, según se vio, surgen dudas acerca de la forma en que deberían reconocerse las rentas pasivas en cada caso.

Lo cierto es que si bien el referido artículo 41 G no contempla una solución expresa para este tipo de casos, dicha solución puede obtenerse a partir de un análisis integral de la norma y de los principios en que se inspira nuestro sistema. Al respecto, se hace presente que ni los Mensajes del Presidente de la República con los que se iniciaron los proyectos de las Leyes N° 20.780 de 2014 y N° 20.899 de 2016, ni las discusiones en el Congreso Nacional, que conforman la historia de dichas leyes, se refirieron al problema de interpretación en comento.

B) Interpretación en virtud de la cual un solo contribuyente debe aplicar el artículo 41 G debe ser descartada

Según se señaló en la sección anterior, no es posible sostener que las rentas pasivas deben reconocerse en Chile exclusivamente por el sujeto que cumple con algunos de los supuestos de control dentro de los doce meses anteriores al cierre del ejercicio y que deja de cumplirlos antes del cierre del mismo, ya que no existe norma alguna dentro del referido artículo 41 G de la cual pueda desprenderse tal sentido o alcance. Tal fundamento sería suficiente para desestimar esta interpretación.

Por su parte, también debe desestimarse la interpretación en virtud de la cual quien debe reconocer las rentas pasivas obtenidas por la entidad extranjera en forma exclusiva es aquel sujeto que cumple con los supuestos de control y que es propietario de la entidad extranjera al cierre del ejercicio. Esta interpretación, según se señaló, se basaría en lo dispuesto en la letra D.- del referido artículo 41 G, norma que establece que las rentas pasivas de las entidades extranjeras controladas deben ser reconocidas por sus *propietarios* domiciliados en Chile en *proporción a su participación*.

Lo cierto es que el empleo de la palabra *propietarios*, y el establecimiento de reglas de reconocimiento de rentas pasivas aplicables únicamente a éstos, por parte del legislador, corresponde a una evidente mala técnica legislativa. En efecto, la letra D.- del artículo 41 G es la única norma dentro del referido artículo que regula la forma de reconocer en Chile las rentas pasivas de entidades controladas en el extranjero. Por tanto, esta norma necesariamente debiese abarcar y hacerse cargo de todas las hipótesis de control y presunción de control que contiene el artículo 41 G, considerando la aplicación de la norma anti-elusiva comentada (en virtud de la cual quienes cumplen con alguna de las hipótesis de control en cualquier momento durante los doce meses precedentes al cierre del ejercicio, se consideran sujetos controladores) a fin de evitar ambigüedades dentro del régimen tributario de rentas pasivas, que puedan afectar la toma de decisiones de los contribuyentes.

Evidentemente, si el legislador expresamente estableció hipótesis de control y presunciones de control, y una norma anti-elusiva como la analizada, lo hizo con la finalidad de que fuesen aplicadas.

Al respecto, cabe señalar que el Servicio de Impuestos Internos en la Circular N° 40 de 2016, teniendo en cuenta la mala técnica legislativa comentada, en la sección relativa a la forma de reconocer en Chile las rentas pasivas emplea la palabra “controladores” en lugar de la palabra “propietarios” contenida en el artículo 41G⁵⁶.

Por los motivos expuestos, y los que se detallan a continuación, debe descartarse la interpretación comentada, ya que el sujeto que cumple con algunos de los supuestos de control dentro de los doce meses anteriores al cierre del ejercicio y que deja de cumplirlos antes del cierre del mismo (dejando de ser propietario de la entidad situada en el extranjero), en su carácter de controlador con arreglo a la ley, de todas formas debiese reconocer en Chile las rentas pasivas obtenidas por la entidad extranjera.

⁵⁶ La Circular N° 40 de 2016 del Servicio de Impuestos Internos, en el apartado II, sección 4, establece lo siguiente: “*El artículo 41 G letra D de la LIR dispone que las rentas pasivas percibidas o devengadas por las entidades controladas, se considerarán a su vez percibidas o devengadas por sus controladores, al cierre del ejercicio respectivo, en conformidad a las siguientes reglas: i) Las rentas pasivas se considerarán percibidas o devengadas por los controladores, y en proporción a la participación, directa o indirecta, que ellos tengan en la entidad controlada...*”. El subrayado es mío.

b.1) Función disuasoria del régimen tributario de rentas pasivas

En defensa de la interpretación en virtud de la cual quien debe reconocer las rentas pasivas obtenidas por la entidad extranjera en forma exclusiva es aquel sujeto que cumple con los supuestos de control y que es propietario de dicha entidad al cierre del ejercicio, podría plantearse la siguiente interrogante ¿Por qué razón una persona que en definitiva no se beneficiará de las rentas pasivas que obtiene la entidad controlada extranjera debe tributar por las mismas?

Al respecto cabe tener presente que el régimen de rentas pasivas contenido en el artículo 41 G de la Ley sobre Impuesto a la Renta, según fue señalado, desde una perspectiva de política fiscal, cumple una función como medida disuasoria, en el sentido de que no sólo busca evitar el diferimiento de impuestos a largo plazo, sino que también busca evitar que los contribuyentes trasladen sus rentas a jurisdicciones distintas de aquella en la cual se desarrolla la actividad y se genera valor.

En este sentido, puede ser justificable que un contribuyente que tuvo el control de una entidad en el extranjero, pero que lo pierde antes del cierre del ejercicio (perdiendo el derecho a percibir las rentas pasivas de la entidad extranjera) tribute con impuestos en Chile en virtud del régimen tributario de rentas pasivas, ya que dicho contribuyente al momento de controlar la entidad extranjera pudo tomar la decisión de trasladar beneficios generados por actividades económicas desarrolladas en Chile hacia el país en que se encuentra situada la entidad extranjera, cuestión que las normas de transparencia fiscal internacional pretenden evitar. Para estos efectos téngase en cuenta el análisis efectuado en la sección c.1.3) del presente capítulo.

b.2) Norma anti-elusiva

Por su parte, debe tenerse presente que el artículo 41 G de la Ley sobre Impuesto a la Renta contempla una norma anti-elusiva, en virtud de la cual quienes cumplen con alguna de las hipótesis de control en cualquier momento durante los doce meses precedentes al cierre del ejercicio, se consideran sujetos controladores para la aplicación del régimen tributario de

rentas pasivas. Esta norma busca evitar, por ejemplo, que un contribuyente que tuvo una participación de 50% en una entidad extranjera desde el 1° de enero hasta el 30 de diciembre de un año determinado, eluda la aplicación del artículo 41 G referido, mediante la venta de la totalidad de su participación a dos terceros no relacionados domiciliados en Chile en partes iguales (25% cada uno); a una persona no domiciliada ni residente en Chile, entre otros casos.

En dichas situaciones, no cabe duda que el sujeto que cumplió con las hipótesis de control hasta antes del cierre del ejercicio, y que por tanto se considera sujeto controlador, debe reconocer las rentas pasivas de la entidad extranjera, *aun cuando no sea propietario de dicha entidad al término del ejercicio*, ya que de lo contrario se podría evitar por completo -y con cierta facilidad- la aplicación del régimen tributario de rentas pasivas.

En otras palabras, de interpretarse que el sujeto respecto del cual se aplica la norma anti-elusiva comentada no debiese reconocer las rentas pasivas obtenidas por la entidad extranjera por no ser propietario de la misma al término del ejercicio, la norma anti-elusiva carecería de todo valor

para este tipo de situaciones. Tal interpretación no resulta razonable, ya que, si el legislador estableció una norma especial anti-elusiva dentro del artículo 41 G de la Ley sobre Impuesto a la Renta, lo hizo con la finalidad de que las rentas pasivas de la entidad extranjera sean reconocidas en Chile bajo los supuestos que contempla esa norma.

Considerando lo anterior, cabe preguntarse lo siguiente: si la norma anti-elusiva y el reconocimiento de rentas pasivas recibe aplicación en los casos antes señalados ¿por qué razón no debiese aplicarse en los casos en que un sujeto domiciliado o residente en Chile (i) tiene una participación de 50% en una entidad extranjera durante algún periodo hasta antes del cierre del ejercicio y (ii) vende dicha participación a un tercero domiciliado o residente en el país, que se mantiene como titular de esa participación más allá del cierre del ejercicio?

Al respecto, podría sostenerse que en estos casos no debiese aplicarse la norma anti-elusiva comentada, teniendo en cuenta que existiría otro sujeto que se considera controlador al término del ejercicio que tendría que reconocer las rentas pasivas de la entidad extranjera en su calidad de propietario, no existiendo en definitiva perjuicio fiscal.

Sin embargo, lo cierto es que la hipótesis que determina la aplicación de la norma anti-elusiva, esto es, el cumplimiento de alguno de los supuestos de control en cualquier momento durante los doce meses precedentes al cierre del ejercicio, no efectúa ningún tipo de distinciones ni excepciones al respecto.

Por lo tanto, siguiendo con los ejemplos señalados, sea que el sujeto que cumple con los supuestos de aplicación de la norma anti-elusiva transfiera el 50% de participación que posee en una entidad extranjera a una persona no domiciliada o residente en Chile, o bien, a una persona domiciliada o residente en el país, debiese proceder a reconocer en Chile las rentas pasivas de dicha entidad extranjera. De esta forma se mantiene la lógica dentro del régimen tributario de rentas pasivas chileno.

b.3) Rentas pasivas generadas durante el año en que se vende la participación

Un tema interesante a considerar bajo la interpretación analizada es lo que ocurre con las rentas pasivas generadas durante el ejercicio en que un

sujeto vende la totalidad de su participación a un tercero. Veamos esta situación con un ejemplo:

Dos sujetos domiciliados en Chile, “A” y “B”, constituyen el 1º de enero del año 2018 una entidad en Nueva Zelanda, aportando cada uno la cantidad de US\$ 500.000, monto que inmediatamente se destina a una cuenta de inversión de titularidad de esa entidad extranjera. Al 31 de noviembre de ese año, la cuenta de inversión ha generado una utilidad de US\$ 200.000. Ese mismo día, “A” vende su participación de 50% a un tercero domiciliado en Chile, “C”, quien mantiene dicha participación más allá del 31 de diciembre del mismo año.

De aplicarse la interpretación en virtud de la cual quien debe reconocer las rentas pasivas obtenidas por la entidad extranjera en forma exclusiva es aquel sujeto que cumple con los supuestos de control y que es propietario de dicha entidad al cierre del ejercicio, en este caso los únicos sujetos que debiesen reconocer la renta pasiva de la entidad extranjera serían “B” y “C”.

Con respecto a “C”, es posible advertir que adquirió el 50% de propiedad de una entidad extranjera cuyo valor comercial⁵⁷ a la fecha de la transacción era de US\$ 1.200.000. Por tanto, en principio, el precio pagado por “C” por la adquisición de ese 50% debiese ser de US\$ 600.000. Sin embargo, teniendo en cuenta que parte de ese monto -US\$ 100.000- corresponde a rentas pasivas del ejercicio que tendrán que ser pagadas por “C”⁵⁸ y no por “A”, es muy probable que “C” le exija a “A” un descuento en el precio de compra de las acciones de la entidad extranjera por un monto equivalente al impuesto que “C” tendrá que soportar sobre dichas rentas al ser controlador al 31 de diciembre del año 2018 de esa entidad (35%⁵⁹ sobre USD 100.000).

Como se puede apreciar, bajo la interpretación analizada, aun cuando “C” tiene la calidad de sujeto pasivo del impuesto en comento, es “A” quien en definitiva lo soporta en su patrimonio (tal como lo haría bajo la interpretación en virtud de la cual los dos sujetos involucrados en la

⁵⁷ Para estos efectos se asume que el valor comercial de la entidad extranjera equivale a la cantidad de dinero que se encuentra en la cartera de inversión de su titularidad.

⁵⁸ Para efectos de este ejemplo no se considera la aplicación del límite de 2.400 Unidades de Fomento, bajo el cual las rentas pasivas no tendrían que ser reconocidas en Chile, establecido en el N° 6, de la letra D.-, del artículo 41 G de la Ley sobre Impuesto a la Renta.

⁵⁹ Tasa marginal más alta del impuesto global complementario. “C” es una persona natural que no declara sus rentas efectivas del impuesto de primera categoría según contabilidad completa.

operación -“A” y “C”- deben reconocer las rentas pasivas de la entidad extranjera en forma proporcional al tiempo en que mantuvieron su participación en la entidad extranjera).

Sin embargo, eventualmente “A” podría trasladar a “C” la carga del impuesto a pagar sobre las rentas pasivas generadas hasta la fecha de la transacción, por la vía de incluir en el precio de la transacción el monto de dicho impuesto. Ello podría ocurrir, por ejemplo, en caso de que los activos en que invierte la entidad extranjera se encontraren al alza en su valor; en caso de que el adquirente tuviese negocios conexos con los de la entidad extranjera vendida, entre otros casos.

En tales situaciones, se desvirtuaría uno de los objetivos perseguidos por el legislador con el establecimiento del artículo 41 G de la Ley sobre Impuesto a la Renta, a saber, disuadir el traslado de rentas a jurisdicciones distintas de aquellas en las que se desarrolla la actividad y genera valor.

En efecto, en caso de traspasar la carga del impuesto a “C”, “A” habrá trasladado rentas por un monto de US\$ 500.000 a una entidad situada

en Nueva Zelanda, entidad que únicamente obtiene rentas pasivas producto de una cuenta bancaria de inversión (es decir, que no desarrolla ningún tipo de actividad en ese país), sin pagar ningún impuesto en Chile por concepto del régimen tributario de rentas pasivas.

En este tipo de casos las consecuencias jurídicas y económicas buscadas por el legislador con el establecimiento del artículo 41 G de la Ley sobre Impuesto a la Renta, desde el punto de vista de la política fiscal, quedarían supeditadas a la voluntad de los contribuyentes, cuestión que no puede ser aceptable. Por este motivo, además de los señalados previamente, la interpretación en virtud de la cual quien debe reconocer las rentas pasivas obtenidas por la entidad extranjera es aquel sujeto que cumple con los supuestos de control al cierre del ejercicio, debiese ser desestimada.

C) Interpretación en virtud de la cual ambos contribuyentes deben aplicar el artículo 41 G por el total del período debe ser desestimada

La interpretación en virtud de la cual ambos contribuyentes involucrados que se consideran sujetos controladores deben reconocer en Chile las rentas pasivas de la entidad extranjera se ajusta tanto a lo dispuesto en la letra A.- como en la letra D.- del artículo 41 G de la Ley sobre Impuesto a la renta, normas que disponen que todos los sujetos que cumplen con las hipótesis de control o presunción de control al cierre del ejercicio, o durante los 12 meses precedentes, deben reconocer en Chile las rentas pasivas de la entidad controlada⁶⁰⁶¹.

Sin embargo, la interpretación en virtud de la cual ambos sujetos involucrados deben reconocer en Chile las rentas pasivas de la entidad extranjera como si cada uno de éstos la hubiera controlado por todo el ejercicio, debe ser descartada, ya que, según se señaló en la letra c.1.2) de la sección 2.1 de este capítulo, se generaría una evidente situación de doble

⁶⁰ Al respecto deben considerarse los argumentos planteados en la letra B) del presente apartado.

⁶¹ Además, esta interpretación se funda en que el referido artículo 41 G no contempla norma alguna que establezca que en estos casos sólo uno de los sujetos controladores debe reconocer en Chile las rentas pasivas de la entidad extranjera controlada.

tributación que atenta contra los principios en que se inspira el sistema tributario chileno. Dicha situación se agrava aún más en el caso de que durante un ejercicio hubiese más de dos sujetos que cumplieran con los supuestos de control que establece la norma, ya que las rentas pasivas tendrían que ser reconocidas en Chile por cada uno de tales sujetos, lo cual no resulta aceptable desde la lógica del sistema tributario chileno.

D) Opinión sobre la correcta interpretación: ambos contribuyentes deben reconocer las rentas pasivas en proporción al tiempo de control

El efecto de doble tributación previamente comentado puede evitarse por la vía de interpretarse que, respecto del tipo de casos bajo análisis, los sujetos involucrados deben reconocer las rentas pasivas obtenidas por la entidad extranjera en forma proporcional al tiempo en que cada uno la controló durante el ejercicio respectivo.

Si bien no existe norma alguna dentro del artículo 41 G que establezca lo anterior en forma expresa, esta interpretación, por contraposición a la anterior, permite lograr resultados equitativos en la aplicación del régimen de tributación de rentas pasivas, ajustándose a los

principios en que se inspira el sistema tributario chileno⁶², considerando que ambos sujetos involucrados cumplen con el supuesto de control.

Tomemos el caso de una persona -“A”- domiciliada o residente en Chile que tiene una participación de 70% en una entidad extranjera desde el 1º de enero al 31 de octubre dentro un año determinado y la vende a un tercero -“B”- domiciliado o residente en Chile que la mantiene desde el 1º noviembre hasta 31 de diciembre del mismo año. De acuerdo la interpretación señalada, si la entidad extranjera obtiene rentas pasivas dentro del ejercicio, éstas debiesen ser reconocidas (i) por “A” de acuerdo a su porcentaje de participación en la entidad extranjera, pero sólo en la proporción correspondiente al período que va desde enero a octubre y (ii) por “B” de acuerdo al porcentaje de participación en la entidad extranjera, pero sólo en la proporción correspondiente al período que va desde noviembre a diciembre.

Bajo esta línea interpretativa, la totalidad de las rentas pasivas obtenidas por la entidad extranjera serían reconocidas en Chile al término

⁶² Véase la letra c.1.2), de la sección 2.1, del presente capítulo, que se refiere a la doble imposición y el principio de no confiscatoriedad consagrado en la Constitución Política de la República.

del ejercicio, sólo que en parte por cada uno de los sujetos controladores dentro de un mismo ejercicio.

En favor de esta interpretación, adicionalmente, ténganse por reproducidos los argumentos planteados la letra B) de la presente sección⁶³.

d.1) Dificultades relacionadas con el mecanismo de atribución de rentas pasivas

Bajo esta interpretación surge la duda acerca de cuál es el porcentaje de participación en las utilidades de la entidad extranjera que debe considerar el sujeto que deja de cumplir con alguno de los supuestos de control antes del cierre del ejercicio, para los efectos del reconocimiento de las rentas pasivas en Chile.

En el caso del sujeto que pasa a tener la calidad de controlador (*v.gr.:* por adquirir 50% de participación en la entidad extranjera) a partir de un momento determinado dentro de un ejercicio, y hasta el cierre del mismo,

⁶³ Letra B), sección 2.2, capítulo II.

no se presentarían mayores dificultades, ya que el mismo artículo 41 G, letra D.-, de la Ley sobre Impuesto a la Renta establece que en tal caso la renta pasiva debe atribuirse en función de la participación que dicho sujeto tenga en la entidad extranjera al término del ejercicio.

Sin embargo, la referida regla no podría aplicarse respecto del sujeto que posee un 50% de participación en la entidad extranjera y lo vende a un tercero antes del término del ejercicio, ya que aquel no poseerá participación alguna en dicha entidad al término del ejercicio. Considerando lo anterior ¿cuál es el porcentaje de participación que debiese ser considerado para la atribución de las rentas pasivas de la entidad extranjera en este tipo de casos? ¿aquel que tenía el sujeto justo antes de realizar la venta en virtud de la cual dejó de ser considerado controlador? ¿o debiese considerarse un promedio de la participación que tuvo durante todo el ejercicio?

A partir del análisis de las letras A.- y D.- del artículo 41 G de la Ley sobre Impuesto a la Renta, es posible advertir que el legislador en esta materia guarda silencio, resultando sumamente difícil inclinarse por alguna

de esas alternativas (u otra). En la sección 2.4 de este capítulo se detallan algunas propuestas en relación a este vacío normativo.

2.3 ANÁLISIS DEL PROYECTO BEPS Y DERECHO COMPARADO

A) *Proyecto BEPS acción N°3*

La acción N° 3 del Proyecto BEPS de la OCDE contiene recomendaciones, bajo la forma de “pilares fundamentales”, para efectos de que los países diseñen normas efectivas de transparencia fiscal internacional⁶⁴.

Los seis pilares fundamentales son los siguientes: (i) definición de una sociedad extranjera controlada; (ii) umbrales mínimos y exenciones; (iii) definición de renta; (iv) cálculo de renta; (v) atribución de renta y (vi) prevención y eliminación de doble imposición.

El capítulo 2 de dicho informe, relativo a las normas para definir a una sociedad extranjera controlada, no contiene recomendaciones especiales

⁶⁴ *Controlled Foreign Company Rules* en inglés.

que permitan resolver el problema planteado en el presente capítulo. Sin embargo, contiene una recomendación que permitiría comprender ciertos aspectos del artículo 41 G de la Ley sobre Impuesto a la Renta relacionados con dicha materia:

“Para determinar si una sociedad residente en la jurisdicción de la matriz tiene el control es necesario que una norma estipule en qué momento ha de valorarse la existencia de dicho control, así como el tipo de entidades que pueden tenerlo. Sobre la primera cuestión, muchas normas determinan el control en función del nivel de control jurídico o económico a final de año, pero aquellas jurisdicciones preocupadas por la posible elusión de esta norma pueden introducir cláusulas anti-abuso o un test que compruebe si la matriz tenía el nivel de control requerido en cualquier momento del año...”⁶⁵.

El régimen tributario de rentas pasivas chileno recoge plenamente esta recomendación ya que, de acuerdo a lo establecido en el N° 2 de la letra A.- del referido artículo 41 G, una persona se considera controladora de una entidad extranjera si cumple con alguna de las hipótesis de control o presunción de control al cierre del ejercicio respectivo, o bien, en cualquier

⁶⁵ OCDE. Acción 3-Informe final 2015. Op. Cit. 32p.

momento durante los doce meses precedentes. Chile es, por tanto, una de las jurisdicciones que se preocupa de la posible elusión del régimen tributario de rentas pasivas, por cuanto incorpora un test de control en virtud del cual un sujeto puede considerarse controlador por cumplir con alguno de los supuestos de control en cualquier momento del año.

Por su parte, el capítulo 6 de este informe, relativo a las normas sobre la atribución de la renta, contiene recomendaciones que dicen relación con la cantidad de renta que debe atribuirse a los sujetos controladores, materia que se vincula directamente con lo tratado en este trabajo.

Al respecto el Proyecto BEPS señala lo siguiente:

“...Todas las normas de TFI⁶⁶ vigentes atribuyen la renta en proporción a la participación que ostenta cada contribuyente, pero no coinciden en la forma de tratar a aquellos que sólo mantienen su participación durante una parte del año...”⁶⁷.

⁶⁶ Transparencia fiscal internacional.

⁶⁷ OCDE. Acción 3-Informe final 2015. Op. Cit. 64p. El subrayado es mío.

Como se puede apreciar, este párrafo se encuentra directamente relacionado con el problema planteado, en particular, con la situación del contribuyente que deja de cumplir con la hipótesis de control antes del cierre del ejercicio.

El documento luego señala, en términos generales, las soluciones a las que habrían llegado algunas jurisdicciones en relación a este tipo de casos:

“...Algunas jurisdicciones calculan la renta atribuible en función de la participación mantenida en el último día del año... Otras jurisdicciones atribuyen la renta en función del periodo en que se ha mantenido la participación en la SEC, lo que resultaría en un gravamen del contribuyente sobre una cuantía similar a su cuota de participación en los beneficios de la SEC...”⁶⁸.

Como puede apreciarse, algunos países atribuyen la renta en función de la participación que tiene el contribuyente en la entidad extranjera al término del ejercicio. Bajo esta alternativa, el contribuyente que deja de tener participación en la entidad extranjera a partir de un momento dado

⁶⁸ *Ibíd.*

dentro del año no debiese reconocer las rentas pasivas obtenidas por dicha entidad⁶⁹.

Otros países, en cambio, contemplan una norma en virtud de la cual el sujeto controlador reconoce la renta de la entidad extranjera en función del período de tiempo dentro del ejercicio en que tuvo la calidad de controlador de acuerdo a la hipótesis de control respectiva.

Esta última solución se asemeja bastante a la que se plantea en este trabajo como correcta interpretación del artículo 41 G de la Ley sobre Impuesto a la Renta para el problema analizado, en virtud de la cual los sujetos involucrados debiesen reconocer las rentas pasivas obtenidas por la entidad extranjera en forma proporcional al tiempo en que cada uno controló durante el ejercicio respectivo. La diferencia entre las legislaciones que han adoptado este mecanismo de atribución de rentas y la legislación chilena consistiría en que esta última, a diferencia de las primeras, no contiene una norma expresa en tal sentido.

⁶⁹ Esta alternativa no sería aplicable bajo la legislación chilena, ya que, como se señaló, ésta contempla una norma anti-elusiva en virtud de la cual una persona se considera sujeto controlador de una entidad domiciliada en el extranjero cuando se encuentra en alguna de las hipótesis de control *al cierre del ejercicio respectivo o en cualquier momento durante los doce meses precedentes*.

Finalmente, cabe destacar que el plan de acción N° 3 contiene recomendaciones especiales tendientes a evitar la doble tributación o sobre atribución de rentas de la entidad extranjera controlada:

“Las normas de atribución deberían garantizar la imposibilidad de atribuir una cuantía superior al 100% de la renta obtenida por la SEC⁷⁰... ”⁷¹.

En este sentido, la interpretación del artículo 41 G de la Ley sobre Impuesto a la Renta presentada en este trabajo se adecúa a las recomendaciones de la OCDE en esta materia, por cuanto la totalidad de las rentas pasivas obtenidas por la entidad extranjera serían reconocidas en Chile al término del ejercicio, en la parte que corresponda a cada uno de los sujetos controladores dentro de un mismo ejercicio.

⁷⁰ Sociedad extranjera controlada.

⁷¹ OCDE. Acción 3-Informe final 2015. Op. Cit. 65p.

B) Legislación comparada

b.1) Perú

La legislación peruana es de aquellas jurisdicciones que atribuyen la renta de la entidad extranjera al contribuyente controlador domiciliado en Perú en función de la participación que éste tiene en dicha entidad al término del ejercicio.

Bajo el “*régimen de transparencia fiscal internacional*” peruano una entidad extranjera se considera controlada por un contribuyente domiciliado en Perú cuando:

“...al cierre del ejercicio gravable, éste -por sí solo o conjuntamente con sus partes vinculadas domiciliadas en el país- tengan una participación, directa o indirecta, en más del cincuenta por ciento (50%) del capital o en los resultados de dicha entidad, o de los derechos de voto en ésta...”⁷²⁻⁷³.

⁷² PERÚ. Ministerio de Economía y Finanzas. 2004. Decreto Supremo N° 179-2004-EF: Texto único ordenado de la Ley del Impuesto a la Renta, diciembre 2004. Artículo 112°. El subrayado es mío.

⁷³ Se hace presente que la normativa peruana establece presupuestos adicionales para efectos de que una entidad extranjera se considere controlada bajo el régimen de transparencia fiscal internacional. Así, por ejemplo, la entidad extranjera debe encontrarse domiciliada en un país de baja o nula tributación, o en un país en que sus rentas pasivas no estén sujetas a un impuesto a la renta, o

Como se puede apreciar, la normativa peruana no contiene una regla como la establecida en la legislación chilena en virtud de la cual una persona se considera sujeto controlador en caso de cumplir con alguna de las hipótesis de control o presunción de control al cierre del ejercicio o *dentro de cualquiera de los doce meses precedentes*. De este modo, bajo la legislación de Perú, si un contribuyente tiene una participación de 70% en una entidad extranjera domiciliada en un país de baja o nula tributación⁷⁴ y la vende en algún momento antes del cierre del ejercicio, dicho contribuyente no tendría la calidad de controlador para los efectos de aplicarle el régimen de transparencia fiscal internacional⁷⁵.

Esta norma se encuentra complementada por la norma de atribución de rentas pasivas obtenidas por la entidad extranjera, la cual establece lo siguiente:

“Las rentas netas pasivas que obtengan las entidades controladas no domiciliadas, serán atribuidas a sus propietarios domiciliados en el país que, al cierre

estándolo, el impuesto sea igual o inferior al 75% del Impuesto a la Renta que correspondería en Perú sobre las rentas de la misma naturaleza.

⁷⁴ Éste es uno de los presupuestos de aplicación de la norma peruana.

⁷⁵ Se llega a esta conclusión a partir del análisis del tenor literal de la norma peruana. Es decir, no se ha considerado para estos efectos la jurisprudencia administrativa de la autoridad fiscal peruana.

*del ejercicio gravable, por sí solos o conjuntamente con sus partes vinculadas domiciliadas en el país, tengan una participación, directa o indirecta, en más del cincuenta por ciento (50%) en los resultados de dicha entidad...*⁷⁶.

Esta norma dispone en forma expresa que las rentas pasivas de la entidad extranjera controlada deben ser reconocidas por los propietarios domiciliados en Perú que al cierre del ejercicio tengan una participación de más del 50% en los resultados de la entidad controlada.

A continuación, la norma comentada establece lo siguiente:

*“...La atribución de las rentas netas pasivas se efectuará en proporción a la participación, directa o indirecta, de los contribuyentes domiciliados en los resultados de la entidad controlada no domiciliada...”*⁷⁷.

De la lectura de las normas transcritas es posible concluir, en lo que dice relación con el problema planteado en este capítulo, que bajo la legislación peruana la única persona que debe reconocer las rentas pasivas obtenidas por la entidad extranjera es aquella que participa en ésta y la

⁷⁶ PERÚ. Ministerio de Economía y Finanzas. 2004. Decreto Supremo N° 179-2004-EF: Texto único ordenado de la Ley del Impuesto a la Renta, diciembre 2004. Artículo 113°. El subrayado es mío.

⁷⁷ *Ibíd.*

controla, de acuerdo a los requerimientos legales, al término del ejercicio respectivo. Este sujeto debiese reconocer el total de las rentas pasivas que corresponden a su participación en las utilidades en dicho momento, independientemente de que haya adquirido dicha participación en algún momento dado dentro del ejercicio respectivo.

b.2) Estados Unidos

El régimen de transparencia fiscal internacional contenido en la legislación estadounidense⁷⁸ presenta diversas diferencias con el régimen tributario de rentas pasivas establecido en el artículo 41 G de la Ley sobre Impuesto a la Renta.

En materia de control y reconocimiento de las rentas que obtiene una entidad extranjera controlada, bajo la normativa estadounidense una entidad se considera controlada si más del 50% de los derechos a voto o participación en el capital son poseídos por *accionistas estadounidenses* durante cualquier día del año tributario aplicable a la entidad extranjera. La

⁷⁸ ESTADOS UNIDOS, Internal Revenue Code. 1986. Subtítulo A, capítulo 1, subcapítulo N, Parte III, Sub parte F, secciones 951 a 965.

ley define accionista estadounidense como aquella persona que posee 10% o más del derecho a voto de la entidad extranjera.

La norma señalada tiene por finalidad acumular el porcentaje de participación de cada *accionista estadounidense*, a efectos de que una entidad extranjera sea considerada como controlada. Lo anterior por cuanto se asume que los accionistas minoritarios pueden actuar de manera concertada para influir en las decisiones que se adoptan por la entidad extranjera⁷⁹.

En lo que dice relación con el problema planteado en este capítulo, la normativa norteamericana establece, en términos generales, que en caso de que una entidad extranjera sea considerada controlada, los accionistas estadounidenses (definidos en la ley) que posean participación en dicha entidad extranjera en el último día del año en que tal entidad es considerada

⁷⁹ El plan de acción N° 3 de la OCDE denomina este mecanismo como “criterio de concentración de la propiedad”. OCDE. Acción 3-Informe final 2015. Op. Cit. 30p.

como controlada, deben reconocer ciertas rentas⁸⁰ que obtenga dicha entidad en proporción a su participación⁸¹⁻⁸².

Es posible advertir que la legislación de Estados Unidos exige que el *accionista estadounidense* posea participación al término del ejercicio respectivo, para efectos de que se le atribuyan las rentas de la entidad controlada. Por tanto, y en relación con el problema planteado en este capítulo, en caso de que una persona deje de tener participación en la entidad controlada antes del cierre del ejercicio, dicha persona no debiese reconocer las rentas obtenidas por la entidad extranjera.

Sin embargo, la normativa estadounidense, en materia de atribución de las rentas obtenidas por la entidad controlada en el extranjero, contempla una regla especial en virtud de la cual la renta que se atribuye al accionista estadounidense corresponde a una cantidad que considera el período de tiempo durante el cual la entidad extranjera fue controlada dentro de un año.

⁸⁰ De acuerdo a la definición que establece la norma norteamericana.

⁸¹ La ley estadounidense establece reglas especiales para estos efectos.

⁸² Previo a una reforma tributaria del año 2017, la entidad extranjera debía ser controlada por un período ininterrumpido de 30 días o más durante cualquier año tributario.

b.3) México

El régimen tributario de rentas pasivas establecido en la legislación mexicana recibe aplicación, en términos generales, en los casos en que un contribuyente domiciliado en México participa en una entidad jurídica extranjera situada en un país que tenga un régimen fiscal preferente, o bien, en una entidad jurídica extranjera que sea fiscalmente transparente en el extranjero⁸³.

En la medida en que dichas entidades extranjeras obtengan ingresos de carácter pasivo, de acuerdo a lo establecido en la legislación mexicana, los contribuyentes domiciliados en México que participan en éstas deben reconocer tales ingresos para gravarlos con el impuesto correspondiente. Al efecto la Ley del Impuesto sobre la Renta de México establece lo siguiente:

⁸³ El inciso primero del artículo 176 de la Ley del Impuesto sobre la Renta de México establece lo siguiente: “*Los residentes en México y los residentes en el extranjero con establecimiento permanente en el país, están obligados a pagar el impuesto conforme a lo dispuesto en este Capítulo, por los ingresos sujetos a regímenes fiscales preferentes que obtengan a través de entidades o figuras jurídicas extranjeras en las que participen, directa o indirectamente, en la proporción que les corresponda por su participación en ellas, así como por los ingresos que obtengan a través de entidades o figuras jurídicas extranjeras que sean transparentes fiscales en el extranjero.*”. MÉXICO. 2013. Ley del Impuesto sobre la Renta, diciembre 2013.

“Para los efectos de este Capítulo, los ingresos a que se refiere el artículo 176 de esta Ley serán gravables para el contribuyente en el ejercicio en que se generen, de conformidad con lo dispuesto en los Títulos II o IV de esta misma Ley, según corresponda, en la proporción de su participación directa o indirecta promedio por día en dicho ejercicio en la entidad o figura jurídica extranjera que los perciba, aun cuando ella no se los distribuya al contribuyente.”⁸⁴”

Como se puede apreciar, la normativa mexicana establece en forma expresa, a diferencia de la legislación chilena, que la atribución de las rentas pasivas de la entidad extranjera se efectúa en función del período tiempo en que el contribuyente mexicano ha participado en la entidad extranjera (de acuerdo a su participación promedio por día).

Cabe señalar que la Ley del Impuesto sobre la Renta de México no contiene una regla especial que determine que la atribución de rentas deba hacerse en función de las participaciones mantenidas en la entidad extranjera al término del ejercicio respectivo. En virtud de ello, un contribuyente domiciliado en México que participa en una entidad situada en un país con régimen fiscal preferente o que sea fiscalmente transparente,

⁸⁴ MÉXICO. 2013. Ley del Impuesto sobre la Renta, diciembre 2013. Artículo 177. El subrayado es mío.

durante un período hasta antes del cierre del ejercicio respectivo, debiese de todas formas reconocer las rentas pasivas de la entidad extranjera en proporción a su participación promedio por día⁸⁵.

No existe, por tanto, bajo la normativa mexicana una norma anti-elusiva (como la chilena) que considere como sujetos susceptibles de afectarse con el régimen tributario de rentas pasivas a quienes hayan participado en la entidad extranjera en cualquier momento durante los doce meses precedentes al cierre del ejercicio.

2.4 PROPUESTAS

Según se ha visto, los problemas de interpretación analizados en este capítulo surgen en los casos en que un contribuyente se encuentra en alguna de las hipótesis de control dentro de alguno de los 12 meses anteriores al cierre del ejercicio (*v.gr*: por tener 50% de participación en la entidad extranjera) y, antes del cierre del mismo, realiza una operación en virtud de la cual deja de cumplir con los supuestos que configuran dicha hipótesis de

⁸⁵ Se llega a esta conclusión a partir del análisis del tenor literal de la norma mexicana. Es decir, no se ha considerado para estos efectos la jurisprudencia administrativa de la autoridad fiscal de ese país.

control pasando a cumplirlos un tercero en su lugar (hasta el cierre del ejercicio).

En este tipo de casos existen dos contribuyentes que se encuentran en alguna de las hipótesis de control que contempla el artículo 41 G de la Ley sobre Impuesto a la Renta, sea en algún momento durante el ejercicio, o bien, al cierre del mismo, debiendo ambos considerarse sujetos controladores por aplicación de la norma anti-elusiva antes comentada (en virtud de la cual el sujeto que se encuentra en alguna de las hipótesis de control en cualquier momento durante el ejercicio respectivo también se considera controlador).

El problema es que el referido artículo 41 G no contiene una regla especial que determine la forma en que debe aplicarse el régimen tributario de rentas pasivas en estos casos.

En virtud de ello, como se comentó, surgen las siguientes interrogantes: ¿ambos contribuyentes domiciliados o residentes en Chile que cumplen con los supuestos de control deben reconocer en Chile las

rentas pasivas obtenidas por la entidad controlada en el extranjero? Si es así ¿deben hacerlo en forma proporcional al tiempo en que han controlado la entidad extranjera dentro del ejercicio respectivo? ¿o cada uno debe hacerlo asumiendo que ha controlado la entidad extranjera por el total del ejercicio? O, por el contrario, ¿sólo debe reconocer las rentas uno de estos contribuyentes? De ser así ¿quién?

A lo largo de este capítulo se han analizado distintas interpretaciones del artículo 41 G de la Ley sobre Impuesto a la Renta que buscan dar respuesta a las interrogantes señaladas y, a su vez, se han planteado diversos argumentos que permitirían sostener que la correcta interpretación de la norma es aquella en virtud de la cual ambos sujetos involucrados deben reconocer las rentas pasivas obtenidas por la entidad extranjera en forma proporcional al tiempo en que cada uno la controló durante el ejercicio respectivo. Tal interpretación, según se señaló, permite lograr resultados equitativos en la aplicación del régimen de tributación de rentas pasivas, ajustándose a los principios constitucionales en que se inspira el sistema tributario chileno⁸⁶.

⁸⁶ Véase sección 2.2 del presente capítulo.

No obstante, no es posible desconocer que la poca claridad de la norma y las diversas interpretaciones que han surgido en torno a la misma generan gran incertidumbre para los contribuyentes, afectando indudablemente su toma de decisiones.

Teniendo en cuenta lo anterior, a continuación se presentan algunas propuestas de modificación del artículo 41 G de la Ley sobre Impuesto a la Renta en lo pertinente al problema planteado, cuya implementación implicaría dotar de mayor certeza al régimen tributario de rentas pasivas en esta materia:

- 1) Norma de reconocimiento de las rentas pasivas. Sujeto del impuesto

La primera interrogante que surge en los casos analizados es si los dos contribuyentes involucrados deben reconocer las rentas pasivas de la entidad extranjera o si, por el contrario, sólo uno de éstos debe hacerlo.

Como hemos visto, esta interrogante surge principalmente producto del tenor literal de la norma de reconocimiento de las rentas pasivas de la

entidad extranjera controlada contenida en la letra D.- del artículo 41 G de la Ley sobre Impuesto a la Renta, la cual establece que las rentas pasivas de las entidades extranjeras controladas deben ser reconocidas por sus *propietarios* domiciliados en Chile en *proporción a su participación*.

En efecto, la referida norma emplea la palabra *propietarios* en lugar de la palabra *controladores*, a partir de lo cual podría afirmarse que el régimen de rentas pasivas no se aplicaría respecto de una persona domiciliada o residente en Chile que tenga, por ejemplo, 50% de participación en una entidad extranjera desde enero a noviembre dentro de un año determinado, y venda la totalidad de su participación en ese último mes a un tercero domiciliado en Chile; ya que esa primera persona, independientemente de que tenga la calidad de *controlador*, no sería *propietario* al cierre del ejercicio. Bajo esta interpretación el único sujeto que debería reconocer las rentas pasivas de la entidad extranjera sería el tercero domiciliado en Chile que adquiere la participación señalada en el mes de noviembre y que la tiene más allá del cierre del ejercicio. En el apartado 2.2, letra B), de este capítulo, se han planteado diversos argumentos que permitirían afirmar que dicha interpretación no es correcta,

debiendo entenderse que la norma de reconocimiento de rentas pasivas alude en estos casos a los *controladores* en lugar de los propietarios, domiciliados o residentes en Chile.

No obstante, considerando que no existe plena claridad en cuanto al alcance de la norma de reconocimiento de rentas pasivas, se propone incorporar un numeral dentro de la letra D.- del referido artículo 41 G que establezca en forma expresa que las rentas pasivas de la entidad extranjera deben ser reconocidas por los contribuyentes que *se consideren controladores* por aplicación de la norma anti-elusiva comentada. De este modo, el régimen de rentas pasivas sería claramente aplicable no sólo respecto de personas que sean propietarios al término del ejercicio, sino también respecto de aquellas personas que incurrieron en alguna de las hipótesis de control en algún momento dentro del ejercicio determinado.

En virtud de esta modificación, la norma anti-elusiva comentada, establecida en el artículo 41 G de la Ley sobre Impuesto a la Renta conforme a las recomendaciones del Proyecto BEPS de la OCDE, tendría

plena aplicación respecto de los casos analizados, resguardando así de mejor manera el interés fiscal.

2) Norma de reconocimiento de las rentas pasivas. Forma de reconocimiento

Asumiendo que la correcta interpretación del artículo 41 G de la Ley sobre Impuesto a la Renta para los casos analizados sería aquella en virtud de la cual ambos sujetos involucrados deben reconocer las rentas pasivas de la entidad extranjera -materia que podría ser aclarada a nivel legislativo mediante la adopción de la propuesta anterior-, surge la interrogante sobre cuál es la forma en que tales sujetos deben efectuar dicho reconocimiento ¿deben hacerlo en forma proporcional al tiempo en que han controlado la entidad extranjera dentro del ejercicio respectivo? ¿o cada uno debe hacerlo asumiendo que ha controlado la entidad extranjera por el total del ejercicio?

La letra D.- del artículo 41 G de la Ley sobre Impuesto a la Renta, norma que regula esta materia, no es clara al respecto, limitándose a señalar que las rentas pasivas de la entidad extranjera deben ser reconocidas por los

propietarios domiciliados o residentes en Chile al cierre del ejercicio, en proporción a la participación que tengan en la entidad controlada.

En esta materia, según se vio a lo largo de este capítulo, la correcta interpretación de la norma sería aquella que considera que ambos sujetos involucrados deben reconocer las rentas pasivas de la entidad extranjera en forma proporcional al tiempo en que la han controlado dentro del ejercicio respectivo, ya que, de lo contrario, se produciría una situación de doble tributación que atenta contra los principios en que se inspira el sistema tributario chileno, como lo es el principio constitucional de no confiscatoriedad⁸⁷. En el mismo sentido se encuentra el Proyecto BEPS de la OCDE, que recomienda que las normas de atribución de rentas pasivas no debiesen permitir que se atribuya una cuantía que exceda del 100% de la renta pasiva obtenida por la entidad extranjera.

Sin embargo, considerando que la norma citada no es clara al respecto, se propone incorporar en ésta un numeral que establezca que en los casos en que dos sujetos deban reconocer en Chile las rentas pasivas

⁸⁷ Véase el apartado c.1.2) de la sección 2.1, del presente capítulo.

obtenidas por una entidad situada en el extranjero por aplicación de la norma anti-elusiva analizada, dicho reconocimiento deba efectuarse en forma proporcional al tiempo en que cada uno controló la entidad extranjera dentro del ejercicio respectivo.

Como se ha visto, el Proyecto BEPS recomienda que la renta atribuible a los controladores sea calculada (i) en función de la participación que mantengan en la entidad extranjera al término del ejercicio, o bien (ii) en función del periodo en que hayan mantenido la participación en la entidad extranjera. Si bien la legislación chilena ha adoptado como norma general el primero de estos mecanismos de cálculo de la renta pasiva atribuible, su aplicación es incompatible con los fines propios de la norma anti-elusiva comentada. Por ello se justifica la inclusión de una norma especial como la propuesta.

Es posible encontrar normas como la propuesta en la legislación estadounidense y mexicana, las cuales, si bien están establecidas para la generalidad de los casos -y no únicamente para los casos en que recibe aplicación una norma anti-elusiva como la analizada-, establecen el

principio del reconocimiento de las rentas pasivas en función del período de tiempo dentro del cual se ha mantenido el control de la entidad extranjera.

3) *Norma de reconocimiento de las rentas pasivas. Porcentaje de participación*

Si la correcta interpretación del referido artículo 41 G para los casos analizados es aquella en virtud de la cual ambos sujetos involucrados deben reconocer las rentas pasivas de la entidad extranjera en forma proporcional al tiempo en que la han controlado dentro del ejercicio respectivo -materia que podría ser aclarada a nivel legislativo mediante la adopción de las propuestas anteriores-, surge la interrogante acerca de cuál es el porcentaje de participación en las utilidades de la entidad extranjera que debe considerar el sujeto que deja de cumplir con alguno de los supuestos de control antes del cierre del ejercicio, para los efectos del reconocimiento de las rentas pasivas en Chile ¿aquel porcentaje que tenía justo antes de realizar la operación en virtud de la cual dejó de ser considerado controlador? ¿o debiese considerarse un promedio de la participación que tuvo durante todo el ejercicio?

Según se señaló, el artículo 41 G de la Ley sobre Impuesto a la Renta en esta materia guarda completo silencio, por lo que no resulta claro cuál de dichas alternativas sería aplicable en este tipo de casos.

Lo cierto es que ambas alternativas son plenamente válidas dentro de un régimen tributario de transparencia fiscal internacional, dependiendo la adopción de una u otra de los intereses de política fiscal de cada país, tal como ocurre con la decisión -aplicable a la generalidad de los casos- de atribuir las rentas pasivas en función de la participación que se mantenga en la entidad extranjera al término del ejercicio, o bien, en función del período en que se haya mantenido la participación en la entidad extranjera.

Debido a que en el tipo de casos analizados el sujeto que pasa a tener la calidad de controlador (*v.gr.*: por adquirir 50% de participación en la entidad extranjera) a partir de un momento determinado dentro de un ejercicio, y hasta el cierre del mismo, debe reconocer las rentas pasivas de la entidad extranjera en función de la participación que tenga al término del ejercicio, parece razonable sostener que el sujeto que se considera controlador por haber cumplido con alguna de las hipótesis de control en

algún momento dentro del ejercicio deba reconocer las rentas pasivas en función del porcentaje que tenía justo antes de realizar la operación en virtud de la cual dejó de cumplir con la hipótesis material de control.

De este modo se logra coherencia en el sistema, ya que, de aplicarse la otra alternativa comentada, uno de los sujetos involucrados tendría que reconocer las rentas pasivas de acuerdo al porcentaje de participación que tenga al término del ejercicio, mientras que el otro tendría que hacerlo en función de la participación promedio del ejercicio. Lo anterior constituye una diferencia de tratamiento tributario para los contribuyentes involucrados que no tendría justificación dentro del sistema.

Por este motivo, y complementando lo señalado en el numeral 2) anterior, se propone incorporar en la letra D.- del artículo 41 G de la Ley sobre Impuesto a la Renta un numeral que establezca que en los casos en que dos sujetos deban reconocer en Chile las rentas pasivas obtenidas por una entidad situada en el extranjero por aplicación de la norma anti-elusiva analizada, dicho reconocimiento deba efectuarse en forma proporcional al tiempo en que cada uno controló la entidad extranjera dentro del ejercicio

respectivo, debiendo el sujeto que se considera controlador por haber cumplido con alguna de las hipótesis de control en algún momento dentro del ejercicio, considerar para estos efectos el porcentaje de participación que tenía justo antes de realizar la operación en virtud de la cual dejó de cumplir con la hipótesis de control.

CAPÍTULO III: PRESUNCIÓN DE CONTROL EN CASO DE QUE LA ENTIDAD EXTRANJERA ESTÉ DOMICILIADA EN UN PAÍS DE BAJA O NULA TRIBUTACIÓN

3.1 PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

A) Introducción

El artículo 41 G de la Ley sobre Impuesto a la Renta, según se señaló en los capítulos anteriores, contempla dos *hipótesis de presunción de control*. Una de éstas es aquella en virtud de la cual se presume que una entidad extranjera es controlada por un contribuyente domiciliado o residente en Chile, cuando dicha entidad se encuentra domiciliada en un país o territorio de baja o nula tributación⁸⁸.

Esta presunción tiene el carácter de simplemente legal, por lo que admite prueba en contrario de parte del contribuyente que cumple con el supuesto de hecho previamente descrito. En otras palabras, el contribuyente

⁸⁸ De acuerdo a lo dispuesto en la letra B.- del artículo 41 G de la Ley sobre Impuesto a la Renta, se entiende por países o territorios de baja o nula tributación aquellos a que se refiere el artículo 41 H de la misma ley.

se encuentra facultado para desvirtuar la presunción a efectos de que no sea considerado como un sujeto controlador de la entidad extranjera domiciliada en el país de baja o nula tributación.

B) Problema de interpretación

Para entender el problema de interpretación que se presenta en esta materia, a continuación se transcribe la hipótesis de presunción de control en comento contenida en el artículo 41 G de la Ley sobre Impuesto a la Renta:

“...Salvo prueba en contrario, se presumirá que se trata de una entidad controlada para los fines de este artículo, cualquiera sea el porcentaje de participación en el capital, las utilidades o el derecho a voto que tenga directa o indirectamente el contribuyente constituido, domiciliado, establecido o residente en Chile, cuando aquélla se encuentre constituida, domiciliada o residente en un país o territorio de baja o nula tributación...”⁸⁹

⁸⁹ Letra A.- del artículo 41 G de la Ley sobre Impuesto a la Renta. El subrayado es mío.

Lo primero que puede apreciarse de la norma transcrita es que la presunción tiene el carácter de simplemente legal, ya que admite prueba en contrario. Se opone en este sentido a las presunciones de derecho, que son aquellas que no admiten prueba en contrario⁹⁰⁻⁹¹.

Teniendo en cuenta lo anterior, surge en esta materia la siguiente interrogante: ¿qué es lo que debiese acreditar el contribuyente para efectos de desvirtuar la presunción? Si, por ejemplo, un contribuyente tiene una participación de 1% en una entidad domiciliada en un país de nula o baja jurisdicción al término del ejercicio ¿puede desvirtuar la presunción acreditando que sólo posee un 1% de participación? ¿o debe acreditar otros antecedentes para estos efectos?

⁹⁰ Se hace presente que existen ciertas presunciones simplemente legales que por expresa disposición del legislador, no admiten prueba en contrario.

⁹¹ El artículo 47 del Código Civil, en relación a las presunciones, establece lo siguiente: “*Se dice presumirse el hecho que se deduce de ciertos antecedentes o circunstancias conocidas. Si estos antecedentes o circunstancias que dan motivo a la presunción son determinados por la ley, la presunción se llama legal. Se permitirá probar la no existencia del hecho que legalmente se presume, aunque sean ciertos los antecedentes o circunstancias de que lo infiere la ley; a menos que la ley misma rechace expresamente esta prueba, supuestos los antecedentes o circunstancias. Si una cosa, según la expresión de la ley, se presume de derecho, se entiende que es inadmisibile la prueba contraria, supuestos los antecedentes o circunstancias.*”. CHILE. 2000. Ministerio de Justicia. Decreto con Fuerza de Ley N° 1: fija texto refundido, coordinado y sistematizado del Código Civil (y otras leyes), mayo 2000.

Estas interrogantes debiesen ser resueltas considerando el segundo aspecto que puede apreciarse de la norma citada, a saber, que la presunción opera “cualquiera sea el porcentaje de participación en el capital, las utilidades o el derecho a voto” que tenga el contribuyente en la entidad extranjera.

Se hace presente que el Servicio de Impuestos Internos en la Circular N° 40 de 2016 se limita a transcribir el contenido de la norma, sin impartir instrucciones que permitan dar a conocer su interpretación en torno a estas interrogantes. Por su parte, no existen pronunciamientos particulares de dicha autoridad en torno a esta materia.

b.1) Interpretación que desconoce las palabras empleadas por el legislador

Una primera interpretación que puede existir en relación a la norma comentada consiste en señalar que en estos casos al contribuyente le bastaría acreditar que no se encuentra en alguna de las hipótesis de control que contempla el artículo 41 G referido, es decir (i) que no posee el 50% o más del capital, derecho a las utilidades, o derecho a voto en la entidad

extranjera, o bien (ii) que no posee facultades para elegir a la mayoría de sus administradores, modificar sus estatutos unilateralmente, o cambiar o remover a la mayoría de los administradores en forma unilateral.

Bajo esta interpretación, una persona que posee una participación de 1% en el capital de una entidad situada en un país de baja o nula tributación, podría desvirtuar la presunción referida acreditando que posee un porcentaje de participación (1%) que se encuentra bajo el umbral determinado por el legislador para la hipótesis de control (50% o más).

Para esta línea interpretativa, la frase *cualquiera sea el porcentaje de participación en el capital, las utilidades o el derecho a voto* que contiene la norma constituiría una mala técnica legislativa, que no tendría relevancia para los efectos de aplicar y desvirtuar la presunción.

b.2) Interpretación que reconoce las palabras empleadas por el legislador

Una segunda interpretación que puede existir en relación a la norma comentada consiste en sostener que en estos casos el contribuyente no

puede desvirtuar la presunción bajo análisis acreditando que posee menos de 50% del capital, derecho a las utilidades, o derecho a voto en la entidad extranjera.

Siguiendo con el ejemplo planteado, bajo esta interpretación una persona que posee una participación de 1% en el capital de una entidad situada en un país de baja o nula tributación no podría desvirtuar la presunción acreditando que posee un porcentaje de participación (1%) que se encuentra bajo el umbral determinado por el legislador como hipótesis de control (50% o más).

Para esta línea interpretativa la frase *cualquiera sea el porcentaje de participación en el capital, las utilidades o el derecho a voto* que contiene la norma tiene por objeto excluir la posibilidad de acreditar tales hechos para efectos de desvirtuar la presunción. En otras palabras, la presunción recibiría aplicación independientemente de cuál sea el porcentaje de participación en el capital, las utilidades o el derecho a voto que tenga el contribuyente en la entidad extranjera.

Si ello fuese así ¿qué es lo que podría acreditar el contribuyente para desvirtuar la presunción? A continuación daremos respuesta a esta interrogante.

3.2 OPINIÓN SOBRE LA CORRECTA INTERPRETACIÓN DE LA NORMA

La correcta interpretación del artículo 41 G de la Ley sobre Impuesto a la Renta es aquella que le otorga utilidad a la frase *“cualquiera sea el porcentaje de participación en el capital, las utilidades o el derecho a voto que tenga directa o indirectamente el contribuyente constituido, domiciliado, establecido o residente en Chile”*.

No parece razonable desde una lógica interpretativa sostener que el legislador haya incluido tal frase, de considerable extensión dentro de la norma en comento, en forma meramente caprichosa. Dichas palabras sólo pudieron haber sido incluidas con la finalidad de otorgar cierto sentido o alcance a la hipótesis de presunción de control analizada.

Por su parte, de acuerdo a las normas de interpretación de las leyes contenidas en el Código Civil⁹², no es posible desatender las palabras empleadas por el legislador en forma expresa en la letra A.- del artículo 41 G de la Ley sobre Impuesto a la Renta, por cuanto, a partir de una correcta lectura de la norma, se desprende el claro sentido de la misma.

La inclusión de la frase comentada tiene por objeto impedir a los contribuyentes que cumplen con los supuestos de hecho de la hipótesis de presunción de control probar la inexistencia de control por la vía de acreditar que tienen un porcentaje de participación en el capital, utilidades o derecho a voto inferiores a los que determina la ley para que se configuren las hipótesis de control respectivas.

En otras palabras, esta norma excluye la posibilidad de que un contribuyente acredite que se encuentra fuera de las hipótesis de control señaladas para efectos de desvirtuar la presunción.

⁹² CHILE. 2000. Ministerio de Justicia. Decreto con Fuerza de Ley N° 1: fija texto refundido, coordinado y sistematizado del Código Civil (y otras leyes), mayo 2000. Artículo 19.

Por lo tanto, sea que el contribuyente tenga 2% o 40% de participación en la entidad extranjera situada en un país de baja o nula tributación, o bien, 15% o 45% de los derechos a voto en la misma, se presume que éste controla dicha entidad en el extranjero, sin posibilidad de desvirtuar la presunción por la vía de acreditar que posee los porcentajes referidos.

Dado que en este caso nos encontramos ante una presunción de carácter simplemente legal ¿qué es lo que podría acreditar el contribuyente para desvirtuar la presunción?

Sería bastante extraño que el legislador le hubiese dado a esta presunción el carácter de simplemente legal, sin otorgarle alternativa alguna al contribuyente para desvirtuar la presunción. Lo cierto es que la ley no resuelve este punto en forma expresa.

A partir de un análisis integral del artículo 41 G de la Ley sobre Impuesto a la Renta es posible concluir que para desvirtuar la presunción el contribuyente debe acreditar que no posee facultades para elegir, cambiar o

remover (unilateralmente) a la mayoría de los administradores de la entidad extranjera, o modificar unilateralmente sus estatutos.

En efecto, en términos puros, una presunción de control podría ser desvirtuada si se acredita la inexistencia de control. Para estos efectos, sería necesario que el contribuyente pruebe que no se encuentre en alguna de las hipótesis de control contempladas en la ley, a saber, aquellas contempladas en el inciso primero e inciso segundo del N° 2 de la letra A.- del artículo 41 G referido.

Sin embargo, respecto de la hipótesis de presunción de control de entidades domiciliadas en países de baja o nula tributación, el legislador expresamente excluye la posibilidad de que el contribuyente acredite que no se encuentra en alguna en las hipótesis del inciso primero, del N° 2, de la letra A.- del referido artículo 41 G. Por lo tanto, en estos casos el contribuyente únicamente tiene la alternativa de acreditar que no se encuentra dentro de las hipótesis del inciso segundo, del N° 2, de la letra A.- del mismo artículo, a efectos de demostrar que no es un sujeto controlador y desvirtuar la presunción.

En este sentido, una persona que posee un 10% de participación en una entidad extranjera situada en un país de baja o nula tributación, para desvirtuar la presunción de control respectiva, no podría acreditar que tan solo posee un 10% de participación, pero sí podría acreditar que no posee facultades para elegir, cambiar o remover (unilateralmente) a la mayoría de sus administradores, o modificar unilateralmente sus estatutos.

3.3 ANÁLISIS DEL PROYECTO BEPS Y DERECHO COMPARADO

A) *Proyecto BEPS acción N°3*

El Proyecto BEPS de la OCDE, acción N° 3, contempla una serie de recomendaciones orientadas a definir cuándo una entidad extranjera se considera controlada para efectos de aplicar las normas de transparencia fiscal internacional.

De acuerdo a lo sostenido en dicho documento, la definición del control de una entidad extranjera exige determinar (i) el *tipo* de control requerido y (ii) el *nivel* de dicho control. Esta materia es analizada en el

capítulo IV de este trabajo, por resultar pertinente a la problemática que allí se analiza.

Se destaca que el Proyecto BEPS no contiene recomendaciones especiales relativas a presunciones de control para efectos de la aplicación de las normas de transparencia fiscal internacional. Por lo tanto, es posible que las legislaciones de cada país contemplen reglas especiales de presunciones de control de acuerdo a la orgánica, estructura o fines del ordenamiento jurídico respectivo.

B) Legislación comparada

b.1) Perú

Para que las entidades extranjeras se consideren controladas a efectos de aplicar el régimen de transparencia fiscal internacional establecido en la legislación peruana se requiere, entre otros aspectos, que éstas:

“...2. Estén constituidas o establecidas, o se consideren residentes o domiciliadas, de conformidad con las normas del Estado en el que se configure cualquiera de esas situaciones, en un país o territorio:

a) De baja o nula imposición, o

b) En el que sus rentas pasivas no estén sujetas a un impuesto a la renta, cualquiera fuese la denominación que se dé a este tributo, o estándolo, el impuesto sea igual o inferior al setenta y cinco por ciento (75%) del Impuesto a la Renta que correspondería en el Perú sobre las rentas de la misma naturaleza...”⁹³.

Como es posible advertir, para la ley peruana el hecho de que la entidad extranjera se encuentre domiciliada en un país de baja o nula tributación constituye uno de los presupuestos para que ésta se considere controlada. De manera que si un contribuyente domiciliado en Perú participa en una entidad extranjera que (i) no se encuentra domiciliada en un país de baja o nula tributación o (ii) se encuentre situada en un país que cumpla con los requisitos de tributación mínima indicados en la norma, dicha entidad no puede ser considerada controlada bajo ninguna circunstancia.

⁹³ PERÚ. Ministerio de Economía y Finanzas. 2004. Decreto Supremo N° 179-2004-EF: Texto único ordenado de la Ley del Impuesto a la Renta, diciembre 2004. Artículo 112°. El subrayado es mío.

Lo anterior constituye una diferencia importante con el régimen tributario de rentas pasivas chileno, bajo el cual una entidad extranjera se considera controlada de cumplirse con las hipótesis legales de control, con independencia de que ésta se encuentre domiciliada en un país de baja o nula tributación⁹⁴.

Otro de los requisitos que establece la normativa peruana para efectos de que la entidad extranjera se considere controlada por un contribuyente domiciliado en Perú consiste en que éste⁹⁵, al cierre del ejercicio respectivo, tenga una participación superior a 50% del capital, los resultados de dicha entidad o los derechos de voto en ésta. De este modo, si un contribuyente peruano posee tan solo un 1% de participación en las utilidades de una entidad domiciliada en un país de baja o nula tributación, éste no podría considerarse sujeto controlador.

⁹⁴ Ello sin perjuicio de que el régimen tributario de rentas pasivas no se aplica cuando las rentas pasivas de la entidad controlada se han gravado con impuestos a la renta cuya tasa efectiva es igual o superior a un 30% en el país donde se encuentra domiciliada, conforme a las normas que allí se apliquen.

⁹⁵ Por sí sólo o con personas relacionadas y directa o indirectamente.

Teniendo en cuenta lo anterior, y considerando lo señalado en las secciones 3.1 y 3.2 de este capítulo, la presunción de control de entidades domiciliadas en países de baja o nula tributación establecida en la legislación chilena constituye una verdadera agravante dentro del régimen tributario de rentas pasivas, por cuanto en virtud de su aplicación el controlador domiciliado o residente en Chile no podría acreditar la inexistencia de control por la vía de demostrar que posee un porcentaje de participación en el capital, utilidades o derecho a voto de la entidad extranjera inferior a 50%.

Cabe señalar que la legislación peruana no contiene ninguna presunción de control como la contenida en el artículo 41 G de la Ley sobre Impuesto a la Renta que es objeto de análisis, lo cual puede explicarse en la estructura misma de su régimen de transparencia fiscal internacional.

b.2) Estados Unidos

A diferencia de la legislación peruana, la legislación estadounidense⁹⁶ establece la aplicación general del régimen en comento respecto de entidades que se encuentren domiciliadas en el extranjero, en la medida en que se consideren controladas por un contribuyente domiciliado en Estados Unidos (según se explicó en el capítulo anterior de este trabajo). Es decir, la normativa de este país no exige que la entidad extranjera se encuentre situada en un país de baja o nula tributación para hacer efectiva la aplicación del régimen, siendo similar a la legislación chilena en ese sentido.

Sin embargo, la legislación estadounidense no contempla hipótesis de presunción de control para los casos en que la entidad extranjera se encuentre domiciliada en países de baja o nula jurisdicción.

⁹⁶ ESTADOS UNIDOS, Internal Revenue Code. 1986. Subtítulo A, capítulo 1, subcapítulo N, Parte III, Sub parte F, secciones 951 a 965.

b.3) México

Según se señaló en el capítulo anterior, el régimen tributario de rentas pasivas establecido en la legislación mexicana recibe aplicación, en términos generales, en los casos en que un contribuyente domiciliado en México participa en una entidad jurídica extranjera situada en un país que tenga un régimen fiscal preferente, o bien, en una entidad jurídica extranjera que sea transparente fiscal en el extranjero⁹⁷⁻⁹⁸.

Ahora bien, no basta cualquier tipo de participación en la entidad extranjera para que el régimen sea aplicable, sino que se requiere una participación que permita al contribuyente domiciliado en México tener el control efectivo de éstas o el control de su administración, de modo tal que pueda decidir el momento de la distribución de las rentas. Al respecto la Ley del Impuesto sobre la Renta de México establece lo siguiente:

⁹⁷ El inciso primero del artículo 176 de la Ley del Impuesto sobre la Renta de México, establece lo siguiente: “*Los residentes en México y los residentes en el extranjero con establecimiento permanente en el país, están obligados a pagar el impuesto conforme a lo dispuesto en este Capítulo, por los ingresos sujetos a regímenes fiscales preferentes que obtengan a través de entidades o figuras jurídicas extranjeras en las que participen, directa o indirectamente, en la proporción que les corresponda por su participación en ellas, así como por los ingresos que obtengan a través de entidades o figuras jurídicas extranjeras que sean transparentes fiscales en el extranjero.*”. MÉXICO. 2013. Ley del Impuesto sobre la Renta, diciembre 2013.

⁹⁸ Para estos efectos, la legislación mexicana contempla definiciones de regímenes fiscales preferentes y entidades extranjeras transparentes fiscales.

“...No se considerarán ingresos sujetos a régimen fiscal preferente, los que se generen con motivo de una participación promedio por día en entidades o figuras jurídicas extranjeras que no le permita al contribuyente tener el control efectivo de ellas o el control de su administración, a grado tal, que pueda decidir el momento de reparto o distribución de los ingresos, utilidades o dividendos de ellas, ya sea directamente o por interpósita persona...”⁹⁹.

Una observación que puede hacerse en esta materia consiste en que las hipótesis de control establecidas en la legislación mexicana son bastante más genéricas que las hipótesis de control contenidas en el artículo 41 G de la Ley sobre Impuesto a la Renta, norma que contiene criterios más delimitados y objetivos en la determinación del control, según se vio anteriormente.

⁹⁹ MÉXICO. 2013. Ley del Impuesto sobre la Renta, diciembre 2013. Artículo 176.

La norma transcrita continúa señalando lo siguiente:

“...Para estos efectos, se presume salvo prueba en contrario, que el contribuyente tiene control de las entidades o figuras jurídicas extranjeras que generan los ingresos sujetos a regímenes fiscales preferentes.”¹⁰⁰.

Esta presunción tiene por finalidad establecer, con carácter general, la obligación del contribuyente domiciliado en México de acreditar ante la autoridad fiscal que no posee el control efectivo o el control de la administración de la entidad extranjera, en los términos antes señalados¹⁰¹. En otras palabras, el sistema tributario general de rentas pasivas aplicable respecto de entidades situadas en regímenes fiscales preferentes lleva envuelta la presunción de que el residente mexicano controla dicha entidad, sin perjuicio de que pueda probar lo contrario.

Como se puede apreciar, la hipótesis de presunción de control establecida en la legislación mexicana difiere de la hipótesis de presunción

¹⁰⁰ De acuerdo al tenor literal de la norma, la presunción de control se encontraría establecida únicamente respecto de entidades situadas en países con regímenes fiscales preferentes, y no respecto de entidades transparentes fiscales.

¹⁰¹ COLEGIO DE CONTADORES PÚBLICOS DE MÉXICO. 2006. Investigación Fiscal, Regímenes Fiscales Preferentes. Boletín de la Comisión de Investigación Fiscal, N° 181. [en línea] <<https://www.ccpm.org.mx/avisos/boletines/boletinenero06.pdf>> [consulta: 10 junio 2018]. 10p.

de control establecida en la ley chilena analizada en el presente capítulo. Por un lado, la presunción de control chilena recibe aplicación con carácter excepcional -dada la estructura del régimen tributario de rentas pasivas- respecto de entidades extranjeras situadas en países de baja o nula tributación, en cambio, la presunción de control mexicana recibe aplicación respecto de entidades situadas en países con régimen fiscal preferente, pero con carácter general dada la estructura del régimen mexicano.

Por otro lado, la presunción de control chilena analizada se encuentra establecida como una agravante, en el sentido de que el controlador domiciliado o residente en Chile no podría acreditar la inexistencia de control por la vía de demostrar que posee un porcentaje de participación en el capital, utilidades o derecho a voto de la entidad extranjera inferior al 50%. En cambio, la presunción de control mexicana tiene por finalidad alterar la carga de la prueba en materia de control.

3.4 PROPUESTAS

Según ha sido señalado, una correcta lectura de la norma que establece la hipótesis de presunción de control comentada, lleva a la conclusión de que, para efectos de desvirtuar la presunción, un contribuyente no debe -ni le es útil- acreditar que tiene un porcentaje de participación en el capital, utilidades o derecho a voto de la entidad domiciliada en el país de baja o nula tributación inferior a los que determina la ley para las hipótesis de control (50% o más), sino que debe acreditar que no posee facultades para elegir, cambiar o remover (unilateralmente) a la mayoría de sus administradores, o modificar unilateralmente sus estatutos.

Sin embargo, no es posible desconocer que la redacción de la norma no es del todo clara, lo que ha dado lugar a una interpretación distinta de la señalada, generando incertidumbre para los contribuyentes y, por tanto, afectando su toma de decisiones.

Por este motivo, se propone modificar la norma comentada -artículo 41 G, letra A.-, N° 2, inciso tercero, de la Ley sobre Impuesto a la Renta- en

el sentido de que ésta establezca en forma expresa que, para efectos de desvirtuar la presunción de control, el contribuyente sólo podrá acreditar que no se encuentra en alguna de las circunstancias señaladas en el inciso segundo, del N° 2), de la letra A.-, del artículo 41 G de la Ley sobre Impuesto a la Renta, es decir, que no posee facultades para elegir, cambiar o remover (unilateralmente) a la mayoría de sus administradores o directores, o modificar unilateralmente sus estatutos.

De esta forma, la norma excluiría clara y expresamente la posibilidad de que un contribuyente desvirtúe la presunción por la vía de acreditar algunas de las circunstancias señaladas en el inciso primero, del N° 2), de la letra A.-, del referido artículo 41 G, es decir, demostrando que tiene un porcentaje de participación en el capital, utilidades o derecho a voto de la entidad extranjera inferior a 50%.

En este sentido, la implementación de esta propuesta dotaría de mayor certeza al régimen tributario de rentas pasivas en esta materia.

Por su parte, con la modificación propuesta se refuerza el carácter de agravante que tiene la presunción de control comentada dentro del régimen tributario de rentas pasivas chileno, el cual se caracteriza por recibir aplicación con carácter general respecto de cualquier entidad situada en el extranjero¹⁰², a diferencia del régimen de transparencia fiscal internacional establecido en las legislaciones de Perú y México.

Se hace presente que el Proyecto BEPS de la OCDE no contiene ninguna recomendación especial sobre esta materia que sirva de modelo para el caso chileno.

¹⁰² Salvo que las rentas pasivas de la entidad controlada se hayan gravado con impuestos a la renta cuya tasa efectiva sea igual o superior a 30% en el país donde se encuentra domiciliada, conforme a las normas que allí se apliquen.

CAPÍTULO IV: RECONOCIMIENTO DE RENTAS PASIVAS EN CHILE EN CASO DE HIPÓTESIS DE CONTROL QUE NO IMPLICAN PARTICIPACIÓN EN LA ENTIDAD EXTRANJERA CONTROLADA

4.1 PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

A) Introducción

De acuerdo a lo dispuesto en la letra A.- del artículo 41 G de la Ley sobre Impuesto a la Renta, para efectos de la aplicación del régimen tributario de rentas pasivas, se entiende que una entidad extranjera es controlada por un contribuyente domiciliado o residente en Chile cuando al cierre del ejercicio respectivo o en cualquier momento durante los doce meses precedentes, éste, por sí solo o en conjunto y en la proporción que corresponda con personas relacionadas, posea directa o indirectamente en dicha entidad, el 50% o más de: (i) el capital; (ii) el derecho a las utilidades o (iii) los derechos a voto.

Del mismo modo, se entiende que los contribuyentes domiciliados o residentes en Chile controlan una entidad domiciliada en el extranjero si directa o indirectamente, por sí o en conjunto con personas relacionadas, poseen facultades para: (i) elegir o hacer elegir a la mayoría de sus directores o administradores; (ii) modificar sus estatutos unilateralmente o (iii) cambiar o remover a la mayoría de los directores o administradores en forma unilateral.

Los contribuyentes que se encuentren en alguno de los supuestos que configuran las hipótesis de control señaladas, deben proceder a reconocer en el país, al término del ejercicio, las rentas pasivas que obtenga la entidad controlada en el extranjero en conformidad a lo dispuesto en la letra D.- del referido artículo 41 G, sin perjuicio de las excepciones legales¹⁰³.

Con respecto a la forma de reconocer en Chile las rentas pasivas obtenidas por la entidad controlada extranjera, la norma señalada establece lo siguiente:

¹⁰³ Para estos efectos véase el capítulo I de este trabajo que contiene una descripción general del régimen tributario de rentas pasivas contenido en el artículo 41 G de la Ley sobre Impuesto a la Renta.

“Las rentas pasivas percibidas o devengadas por las entidades controladas, se considerarán a su vez percibidas o devengadas por sus propietarios constituidos, domiciliados, establecidos o residentes en Chile, al cierre del ejercicio respectivo, conforme a las siguientes reglas:

1. Las rentas pasivas se considerarán percibidas o devengadas por los propietarios domiciliados o residentes en Chile, en proporción a la participación, directa o indirecta, que ellos tengan en la entidad controlada. Para los efectos de determinar dicha proporción, el Servicio podrá ejercer las facultades de fiscalización que correspondan”¹⁰⁴.

Como se puede apreciar, la norma en comento establece que las rentas pasivas de la entidad controlada extranjera deben ser atribuidas a sus *propietarios* en proporción a la *participación* que tengan en la entidad controlada, regla que resulta claramente aplicable a los casos en que el contribuyente domiciliado o residente en Chile posee el 50% o más de: (i) el capital; (ii) el derecho a las utilidades o (iii) los derechos a voto.

¹⁰⁴ Artículo 41 G, letra D.-, N° 1, de la Ley sobre Impuesto a la Renta. El subrayado es mío.

Sin embargo, el artículo 41 G de la Ley sobre Impuesto a la Renta no contiene una disposición expresa que regule la atribución de rentas pasivas de la entidad controlada respecto de contribuyentes domiciliados o residentes en el país que controlan una entidad extranjera por poseer facultades para: (i) elegir o hacer elegir a la mayoría de sus directores o administradores; (ii) modificar sus estatutos unilateralmente o (iii) cambiar o remover a la mayoría de los directores o administradores en forma unilateral.

Según se verá en la sección 4.3 de este capítulo, podría interpretarse que respecto de estos contribuyentes las rentas pasivas obtenidas por la entidad extranjera controlada serían atribuibles en la medida en que, además, participen en la propiedad de la entidad extranjera, en la proporción correspondiente. Sin embargo, ello no se encuentra regulado con claridad en la disposición citada.

Lo cierto es que el empleo de la palabra *propietarios*, y el establecimiento de reglas de reconocimiento aplicables únicamente a éstos, por parte del legislador, corresponde a una evidente mala técnica legislativa.

En efecto, la letra D.- del artículo 41 G de la Ley sobre Impuesto a la Renta es la única norma dentro del referido artículo que regula la forma de reconocer en Chile las rentas pasivas de entidades controladas en el extranjero. Por tanto, esta norma necesariamente debiese abarcar y hacerse cargo de todas las hipótesis de control y presunción de control que contiene el artículo 41 G referido, a fin de evitar ambigüedades dentro del régimen tributario de rentas pasivas que puedan afectar la toma de decisiones de los contribuyentes. Evidentemente, si el legislador expresamente estableció hipótesis de control y presunción de control distintas de aquellas que implican participación en la propiedad de la entidad extranjera, lo hizo con la finalidad de que fuesen aplicadas.

En este sentido, el Servicio de Impuestos Internos en la Circular N° 40 de 2016, teniendo en cuenta la mala técnica legislativa comentada, en la sección relativa a la forma de reconocer en Chile las rentas pasivas emplea la palabra “controladores” en lugar de la palabra “propietarios” contenida en el artículo 41G referido¹⁰⁵.

¹⁰⁵ La Circular N° 40 de 2016 del Servicio de Impuestos Internos, en el apartado II, sección 4, establece lo siguiente: “*El artículo 41 G letra D de la LIR dispone que las rentas pasivas percibidas o devengadas por las entidades controladas, se considerarán a su vez percibidas o devengadas por*”

B) Problema de interpretación

Debido a que los contribuyentes que se encuentran en algunas de las hipótesis de control que no implican participación en la propiedad de la entidad extranjera debiesen reconocer en Chile las rentas pasivas obtenidas por dicha entidad, surge la siguiente interrogante ¿de qué forma debiesen reconocer dichas rentas pasivas en el país, teniendo en cuenta que la letra D.- del artículo 41 G de la Ley sobre Impuesto a la Renta únicamente regula la forma de reconocer tales rentas respecto de *propietarios* domiciliados o residentes en Chile?

Éste es el problema de interpretación que se analiza en el presente capítulo.

sus controladores, al cierre del ejercicio respectivo, en conformidad a las siguientes reglas: i) Las rentas pasivas se considerarán percibidas o devengadas por los controladores, y en proporción a la participación, directa o indirecta, que ellos tengan en la entidad controlada...". El subrayado es mío.

C) Contribuyente que no es propietario de la entidad controlada extranjera al término del ejercicio y reconocimiento de las rentas pasivas en Chile

Previo al análisis del problema interpretativo que se plantea en este capítulo, es necesario responder la siguiente pregunta: ¿el contribuyente que se encuentra en algunas de las hipótesis de control que no implican participación en la propiedad de la entidad extranjera, y que efectivamente no posee participación alguna en dicha propiedad, debiese reconocer en Chile al término del ejercicio las rentas pasivas que dicha entidad obtenga, si en definitiva no se beneficiará de esas rentas?

c.1) Argumentos a favor

En relación a la interrogante planteada debe tenerse presente que, según se señaló en los capítulos I y II de este trabajo, el artículo 41 G de la Ley sobre Impuesto a la Renta fue establecido en el sistema de tributación a la renta chileno con la finalidad de ajustarse al Proyecto BEPS de la OCDE.

Según fue explicado, de acuerdo al plan de acción N° 3 del Proyecto BEPS, las normas de transparencia fiscal internacional no sólo se preocupan

del *diferimiento* de impuestos a largo plazo, sino que también del *traslado de beneficios* desde la jurisdicción en la cual se desarrollan las actividades económicas y se crea o genera valor hacia otras jurisdicciones, con fines tributarios (en todo o parte).

En efecto, desde un punto de vista de política fiscal:

“Las normas de TFI¹⁰⁶ están generalmente concebidas como medidas disuasorias. En otras palabras, su objetivo primordial no es recaudar impuestos sobre la renta de la SEC¹⁰⁷. Por el contrario, buscan disuadir a los contribuyentes de trasladar rentas a sus SEC, protegiendo de este modo la recaudación al garantizar que estos beneficios permanezcan en la base imponible de la matriz o de otras sociedades del grupo...”¹⁰⁸.

Es decir, una de las finalidades de los regímenes de transparencia fiscal internacional consistiría en cambiar el comportamiento de los contribuyentes, en el sentido de que éstos no trasladen beneficios o

¹⁰⁶ Transparencia fiscal internacional.

¹⁰⁷ Sociedad extranjera controlada.

¹⁰⁸ OCDE. Acción 3-Informe final 2015. Op. Cit. 13p. El subrayado es mío.

ganancias hacia jurisdicciones distintas de aquellas en las que se crea o genera valor.

En este sentido, la acción N° 3 del Proyecto BEPS sostiene que:

“...Al gravar las rentas de la SEC¹⁰⁹, las normas de TFI¹¹⁰ provocarán sin duda un incremento en la recaudación. Pero es probable que, una vez adoptadas, contribuyan a reducir el nivel de rentas trasladadas a las SEC...”¹¹¹.

Teniendo en cuenta que el régimen tributario de rentas pasivas establecido en la ley chilena ha sido establecido sobre la base de las recomendaciones formuladas por el Proyecto BEPS de la OCDE¹¹², no es posible desconocer que éste, desde un punto de vista política fiscal, cumple una función como medida disuasoria, en el sentido de que no sólo busca evitar el diferimiento de impuestos a largo plazo, sino que también busca

¹⁰⁹ Sociedad extranjera controlada.

¹¹⁰ Transparencia fiscal internacional.

¹¹¹ OCDE. Acción 3-Informe final 2015. Op. Cit. 13p. El subrayado es mío.

¹¹² Véase el Mensaje del Presidente de la República con el que se inicia el proyecto de la Ley N° 20.780 de 2014, en el cual se señala expresamente que con la incorporación del artículo 41 G en la Ley sobre a la Renta se buscó que Chile convergiera con los estándares contra la elusión y evasión establecidos en el Proyecto BEPS de la OCDE. Santiago, 01 de abril de 2014. Mensaje N° 24-362.

evitar que los contribuyentes trasladen sus rentas a jurisdicciones distintas de aquella en la cual se desarrolla la actividad y se genera valor.

De esta forma, puede ser justificable que los contribuyentes que se encuentran en algunas de las hipótesis de control que no implican participación en la propiedad de la entidad extranjera, y que efectivamente no poseen participación en la propiedad de la misma al término del ejercicio, tributen con impuestos en Chile en virtud del régimen tributario de rentas pasivas, ya que estos contribuyentes podrían facilitar que otros contribuyentes que participen en la propiedad de una entidad extranjera -sin controlarla-, tomen la decisión de trasladar beneficios generados por actividades económicas desarrolladas en Chile hacia el país en que se encuentra situada la entidad extranjera, cuestión que, como se vio, las normas de transparencia fiscal internacional pretenden evitar.

c.2) Argumentos en contra

Como argumento en contra de lo señalado, podría sostenerse que los hechos gravados establecidos por el legislador en virtud del principio

constitucional de la legalidad¹¹³ se caracterizan por ser demostrativos de la capacidad contributiva de algún sujeto. Así, por ejemplo, en el impuesto a la renta el hecho gravado está configurado por el incremento patrimonial que experimenta un contribuyente, en el impuesto a las ventas y servicios el hecho gravado está configurado por las transferencias de dominio de bienes corporales muebles e inmuebles a título oneroso y servicios remunerados, y en el impuesto de timbres y estampillas el hecho gravado -genérico- está configurado por ciertas operaciones de financiamiento que se encuentren documentadas. En otras palabras, los hechos gravados establecidos en la ley tienen por esencia un contenido económico que permite que sean valorizados o cuantificados por medio de la base imponible¹¹⁴.

En este sentido, podría ser cuestionable que el artículo 41 G de la Ley sobre Impuesto a la Renta reciba aplicación respecto de sujetos que se

¹¹³ El artículo 65, inciso cuarto, N° 1, de la Constitución Política de la República establece lo siguiente: “*Corresponderá, asimismo, al Presidente de la República la iniciativa exclusiva 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...*”. Esta norma debe relacionarse con lo dispuesto en el artículo 63 N° 14 del mismo cuerpo normativo. 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, septiembre 2005.

¹¹⁴ De acuerdo al principio de legalidad tributaria consagrado en la Constitución Política de la República, todos los elementos de la obligación tributaria deben encontrarse definidos o determinados por el legislador, a saber, el hecho gravado, el sujeto pasivo, la base imponible y la tasa del impuesto.

consideran controladores por poseer facultades para: (i) elegir o hacer elegir a la mayoría de sus directores o administradores; (ii) modificar sus estatutos unilateralmente o (iii) cambiar o remover a la mayoría de los directores o administradores en forma unilateral; y que no participan en la propiedad de la entidad extranjera, ya que tales hipótesis no serían demostrativas de una capacidad contributiva de los sujetos que incurren en las mismas. En efecto, en estas situaciones los sujetos involucrados no experimentarían ningún tipo de incremento patrimonial, que es el hecho gravado con el impuesto a la renta¹¹⁵.

Por otro lado, debe tenerse presente que la Constitución Política de la República consagra el principio de igualdad en materia tributaria, en virtud del cual se asegura la igual repartición de los tributos *en proporción a las rentas* o en la progresión o forma que fije la ley¹¹⁶. En virtud de este principio el legislador podría establecer desigualdades en materia tributaria

¹¹⁵ Artículos 1º y 2º Nº1 de la Ley sobre Impuesto a la Renta.

¹¹⁶ El artículo 19 Nº 20, inciso primero, de la Constitución Política de la República establece lo siguiente: “*La Constitución asegura a todas las personas: 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 cargas públicas...*”. 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, septiembre 2005.

entre los contribuyentes, en la medida en que no sean arbitrarias, respecto de lo cual se ha sostenido lo siguiente:

“De acuerdo a la doctrina nacional, las fuentes del establecimiento de diferencias pueden tener su origen en: a) la capacidad contributiva o capacidad de pago; b) el origen de las rentas, esto es, rentas de capital o trabajo; y c) el beneficio de los contribuyentes¹¹⁷”.

Como se puede apreciar, los criterios sobre los que opera el principio constitucional de igualdad en materia tributaria se encuentran directamente vinculados con la capacidad contributiva o capacidad de pago de los contribuyentes. Por tanto, razonablemente podría sostenerse que la aplicación del régimen tributario de rentas pasivas respecto de contribuyentes que no son propietarios de la entidad extranjera podría vulnerar el referido principio.

Asimismo, debe tenerse presente que la Constitución Política de la República consagra el principio de no confiscatoriedad en materia

¹¹⁷ NAVARRO, E. 2011. Principios de Derecho Constitucional Tributario Chileno. En: CUÉTARA, J., MARTÍNEZ, J. y VILLAR, F. Derecho Administrativo y Regulación Económica. España, La Ley, 681-699.

tributaria, en virtud del cual la ley no puede establecer tributos manifiestamente desproporcionados o injustos¹¹⁸.

La Doctrina ha sostenido que un tributo tiene el carácter de confiscatorio:

“...cuando el monto de su tasa es irrazonable, lo que ocurre cuando ocasiona el aniquilamiento del derecho de propiedad en su esencia o en cualquiera de sus atributos, esto es, cuando equivale a una parte sustancial del valor del capital, renta o utilidad.”¹¹⁹.

Como es posible advertir, los criterios sobre los que opera el principio constitucional de no confiscatoriedad en materia tributaria también se encuentran vinculados con la capacidad contributiva o capacidad de pago de los contribuyentes (capital, renta o utilidad), pudiendo argumentarse que la aplicación del régimen tributario de rentas pasivas

¹¹⁸ El artículo 19 N° 20, inciso segundo, de la Constitución Política de la República establece lo siguiente: “*En ningún caso la ley podrá establecer tributos manifiestamente desproporcionados o injustos*”. 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, septiembre 2005.

¹¹⁹ NAVARRO, E. 2011. Principios de Derecho Constitucional Tributario Chileno. En: CUÉTARA, J., MARTÍNEZ, J. y VILLAR, F. Derecho Administrativo y Regulación Económica. España, La Ley, 681-699. El subrayado es mío.

respecto de contribuyentes que no son propietarios de la entidad extranjera podría vulnerar este principio, sobre todo considerando que tales contribuyentes eventualmente podrían no tener capital o renta alguno con el cual hacerse cargo del pago del impuesto.

4.2 JURISPRUDENCIA ADMINISTRATIVA DEL SERVICIO DE IMPUESTOS INTERNOS (“GRADO DE CONTROL”)

En materia de reconocimiento de las rentas pasivas obtenidas por una entidad extranjera, el Servicio de Impuestos Internos ha sostenido que éstas deben ser reconocidas por los *controladores* domiciliados o residentes en Chile, en proporción a la participación que tengan en la entidad controlada. En este sentido, la Circular N° 40 de 2016 establece lo siguiente:

“El artículo 41 G letra D de la LIR dispone que las rentas pasivas percibidas o devengadas por las entidades controladas, se considerarán a su vez percibidas o devengadas por sus controladores, al cierre del ejercicio respectivo, en conformidad a las siguientes reglas:

i) Las rentas pasivas se considerarán percibidas o devengadas por los controladores, y en proporción a la participación, directa o indirecta, que ellos tengan en la entidad controlada¹²⁰”.

El empleo de la palabra *controladores* en lugar de la palabra *propietarios* -empleada en letra D.- del artículo 41 G de la Ley sobre Impuesto a la Renta¹²¹- es demostrativo de la intención del Servicio de Impuestos Internos de extender la aplicación de las reglas de reconocimiento de rentas pasivas a todas las hipótesis de control contenidas en la norma, y no únicamente a las hipótesis de control por participación en la propiedad de la entidad extranjera respectiva, según fue comentado en el capítulo II. De esta forma, según se señaló, se le otorga utilidad a todas las hipótesis de control contenidas en el referido artículo 41 G.

Respecto de las hipótesis de control que implican participación en la propiedad de la entidad extranjera, la autoridad fiscal ha sostenido que:

¹²⁰ Circular N° 40 de 2016 del Servicio de Impuestos Internos, apartado II, N°4. El subrayado es mío.

¹²¹ El artículo 41 G letra D.- de la Ley sobre Impuesto a la Renta establece lo siguiente: “*Las rentas pasivas percibidas o devengadas por las entidades controladas, se considerarán a su vez percibidas o devengadas por sus propietarios constituidos, domiciliados, establecidos o residentes en Chile, al cierre del ejercicio respectivo, conforme a las siguientes reglas:*

1. Las rentas pasivas se considerarán percibidas o devengadas por los propietarios domiciliados o residentes en Chile, en proporción a la participación, directa o indirecta, que ellos tengan en la entidad controlada...”. El subrayado es mío.

“Por «proporción a la participación» debe entenderse en este caso, el porcentaje de participación directa o indirecta en el derecho a las utilidades de la entidad, y en caso de no existir dicho pacto, en la proporción en que se haya aportado directa o indirectamente el capital...¹²²”.

Por su parte, respecto de las hipótesis de control que no implican participación en la propiedad de la entidad extranjera, el Servicio de Impuestos Internos ha sostenido lo siguiente:

“En los demás supuestos de control contemplados en la norma, distintos de los mencionados anteriormente, se entenderá por «proporción a la participación» el grado directo o indirecto de control efectivo que se tenga en la entidad controlada. Este grado de control será acreditado por el contribuyente de acuerdo a las normas generales, sin perjuicio del análisis y conclusiones que este Servicio efectúe al respecto en un proceso de fiscalización¹²³”.

En otras palabras, la autoridad fiscal ha establecido que los contribuyentes que se consideran controladores de la entidad extranjera por poseer facultades para: (i) elegir o hacer elegir a la mayoría de sus

¹²² Circular N° 40 de 2016 del Servicio de Impuestos Internos, apartado II, N°4. En el mismo sentido el Oficio N° 728 de 2018 del Servicio de Impuestos Internos.

¹²³ Circular N° 40 de 2016 del Servicio de Impuestos Internos, apartado II, N°4. El subrayado es mío.

directores o administradores; (ii) modificar sus estatutos unilateralmente o (iii) cambiar o remover a la mayoría de los directores o administradores en forma unilateral, deben reconocer en Chile las rentas pasivas de dicha entidad en función de su proporción a la participación, la que para estos efectos se determina según el *grado de control efectivo* que tengan en dicha entidad extranjera.

Como se puede apreciar, las instrucciones impartidas por la autoridad fiscal sobre esta materia establecen un concepto *-grado de control efectivo-* que no se encuentra contemplado en la ley, lo cual respondería a la necesidad de regular, conforme a los principios del Proyecto BEPS en esta materia, especialmente en lo que dice relación con la función disuasoria de las normas de transparencia fiscal internacional, una situación que el legislador no previó en forma expresa.

Sin embargo, en tales instrucciones el Servicio de Impuestos Internos no señala qué es lo que debe entenderse por *grado de control efectivo* ni tampoco establece criterios objetivos ni subjetivos que permitan determinar los casos en que dicho grado de control se configuraría, limitándose a

señalar que los contribuyentes deben acreditar el referido grado de control de acuerdo a las normas generales y sin perjuicio de las conclusiones adoptadas por la autoridad fiscal en un proceso de fiscalización.

Lo anterior genera sin lugar a dudas gran incertidumbre para los contribuyentes que se encuentran en alguna de las hipótesis de control que no implican participación en la propiedad de la entidad extranjera, para efectos de reconocer las rentas pasivas obtenidas por dicha entidad.

Por lo demás, debe tenerse presente que el criterio adoptado por el Servicio de Impuestos Internos en esta materia podría ser cuestionado a la luz de los principios constitucionales del ordenamiento jurídico chileno, conforme a lo señalado precedentemente.

4.3 OPINIÓN SOBRE LA CORRECTA INTERPRETACIÓN DE LA NORMA

Según se ha visto, la letra D.- del artículo 41 G de la Ley sobre Impuesto a la Renta no contiene una regla especial que regule la forma de atribución de las rentas pasivas de la entidad extranjera respecto de los

sujetos que se encuentran en alguna de las hipótesis de control que no implican participación en la propiedad de dicha entidad, limitándose a establecer el mecanismo de reconocimiento de dichas rentas respecto de los sujetos que son *propietarios* de esa entidad domiciliados o residentes en Chile. Al respecto, la norma señalada dispone lo siguiente:

“Las rentas pasivas percibidas o devengadas por las entidades controladas, se considerarán a su vez percibidas o devengadas por sus propietarios constituidos, domiciliados, establecidos o residentes en Chile, al cierre del ejercicio respectivo, conforme a las siguientes reglas:

1. Las rentas pasivas se considerarán percibidas o devengadas por los propietarios domiciliados o residentes en Chile, en proporción a la participación, directa o indirecta, que ellos tengan en la entidad controlada. Para los efectos de determinar dicha proporción, el Servicio podrá ejercer las facultades de fiscalización que correspondan...”¹²⁴.

Debido a que los contribuyentes que se consideran controladores por poseer facultades para elegir, cambiar o remover (unilateralmente) a la

¹²⁴ Artículo 41 G, letra D.-, N°1, de la Ley sobre Impuesto a la Renta.

mayoría de los administradores de la entidad extranjera, o modificar unilateralmente sus estatutos, pueden, a su vez, participar en el capital, derecho a las utilidades o derecho a voto de la entidad extranjera, razonablemente podría interpretarse, en base a la disposición citada, que a dichos controladores debería atribuírseles renta pasiva *exclusivamente en proporción a su participación en la propiedad de la entidad extranjera*. De este modo, si un sujeto posee facultades para nombrar a la mayoría de los administradores de una entidad extranjera, pero tan sólo posee un 1% de participación en la misma, al término del ejercicio se le debería atribuir la renta pasiva obtenida por dicha entidad en proporción a esa participación.

El problema que tendría este mecanismo de atribución es que no guarda relación con el grado de influencia que pueden ejercer estos contribuyentes sobre la entidad extranjera, siendo inadecuado para cumplir con la finalidad disuasoria que es común a los regímenes de transparencia fiscal internacional de acuerdo al Proyecto BEPS.

Teniendo en cuenta lo anterior, cabe preguntarse qué ocurre cuando un contribuyente (i) es considerado controlador por poseer facultades para

elegir, cambiar o remover (unilateralmente) a la mayoría de los administradores de la entidad extranjera, o modificar unilateralmente sus estatutos y (ii) no posee participación alguna en el capital, derecho a las utilidades o derecho a voto de la entidad extranjera

Lo cierto es que el legislador no regula esta materia, no existiendo norma alguna dentro del artículo 41 G de la Ley sobre Impuesto a la Renta que permita atribuir las rentas pasivas obtenidas por la entidad controlada a tales contribuyentes. Por tanto, en estos casos estaríamos en presencia de un sujeto que, si bien se considera controlador por aplicación de la letra A.- del artículo 41 G de la Ley sobre Impuesto a la Renta, no debería reconocer renta pasiva alguna de la entidad extranjera controlada de acuerdo a lo establecido en la letra D.- de esa norma.

En este contexto, toda labor interpretativa que determine la atribución de las rentas pasivas de la entidad extranjera a dichos contribuyentes constituye, en realidad, una verdadera labor de creación de Derecho, cuestión que es de exclusiva competencia del legislador. En este sentido, la

interpretación del Servicio de Impuestos Internos sobre esta materia¹²⁵, analizada en la sección anterior, no se encontraría ajustada al ordenamiento jurídico chileno, por cuanto importa la creación de una norma de atribución de rentas pasivas para casos no contemplados por el legislador.

Teniendo en cuenta que la ambigüedad de la norma de reconocimiento de rentas pasivas genera incertidumbre en los contribuyentes (afectando su toma de decisiones), y a su vez deja espacio para interpretaciones que podrían ser contrarias al ordenamiento jurídico chileno, es de suma importancia que el legislador regule esta materia en forma expresa dentro del artículo 41 G de la Ley sobre Impuesto a la Renta.

¹²⁵ Contenida en la Circular N° 40 de 2016, Servicio de Impuestos Internos.

4.4 ANÁLISIS DEL PROYECTO BEPS Y DERECHO COMPARADO

A) Proyecto BEPS acción N° 3

a.1) Definición de control

El Proyecto BEPS de la OCDE, acción N° 3, contempla una serie de recomendaciones orientadas a definir cuándo una entidad extranjera se considera controlada para efectos de aplicar las normas de transparencia fiscal internacional, señalando al respecto, como observación general, lo siguiente:

“A la hora de determinar si las normas de TFI resultan aplicables, toda jurisdicción debe tener en cuenta dos cuestiones: (i) si nos encontramos ante un tipo de entidad que pudiera llegar a tener la consideración de SEC¹²⁶ y (ii) si la sociedad matriz tiene un grado suficiente de influencia o control sobre la entidad no residente para que ésta pueda constituir una SEC¹²⁷”.

¹²⁶ Sociedad extranjera controlada.

¹²⁷ OCDE. Acción 3-Informe final 2015. Op. Cit. 23p. El subrayado es mío.

En el presente apartado se analizan las recomendaciones orientadas a definir el grado de control requerido para la aplicación de las normas en comento, particularmente las relacionadas con el *tipo* de control aplicable, teniendo en cuenta que la definición del control de una entidad extranjera exige determinar (i) el *tipo* de control requerido y (ii) el *nivel* de dicho control¹²⁸.

El Proyecto BEPS distingue al efecto 4 tipos (o test) de control: (i) jurídico; (ii) económico; (iii) de facto y (iv) basado en la consolidación, señalando lo siguiente como recomendación general:

“A los efectos de definir el grado de control requerido, se recomienda que las normas de TFI¹²⁹ contengan un test de control jurídico y otro de control económico, de manera que la satisfacción de cualquiera de ellos lleve a concluir que existe control. Los países también pueden incorporar un test de control de facto para impedir la elusión de los otros dos...”¹³⁰.

¹²⁸ OCDE. Acción 3-Informe final 2015. Op. Cit. 26p.

¹²⁹ Transparencia fiscal internacional.

¹³⁰ OCDE. Acción 3-Informe final 2015. Op. Cit. 23p. El subrayado es mío.

En relación al primer tipo de control, el Proyecto BEPS sostiene lo siguiente:

“El control jurídico contempla generalmente la participación que tiene el residente en el capital social de la filial para determinar el porcentaje de participación o de derechos de voto...”¹³¹.

Como se puede apreciar, el test de control jurídico emplea parámetros o criterios objetivos para definir al sujeto controlador (porcentaje de participación en el capital o derechos a voto), razón por la cual sería de fácil aplicación para las autoridades fiscales de las distintas jurisdicciones, significando bajos costos de cumplimiento. Sin embargo, como se advierte en el Proyecto BEPS:

“...la legislación mercantil ofrece en ocasiones un alto grado de flexibilidad a la hora de diseñar la estructura accionarial de una sociedad, permitiendo la utilización de modalidades y estructuras artificiales de participación accionarial para eludir el requisito de control...”¹³².

¹³¹ OCDE. Acción 3-Informe final 2015. Op. Cit. 26p.

¹³² *Ibidem*.

Lo anterior explicaría por qué las legislaciones debiesen emplear otros test de control, distintos del jurídico, a la hora de diseñar sus normas de transparencia fiscal internacional.

En la legislación chilena, la hipótesis en virtud de la cual un contribuyente domiciliado o residente en Chile se considera controlador de una entidad extranjera por poseer 50% o más del capital, derecho a las utilidades o derecho a voto, configuraría el denominado *control jurídico*.

En relación al segundo tipo de control comentado *-económico-*, el Proyecto BEPS señala lo siguiente:

“El control económico se centra en los derechos sobre los beneficios, el capital y los activos de una sociedad en determinadas circunstancias como su disolución o liquidación. Este test reconoce la posibilidad de que un residente pueda controlar una entidad, aun sin poseer la mayoría de sus acciones, si ostenta derechos sobre el valor subyacente de dicha entidad. Estos derechos pueden incluir: derechos sobre las ganancias en caso de venta de acciones, derechos sobre los activos de la entidad en

caso de liquidación, o derechos a la distribución de beneficios en casos distintos de ventas o liquidaciones.”¹³³.

De la lectura del artículo 41 G de la Ley sobre Impuesto a la Renta es posible advertir que dicha norma no contempla un test de control económico dentro de sus disposiciones.

Por su parte, en relación al tercer tipo de control comentado *-de facto-*, el Proyecto BEPS señala lo siguiente:

“El control de facto observa factores similares a aquellos contemplados por muchos países a la hora de determinar la residencia fiscal de sus sociedades. Por ejemplo, los países pueden fijarse en quién toma las decisiones de alto nivel sobre los asuntos de una sociedad no residente, o quién tiene la capacidad de influir en las actividades del día a día. Otra manera de hacerlo sería centrarse en aquellos vínculos contractuales entre el contribuyente y la SEC¹³⁴ que permitan al primero desplegar una influencia relevante sobre la segunda...”¹³⁵.

¹³³ *Ibidem*. El subrayado es mío.

¹³⁴ Sociedad extranjera controlada.

¹³⁵ OCDE. Acción 3-Informe final 2015. Op. Cit. 26-27p. El subrayado es mío.

Dentro del artículo 41 G de la Ley sobre Impuesto a la Renta existe un test de control de facto, el que está configurado por las hipótesis en virtud de las cuales un contribuyente domiciliado o residente en Chile se considera controlador de una entidad extranjera por poseer facultades para: (i) elegir o hacer elegir a la mayoría de sus directores o administradores; (ii) modificar sus estatutos unilateralmente o (iii) cambiar o remover a la mayoría de los directores o administradores en forma unilateral. En efecto, estas hipótesis se centran en las personas que pueden tomar decisiones de alto nivel en la entidad extranjera o que pueden influir en sus actividades diarias.

En cuanto a la finalidad del test de control de facto, el Proyecto BEPS sostiene lo siguiente:

“...el test de control de facto funciona a menudo como una norma anti-elusión para impedir la elusión de los otros test de control. Por ello, dicho test exige hacer un análisis significativo de los hechos y circunstancias, así como una evaluación subjetiva de los mismos. Si fuera de aplicación en todos los casos, generaría costes añadidos, complejidad e inseguridad jurídica para los contribuyentes. Además, viendo la experiencia de los países en la aplicación de las normas de residencia, los criterios

arriba descritos resultan fácilmente eludibles, lo que redundaría en mayores dificultades de prueba para la Administración tributaria.”¹³⁶.

En la legislación chilena, el test de control de facto se encuentra determinado bajo criterios objetivos (v.gr.: hipótesis de control por posesión de facultades para elegir o hacer elegir a la mayoría de los directores de la entidad extranjera), por lo que no debiesen generarse mayores complejidades o costes de cumplimiento a la hora de determinar quiénes se consideran sujetos controladores bajo este test. Sin embargo, dichos costos y complejidades existirían a la hora de determinar la cantidad de renta pasiva de la entidad extranjera que debiese atribuirse a los sujetos que controlan en virtud de estas hipótesis de control de facto, ya que el artículo 41 G de la Ley sobre Impuesto la Renta, según se ha visto en este capítulo, no contempla norma alguna que regule dicha forma de atribución.

¹³⁶ OCDE. Acción 3-Informe final 2015. Op. Cit. 27p. El subrayado es mío.

Finalmente, en relación al último tipo de control señalado, el Proyecto BEPS sostiene lo siguiente:

“El control basado en la consolidación puede fijarse en el hecho de si una sociedad no residente es objeto de consolidación en la contabilidad de una sociedad residente de acuerdo con los principios contables (por ejemplo las Normas Internacionales de Información Financiera, o NIIF)...”¹³⁷.

Este tipo de control no se encuentra contemplado en la legislación chilena.

Por otro lado, en cuanto al *nivel de control* que debiese exigirse para efectos de que un sujeto sea considerado controlador de una entidad extranjera, el Proyecto BEPS señala lo siguiente:

“...Si el objetivo es capturar todas aquellas situaciones donde la parte controladora tiene la posibilidad de trasladar beneficios a una entidad no residente, entonces las normas de TFI tendrían que cubrir, como mínimo, los casos en los que los contribuyentes residentes tengan un interés legal o económico en la entidad no residente”

¹³⁷ *Ibíd.*

*superior al 50%. Algunas de las normas en vigor consideran que existe control cuando la matriz posee exactamente un 50%, aunque la mayoría exigen un control superior al 50%...*¹³⁸.

En Chile el artículo 41 G de la Ley sobre Impuesto a la Renta cubre los casos en que los contribuyentes domiciliados o residentes en Chile tienen un interés jurídico en la entidad extranjera igual o superior al 50%. El mismo criterio se habría aplicado para las hipótesis de control de facto contempladas en la norma, ya que éstas exigen, por ejemplo, que el contribuyente domiciliado o residente en Chile puede elegir o remover a la *mayoría* de los directores o administradores de la entidad situada en el extranjero, lo que se asimilaría al interés jurídico de 50% o más.

a.2) Atribución de la renta de la entidad extranjera controlada

El Proyecto BEPS contiene recomendaciones especiales para efectos de determinar (i) a quiénes debería atribuírsele la renta obtenida por la entidad extranjera controlada y (ii) la cantidad de renta que debería ser atribuida.

¹³⁸ *Ibidem.*

En relación a la interrogante sobre quiénes debiesen reconocer la renta de la entidad extranjera controlada, el documento citado señala lo siguiente:

“La primera decisión que han de tomar las jurisdicciones es a qué contribuyentes debería atribuírseles renta. Muchas normas de TFI¹³⁹ en vigor vinculan esta decisión al previo establecimiento de la existencia de control de forma que, si un contribuyente cumple el umbral de control mínimo, recibirá renta atribuida...”¹⁴⁰.

En otras palabras, aquellas personas que se encuentren en alguna de las hipótesis de control de la norma de transparencia fiscal internacional respectiva, son las que debiesen reconocer las rentas pasivas de la entidad extranjera. En el mismo sentido, el Proyecto BEPS indica como recomendación general que:

“...El umbral de atribución debería estar vinculado en la medida de lo posible al umbral de control mínimo...”¹⁴¹.

¹³⁹ Transparencia fiscal internacional.

¹⁴⁰ OCDE. Acción 3-Informe final 2015. Op. Cit. 63-64p. El subrayado es mío.

¹⁴¹ OCDE. Acción 3-Informe final 2015. Op. Cit. 63p.

En este sentido se encontraría la interpretación del Servicio de Impuestos Internos sobre la materia¹⁴², al sostener que las rentas pasivas de la entidad controlada deben ser reconocidas por los sujetos que se consideran *controladores* de acuerdo a lo dispuesto en el referido artículo 41 G.

Como una excepción a la recomendación general previamente revisada, el documento citado establece lo siguiente:

“No obstante, las normas de TFI¹⁴³ pueden utilizar una regla diferente para determinar a qué contribuyentes se les atribuye la renta de la SEC¹⁴⁴, siguiendo la teoría de que el nivel de participación considerado suficiente a la hora de determinar el control no tiene por qué ser el mismo a los efectos de atribuir.”¹⁴⁵.

¹⁴² La Circular N° 40 de 2016 del Servicio de Impuestos Internos, en el apartado II, sección 4, establece lo siguiente: “*El artículo 41 G letra D de la LIR dispone que las rentas pasivas percibidas o devengadas por las entidades controladas, se considerarán a su vez percibidas o devengadas por sus controladores, al cierre del ejercicio respectivo, en conformidad a las siguientes reglas: i) Las rentas pasivas se considerarán percibidas o devengadas por los controladores, y en proporción a la participación, directa o indirecta, que ellos tengan en la entidad controlada...*”. El subrayado es mío.

¹⁴³ Transparencia fiscal internacional.

¹⁴⁴ Sociedad extranjera controlada.

¹⁴⁵ OCDE. Acción 3-Informe final 2015. Op. Cit. 64p. El subrayado es mío.

En el mismo sentido se señala que:

“...Además, las normas de TFI¹⁴⁶ que se refieren a un control de facto o determinan el control de una manera menos mecánica podrían necesitar test diferentes de atribución y control para garantizar que se atribuye renta a los contribuyentes adecuados. Aunque tener normas distintas de atribución y control podría incrementar en teoría los costes de cumplimiento y la carga administrativa, la atribución de rentas se efectuaría de forma relativamente poco frecuente dada la naturaleza disuasoria de las normas de TFI. La mejor opción sería, o bien vincular el umbral de atribución al umbral de control, o bien utilizar otro umbral de atribución que atribuya la renta, por lo menos, a los contribuyentes que puedan ejercer influencia sobre la SEC¹⁴⁷.”¹⁴⁸.

El artículo 41 G de la Ley sobre Impuesto a la Renta no contempla test diferentes de atribución de rentas pasivas para las hipótesis de control de facto, según se ha visto a lo largo de este capítulo.

En relación a la interrogante sobre la *cantidad de renta* de la entidad extranjera controlada que debería ser atribuida, el Proyecto BEPS señala lo siguiente:

¹⁴⁶ Transparencia fiscal internacional.

¹⁴⁷ Sociedad extranjera controlada.

¹⁴⁸ OCDE. Acción 3-Informe final 2015. Op. Cit. 64p. El subrayado es mío.

“Todas las normas de TFI¹⁴⁹ vigentes atribuyen la renta en proporción a la participación que ostenta cada contribuyente...”¹⁵⁰.

Sin embargo, el Proyecto BEPS nada dice con respecto a la forma en que debiese atribuirse la renta de la entidad extranjera controlada en aquellos casos en que un sujeto se encuentra en una hipótesis de *control de facto*, las que, según se vio, se formulan en función de quién toma las decisiones de alto nivel de la sociedad extranjera o quién tiene la capacidad de influir en las actividades del día a día (no en función de la participación en el capital o derechos a voto).

B) Legislación comparada

b.1) Perú

Bajo la legislación peruana se consideran sujetos controladores aquellos contribuyentes domiciliados en Perú que son propietarios de la

¹⁴⁹ Transparencia fiscal internacional.

¹⁵⁰ OCDE. Acción 3-Informe final 2015. Op. Cit. 64p.

entidad extranjera respectiva. Para estos efectos, dicha legislación dispone lo siguiente:

“...Se entenderá que la entidad no domiciliada es de propiedad de un contribuyente domiciliado en el país cuando, al cierre del ejercicio gravable, éste -por sí solo o conjuntamente con sus partes vinculadas domiciliadas en el país- tengan una participación, directa o indirecta, en más del cincuenta por ciento (50%) del capital o en los resultados de dicha entidad, o de los derechos de voto en ésta...”¹⁵¹.

De acuerdo a la terminología empleada por el Proyecto BEPS, previamente analizada, la legislación peruana únicamente contemplaría un test de control *jurídico* (basado en la participación en el capital o derecho a voto en la entidad extranjera), sin contemplar un test de control económico ni de facto.

En efecto, la ley peruana no contempla disposición alguna tendiente a considerar como sujetos controladores a aquellas personas que tienen derechos sobre los beneficios, capital o activos de la entidad extranjera en

¹⁵¹ PERÚ. Ministerio de Economía y Finanzas. 2004. Decreto Supremo N° 179-2004-EF: Texto único ordenado de la Ley del Impuesto a la Renta, diciembre 2004. Artículo 112. El subrayado es mío.

circunstancias como su disolución o liquidación (control económico), o bien, aquellas que puedan ejercer influencia en las decisiones del día a día o tomar decisiones de alto nivel en dicha entidad (control de facto).

b.2) México

Según se vio, el régimen tributario de transparencia fiscal internacional establecido en la legislación mexicana recibe aplicación, en términos generales, en los casos en que un contribuyente domiciliado en México participa en una entidad jurídica extranjera situada en un país que tenga un régimen fiscal preferente, o bien, en una entidad jurídica extranjera que sea fiscalmente transparente en el extranjero¹⁵².

La participación requerida en la entidad extranjera para efectos de que opere el régimen de transparencia fiscal internacional mexicano es

¹⁵² El inciso primero del artículo 176 de la Ley del Impuesto sobre la Renta de México, establece lo siguiente: “*Los residentes en México y los residentes en el extranjero con establecimiento permanente en el país, están obligados a pagar el impuesto conforme a lo dispuesto en este Capítulo, por los ingresos sujetos a regímenes fiscales preferentes que obtengan a través de entidades o figuras jurídicas extranjeras en las que participen, directa o indirectamente, en la proporción que les corresponda por su participación en ellas, así como por los ingresos que obtengan a través de entidades o figuras jurídicas extranjeras que sean transparentes fiscales en el extranjero.*”. MÉXICO. 2013. Ley del Impuesto sobre la Renta, diciembre 2013.

aquella que permite al contribuyente domiciliado en México tener el control efectivo de ésta o el control de su administración, de modo tal que pueda decidir el momento de la distribución de las rentas. Al respecto la Ley del Impuesto sobre la Renta de México establece lo siguiente:

“...No se considerarán ingresos sujetos a régimen fiscal preferente, los que se generen con motivo de una participación promedio por día en entidades o figuras jurídicas extranjeras que no le permita al contribuyente tener el control efectivo de ellas o el control de su administración, a grado tal, que pueda decidir el momento de reparto o distribución de los ingresos, utilidades o dividendos de ellas, ya sea directamente o por interpósita persona...”¹⁵³.

Como se puede apreciar, la ley mexicana establece un control de *tipo jurídico* (basado en la *participación* en el capital o derecho a voto en la entidad extranjera). Sin embargo, se trataría de un test de control jurídico flexible, que no se encuentra definido en función de un porcentaje predeterminado de participación en la entidad extranjera, sino que en función de que el contribuyente domiciliado en México posea el *control efectivo* de la entidad extranjera o el *control de su administración*, en un

¹⁵³ MÉXICO. 2013. Ley del Impuesto sobre la Renta, diciembre 2013. Artículo 176. El subrayado es mío.

grado tal que le permita decidir el momento de la distribución de las utilidades.

La legislación mexicana no contempla test de control de tipo económico ni de facto.

b.3) Estados Unidos

De acuerdo a la legislación estadounidense¹⁵⁴, una entidad extranjera se considera controlada si más del 50% de las acciones con derecho a voto o el capital son poseídos por *accionistas estadounidenses* durante cualquier día del año tributario aplicable a la entidad extranjera. La ley define accionista estadounidense como aquella persona que posee 10% o más del derecho a voto de la entidad extranjera.

Según se señaló, esta norma tiene por finalidad acumular el porcentaje de participación de cada *accionista estadounidense*, a efectos de que una entidad extranjera sea considerada como controlada. Lo anterior

¹⁵⁴ ESTADOS UNIDOS, Internal Revenue Code. 1986. Subtítulo A, capítulo 1, subcapítulo N, Parte III, Sub parte F, secciones 951 a 965.

por cuanto se asume que los accionistas minoritarios pueden actuar de manera concertada para influir en las decisiones que se adoptan por la entidad extranjera¹⁵⁵.

La normativa estadounidense establece un control de *tipo jurídico*, basado en la participación en el capital o derecho a voto en la entidad extranjera, sin establecer reglas de control de tipo económico ni de facto.

b.4) Argentina

De acuerdo a lo establecido en la legislación argentina¹⁵⁶⁻¹⁵⁷, se considera que una persona residente en ese país controla una entidad extranjera para los efectos de aplicar el régimen de transparencia fiscal internacional en la medida en que:

¹⁵⁵ El plan de acción N° 3 de la OCDE denomina este mecanismo como “criterio de concentración de la propiedad”. OCDE. Acción 3-Informe final 2015. Op. Cit. 30p.

¹⁵⁶ En diciembre del año 2017 se publicó en Argentina la Ley N° 27.430 de 2017, de reforma tributaria, la cual introdujo diversos cambios en la legislación tributaria de ese país, cuyas disposiciones, como regla general, entraron en vigencia el 1° de enero de 2018. En materia de impuesto a la renta, entre otras modificaciones, dicha reforma amplió en forma significativa el régimen de transparencia fiscal internacional establecido en la Ley de Impuesto a las Ganancias.

¹⁵⁷ Se hace presente que bajo la legislación argentina existen reglas especiales para efectos de que una persona residente en dicho país reconozca las ganancias obtenidas por trust, fideicomisos, fundaciones de interés privado y demás estructuras análogas constituidos en el extranjero que controle.

“...los residentes en el país —por sí o conjuntamente con (i) entidades sobre las que posean control o vinculación, (ii) con el cónyuge, (iii) con el conviviente o (iv) con otros contribuyentes unidos por vínculos de parentesco, en línea ascendente, descendente o colateral, por consanguineidad o afinidad, hasta el tercer grado inclusive— tengan una participación igual o superior al cincuenta por ciento (50%) en el patrimonio, los resultados o los derechos de voto de la entidad no residente...”¹⁵⁸.

Como se puede apreciar, la normativa argentina establece un control de *tipo jurídico*, basado en la participación en el patrimonio, utilidades o derecho a voto en la entidad extranjera.

Continúa señalando la norma previamente citada lo siguiente:

“...Este requisito se considerará cumplido, cualquiera sea el porcentaje de participación, cuando los sujetos residentes en el país, respecto de los entes del exterior, cumplan con alguno de los siguientes requisitos:

(i) Posean bajo cualquier. Título el derecho a disponer de los activos del ente.

¹⁵⁸ ARGENTINA. 1997. Ley de Impuesto a las Ganancias, agosto 1997. Artículo 133, letra f). El subrayado es mío.

(ii) Tengan derecho a la elección de la mayoría de los directores o administradores y/o integren el directorio o consejo de administración y sus votos sean los que definen las decisiones que se tomen.

(iii) Posean facultades de remover a la mayoría de los directores o administradores.

(iv) Posean un derecho actual sobre los beneficios del ente.

También se considerará cumplido este requisito, cualquiera sea el porcentaje de participación que posean los residentes en el país, cuando en cualquier momento del ejercicio anual el valor total del activo de los entes del exterior provenga al menos en un treinta por ciento (30%) del valor de inversiones financieras generadoras de rentas pasivas de fuente argentina consideradas exentas para beneficiarios del exterior, en los términos del inciso w) del artículo 20.

En todos los casos, el resultado será atribuido conforme el porcentaje de participación en el patrimonio, resultados o derechos...¹⁵⁹.

Como es posible advertir, además de establecer un control de tipo jurídico, la legislación argentina establece reglas de control de *tipo*

¹⁵⁹ *Ibíd.* El énfasis y subrayado es mío.

económico, como lo serían las establecidas en los literales (i) y (iv) citados, y reglas de control *de facto*, como lo serían aquellas establecidas en los literales (ii) y (iii). Bajo tales hipótesis de control, una persona residente en Argentina se consideraría sujeto controlador, *cualquiera sea el porcentaje de participación* en la entidad extranjera.

En cuanto a la forma de atribuir las rentas de la entidad domiciliada en el extranjero, la legislación argentina establece en forma genérica que ello debe efectuarse según *el porcentaje de participación en el patrimonio, resultados o derechos*. Por tanto, en base a esta norma, ¿cómo debiese atribuirse la renta a las personas que se encuentran en alguna de las hipótesis de control de facto? La normativa argentina, al igual que la legislación chilena, no resuelve este asunto en forma expresa.

4.5 PROPUESTAS

Según se ha visto, y de acuerdo a la nomenclatura utilizada por el Proyecto BEPS de la OCDE en esta materia, el legislador optó por incluir dentro del artículo 41 G de la Ley sobre Impuesto a la Renta un test de *control jurídico*, que se configura en los casos en que un sujeto domiciliado o residente en Chile posee 50% o más del capital, derecho a las utilidades o derecho a voto en la entidad extranjera, y un test de *control de facto*, que se configura en los casos en que un sujeto domiciliado o residente en el país posee facultades para elegir, cambiar o remover (unilateralmente) a la mayoría de los administradores de la entidad extranjera, o modificar unilateralmente sus estatutos.

Los contribuyentes que cumplen con alguno de dichos test de control deben reconocer las rentas pasivas obtenidas por la entidad extranjera controlada en conformidad a lo dispuesto en la letra D.-. del artículo 41 G de la Ley sobre Impuesto a la Renta, norma que establece que tales rentas deben ser reconocidas por los *propietarios* domiciliados o residentes en Chile en *proporción a su participación*.

Según se ha visto, la aplicación de la referida norma de reconocimiento de las rentas pasivas de la entidad extranjera es clara respecto de las hipótesis de control jurídico, no así respecto de las hipótesis de control de facto. De este modo, surge la interrogante acerca de cómo deben atribuirse las rentas pasivas de la entidad extranjera controlada respecto de los contribuyentes que se encuentran en alguna de dichas hipótesis de control de facto.

Al respecto, según se vio en la sección 4.3 de este capítulo, sería posible interpretar que en los casos en que un sujeto incurra en una hipótesis de control de facto siendo a su vez propietario de la entidad extranjera, éste debería reconocer las rentas pasivas de la entidad extranjera exclusivamente en proporción a su participación. En los demás casos, es decir, cuando estos contribuyentes no participan en la propiedad de la entidad extranjera, el régimen de rentas pasivas sería inaplicable, ya que no existe norma alguna dentro del artículo 41 G de la Ley sobre Impuesto a la Renta que permita atribuir las rentas pasivas de la entidad extranjera bajo tal supuesto.

A pesar de lo anterior, no es posible desconocer que la redacción de la norma es ambigua, pudiendo dar lugar a interpretaciones distintas de la señalada, como lo sería la interpretación del Servicio de Impuestos Internos analizada en la sección 4.2. de este capítulo, en virtud de la cual en estos casos la renta pasiva debiese ser atribuida en función del “*grado de control*” que tenga el contribuyente en la entidad extranjera (concepto no contemplado por el legislador). Lo anterior genera incertidumbre para los contribuyentes y, por tanto, puede afectar su toma de decisiones, por lo que es de suma relevancia que esta materia sea regulada con claridad por el legislador.

De acuerdo al Proyecto BEPS, según se vio en la sección 4.4 de este capítulo, el test de control de facto tendría por finalidad evitar la elusión del test de control jurídico que podría generarse gracias a la flexibilidad de las distintas legislaciones mercantiles en esta materia, y su aplicación, que presenta la característica de ser menos mecánica que la aplicación del control jurídico, podría requerir de *diferentes test de atribución*, para garantizar que se atribuya adecuadamente la renta pasiva a los contribuyentes que pueden ejercer influencia sobre la entidad extranjera

controlada. No obstante, el Proyecto BEPS no contempla ninguna recomendación específica que pueda servir de modelo para estas situaciones.

Teniendo en cuenta lo señalado y considerando, además, la función que cumplen los regímenes de transparencia fiscal internacional como *medida disuasoria*, en el sentido de que buscan evitar que se trasladen beneficios hacia jurisdicciones distintas de aquellas en las que se crea o genera valor, podría sostenerse que el artículo 41 G de la Ley sobre Impuesto a la Renta debiese incorporar una regla especial que permita atribuir las rentas pasivas de la entidad extranjera controlada a los contribuyentes que se encuentran en alguna de las hipótesis de control de facto, sobre la base de considerar el grado de influencia que éstos tengan en la decisiones de esa entidad.

Sin embargo, tal postura puede ser cuestionable a la luz de los principios constitucionales y principios del sistema de tributación a la renta chileno señalados en la sección 4.1, letra c.2), de este capítulo, ya que se estaría atribuyendo la renta pasiva de la entidad extranjera a un

contribuyente que no experimenta incremento patrimonial alguno, que es el hecho gravado para efectos del impuesto a la renta o, en otras palabras, se estaría atribuyendo la renta pasiva en virtud de un hecho que no considera la *capacidad contributiva* del sujeto afectado.

Por otro lado, según se vio en la sección 4.4, letra b), de este capítulo, la legislación comparada analizada no contempla normas de atribución de las rentas pasivas para las hipótesis de control de facto que puedan servir de referencia para el caso chileno. Si bien la legislación argentina contempla test de control de facto similares a los establecidos en la legislación chilena, su norma de atribución de rentas pasivas no regula en forma expresa cómo operaría la atribución para esos efectos.

Teniendo en cuenta lo anterior, se propone incorporar en la letra D.- del artículo 41 G de la Ley sobre Impuesto a la Renta un numeral que establezca en forma expresa que los sujetos domiciliados o residentes en Chile que se consideren controladores de una entidad extranjera por poseer facultades para: (i) elegir o hacer elegir a la mayoría de sus directores o administradores; (ii) modificar sus estatutos unilateralmente, o (iii) cambiar

o remover a la mayoría de los directores o administradores en forma unilateral, deben reconocer las rentas pasivas obtenidas por la entidad extranjera controlada en la medida en que, a su vez, tengan derechos sobre el capital o las utilidades de esa entidad al término del ejercicio, caso en el cual las rentas pasivas deberán reconocerse en proporción a su participación en dicho capital o utilidades.

De este modo se dotaría de mayor claridad y certeza al régimen tributario de rentas pasivas en esta materia, excluyéndose interpretaciones, como la del Servicio de Impuestos Internos antes señalada, que podrían ser cuestionables a la luz de los principios tributarios constitucionales y contrarios al sistema de tributación a la renta.

CAPÍTULO V: CONCLUSIONES

El artículo 41 G de la Ley sobre Impuesto a la Renta, incorporado por la Ley N° 20.780 de 2014 y complementado por la Ley N° 20.899 de 2016, establece en el sistema de tributación a la renta chileno un régimen de tributación especial sobre las rentas pasivas obtenidas por entidades extranjeras controladas por contribuyentes domiciliados o residentes en Chile, conocido en el ámbito internacional como Régimen de Transparencia Fiscal Internacional o *CFC Rules*¹⁶⁰, por sus siglas en inglés, el cual constituye una de las grandes innovaciones introducidas por dichas leyes de reforma tributaria.

Esta norma, según se vio en el capítulo I de este trabajo, contiene una regulación especial y detallada de distintos aspectos que son propios del régimen tributario de rentas pasivas, como: (i) los sujetos que se consideran controladores de las entidades extranjeras; (ii) las rentas que tienen la naturaleza de “pasivas”; (iii) la forma en que los sujetos controladores deben reconocer las rentas pasivas en Chile para su afectación con impuestos; (iv) créditos por impuestos pagados sobre las rentas pasivas;

¹⁶⁰ Controlled foreign corporation rules.

(v) dividendos que corresponden a rentas pasivas; (vi) obligaciones de información, entre otras.

Pese a los esfuerzos del legislador por regular en forma especial y detallada cada una de estas materias, en torno a la aplicación del referido artículo 41 G surgen diversas problemáticas de carácter interpretativo, principalmente debido a que (i) la redacción de la norma muchas veces no es clara, o bien, es confusa o ambigua; (ii) no existe plena coherencia o armonía entre las distintas disposiciones de la norma y (iii) existen casos o situaciones que no se encuentran reguladas por el legislador. Lo anterior se acentúa dado el carácter inédito que tiene el régimen tributario de rentas pasivas dentro del sistema de tributación a la renta chileno.

En los capítulos II y IV se han analizado algunas de las problemáticas interpretativas que surgen en torno a la aplicación conjunta de (i) las normas que definen a los sujetos controladores de las entidades extranjeras, contenidas en la letra A.- del referido artículo 41 G y (ii) las normas de reconocimiento o atribución de las rentas pasivas obtenidas por las

entidades situadas en el extranjero, contenidas en la letra D.- del mismo artículo 41 G.

Según se vio, tales normas no son plenamente coherentes entre sí y su estructura y redacción presentan ambigüedades que dificultan su comprensión, dando lugar a interpretaciones que pueden llegar a ser incluso contradictorias, lo que genera incertidumbre para los contribuyentes y afecta, por lo tanto, su toma de decisiones.

En ese contexto, en cada uno de dichos capítulos se ha buscado señalar cuál sería la correcta interpretación de la norma para los casos planteados, en base a la ley chilena actualmente vigente. Para estos efectos, no sólo se ha analizado el tenor de las normas que generan los problemas de interpretación o el rol que cumplen dentro del régimen tributario de rentas pasivas desde el punto de vista de su funcionamiento, sino que también se han considerado (i) los fines perseguidos por el legislador con el establecimiento del artículo 41 G de la Ley sobre Impuesto a la Renta, a saber, combatir el diferimiento de impuestos sobre rentas pasivas de fuente extranjera; (ii) la función como medida disuasoria que cumplen por lo

general todos los regímenes de transparencia fiscal según el Proyecto BEPS de OCDE, al que el legislador buscó ajustarse, en el sentido de que buscan evitar que se trasladen beneficios desde la jurisdicción en la cual se desarrollan las actividades económicas y se crea o genera valor hacia otras jurisdicciones, con fines tributarios -en todo o parte-; (iii) los principios constitucionales que pudiesen resultar aplicables a los casos expuestos; (iv) razones prácticas o de índole económico, entre otros aspectos.

No obstante, no es posible desconocer que existen interpretaciones distintas de aquellas que se plantean como correctas en este trabajo que no tendrían en cuenta o no se basarían en los fines, funciones y principios constitucionales previamente señalados, y que eventualmente podrían ser adoptadas por los contribuyentes o, incluso, por la autoridad fiscal (como ocurre respecto del problema interpretativo analizado en el capítulo 4).

En virtud de ello, en estos capítulos se han efectuado propuestas específicas de modificación del artículo 41 G de la Ley sobre Impuesto a la Renta orientadas a evitar que surjan los problemas interpretativos analizados y disminuir, de este modo, el grado de incertidumbre que existe

en esta materia. Estas propuestas se preocupan de que el régimen tributario de rentas pasivas chileno: (i) tenga un adecuado funcionamiento y cumpla con los fines que le son propios; (ii) sea coherente o armónico, específicamente en lo que dice relación con las normas que regulan las hipótesis de control y el reconocimiento de las rentas pasivas obtenidas por entidades extranjeras controladas y (iii) se ajuste a los principios constitucionales o del sistema de tributación a la renta chileno que rigen la materia.

Para el desarrollo de las propuestas de mejoras al artículo 41 G referido, se ha efectuado un análisis previo de las recomendaciones contenidas la acción N°3 del Proyecto BEPS de la OCDE y de determinados regímenes de transparencia fiscal internacional establecidos en legislaciones extranjera (Estados Unidos, Perú, México y Argentina), a efectos de conocer la experiencia internacional en torno a esta materia y evaluar la posible aplicación de principios internacionales dentro del régimen tributario de rentas pasivas chileno.

Las recomendaciones del proyecto BEPS de la OCDE permiten lograr un mejor entendimiento de las normas que dan lugar a los problemas de interpretación analizados, especialmente en lo que dice relación con (i) los fines que les son propios; (ii) el funcionamiento de las instituciones respectivas y (iii) la naturaleza y características de los elementos que las componen (*v.gr.*: hipótesis de control consideradas como test jurídico, económico o de facto), pese a que no existen recomendaciones específicas que sirvan de modelo para resolver las situaciones particulares analizadas.

En el Derecho Comparado es posible encontrar regulaciones o normas que contemplan principios que pueden ser aplicables al caso chileno, al menos en parte, como ocurre con la legislación estadounidense y mexicana respecto del problema interpretativo planteado en el capítulo II, las cuales determinan el reconocimiento o atribución de las rentas pasivas de la entidad extranjera controlada en proporción al tiempo de control dentro del ejercicio, y que han servido de base en lo pertinente para la elaboración de las propuestas de modificación del referido artículo 41 G. En otros casos, como ocurre respecto del problema planteado en el capítulo IV (*i.e.* reconocimiento de rentas pasivas respecto de las hipótesis de control

que no implican participación en la propiedad de la entidad extranjera - hipótesis de control de facto-), en el Derecho Comparado analizado no se han encontrado soluciones o principios que sirvan de referencia o modelo para la legislación chilena (la única legislación que tiene un test de control de facto como el analizado en este capítulo es la legislación argentina, sin embargo, ésta no contempla soluciones a las problemáticas interpretativas planteadas).

Las propuestas de mejoras al artículo 41 G de la Ley sobre Impuesto a la Renta, desarrolladas sobre la base de todo lo anterior (*i.e.* fines y funcionamiento de la norma, principios constitucionales y principios del sistema de tributación a la renta, recomendaciones del proyecto BEPS, principios del Derecho Comparado, entre otros aspectos) se materializarían en definitiva en diversas modificaciones particulares de la letra D.- de ese artículo, norma que regula la forma de reconocimiento de las rentas pasivas obtenidas por las entidades extranjeras controladas.

En este sentido, es posible señalar que, por la vía de modificar exclusiva y adecuadamente la norma de atribución de las rentas pasivas de

la entidad extranjera controlada, podrían evitarse los problemas de interpretación que han surgido en torno a la aplicación conjunta de dicha norma y aquella que establece las hipótesis de control y, con ello, la consecuente incertidumbre que se genera para los contribuyentes. Por lo demás, se evitarían interpretaciones de los contribuyentes o de la autoridad fiscal que se alejan del verdadero sentido y alcance del régimen tributario de rentas pasivas e, incluso, podrían ser contrarias a principios constitucionales o del sistema de tributación a la renta.

En este contexto, considerando que no existe un gran número de hipótesis de control dentro de la letra A.- del artículo 41 G referido, una buena técnica legislativa en esta materia podría consistir en el desarrollo de una norma de atribución o reconocimiento de las rentas pasivas de la entidad extranjera (letra D.- del mismo artículo) que abarque en forma particular y expresa cada una de las hipótesis de control que contempla el régimen tributario de rentas pasivas, con lo cual no sólo se evitarían los problemas interpretativos analizados en el presente trabajo, sino que también otros que pueden surgir en torno a hipótesis de control distintas de las estudiadas.

Por otro lado, en el capítulo III de este trabajo se analiza un problema interpretativo relacionado con una de las hipótesis de presunción de control contenidas en el artículo 41 G de la Ley sobre Impuesto a la Renta (*i.e.* presunción de control por posesión de participación en una entidad domiciliada en un país o territorio de baja o nula tributación). Este problema, a diferencia de los analizados en los capítulos II y IV, no surge de la aplicación conjunta de las normas que establecen las hipótesis de control y las normas de atribución de rentas pasivas, sino que surge a partir del tenor literal de la norma analizada -artículo 41 G letra A.- inciso tercero-.

En este capítulo, al igual que en los capítulos II y IV, se ha buscado señalar cuál sería la correcta interpretación de la norma para el caso planteado, en base a la ley chilena actualmente vigente, para cuyo efecto se realiza un análisis particular e integral del artículo 41 G de la Ley sobre Impuesto a la Renta. Asimismo, se formulan propuestas específicas de modificación del referido artículo 41 G orientadas a evitar que surja el problema interpretativo analizado y disminuir la consecuente incertidumbre que se genera para los contribuyentes, para lo cual se analizan las

recomendaciones del proyecto BEPS de la OCDE, acción N° 3, y determinados regímenes de transparencia fiscal internacional contenidos en otras legislaciones.

En relación a la problemática analizada en este capítulo, el Proyecto BEPS no contiene recomendaciones especiales que puedan servir de referencia para la legislación chilena. Por su parte, en el Derecho Comparado analizado no se han encontrado normas o regulaciones similares a la contenida en el referido artículo 41 G que sirvan de modelo para estos efectos, sin perjuicio de que el análisis de la legislación extranjera permite comprender la función como medida agravante que cumple la presunción de control analizada dentro del régimen tributario de rentas pasivas chileno.

En el capítulo III, la propuesta de mejora del artículo 41 G de la Ley sobre Impuesto a la Renta se materializa en una modificación del inciso tercero letra A.- de la misma disposición, mediante la cual se excluirían expresa y claramente las interpretaciones que no se ajustan al régimen tributario de rentas pasivas chileno y se reforzaría el carácter de agravante

que tiene la presunción de control comentada dentro del régimen tributario de rentas pasivas chileno.

Es posible que las soluciones propuestas para los problemas interpretativos planteados en este trabajo aumenten en forma significativa el grado de certeza que los contribuyentes requieren para su toma de decisiones, pese a que existan otros importantes problemas interpretativos en torno a la aplicación del artículo 41 G de la Ley sobre Impuesto a la Renta. Lo anterior por cuanto los problemas analizados se vinculan con dos piedras angulares del sistema tributario de rentas pasivas, a saber, las normas que regulan y definen a los sujetos controladores y las normas que regulan la atribución de las rentas pasivas obtenidas por la entidad extranjera controlada.

De todos modos, considerando los importantes efectos tributarios y económicos que derivan de la aplicación del régimen tributario de rentas pasivas contenido en el artículo 41 G de la Ley sobre Impuesto a la Renta, y teniendo en cuenta la vasta aplicación que esta norma tiene sobre las inversiones que se realizan en el extranjero por medio de entidades que

obtienen rentas pasivas, resulta sumamente relevante que se continúen desarrollando investigaciones que busquen solucionar las problemáticas interpretativas que surgen respecto de este inédito régimen tributario, las cuales generan indeseados grados de incertidumbre para los agentes económicos y pueden dar lugar a interpretaciones que no se ajustan al ordenamiento jurídico chileno.

BIBLIOGRAFÍA

1. ABUGATTAS, P. 2014. Análisis crítico a las nuevas normas CFC introducidas en la Ley 20.780. Anuario de Derecho Tributario, Universidad Diego Portales (6).
2. ARGENTINA. 1997. Ley de Impuesto a las Ganancias, agosto 1997.
3. CHACRA, S. 2016. Aplicación del artículo 41 G de la Ley sobre Impuesto a la Renta a los Trusts. Tesis para optar al título de Magíster en Derecho Tributario, Universidad de Chile, Facultad de Derecho.
4. CHILE. Ministerio de Hacienda. 1974. Decreto Ley N° 824: Ley sobre Impuesto a la Renta, diciembre 1974.
5. CHILE. 2000. Ministerio de Justicia. Decreto con Fuerza de Ley N° 1: fija texto refundido, coordinado y sistematizado del Código Civil (y otras leyes), mayo 2000.
6. 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, septiembre 2005.
7. COLEGIO DE CONTADORES PÚBLICOS DE MÉXICO. 2006. Investigación Fiscal, Regímenes Fiscales Preferentes. Boletín de la Comisión de Investigación Fiscal, N° 181. [en línea] <<https://www.ccpm.org.mx/avisos/boletines/boletinenero06.pdf>> [consulta: 10 junio 2018].
8. ESTADOS UNIDOS, Internal Revenue Code. 1986. Subtítulo A, capítulo 1, subcapítulo N, Parte III, Sub parte F, secciones 951 a 965.
9. HERRAN, C. 2000. La Doble Tributación Internacional, Principios y Realidades de los Convenios. Proyecto de tesis. Santa Fe de Bogotá, D.C., Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas. [en línea] <<http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere2/Tesis14.pdf>> [consulta: 10 junio 2018].
10. MASSONE, P. 2013. Principios de Derecho Tributario, Aspectos generales. 3ª ed. Chile, Legal Publishing, Tomo I.
11. MENSAJE DEL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA con el que se inició el proyecto de la Ley N° 20.780 de 2014. Santiago, 01 de abril de 2014. Mensaje N° 24-362.

12. MÉXICO. 2013. Ley del Impuesto sobre la Renta, diciembre 2013.
13. NAVARRO, E. 2011. Principios de Derecho Constitucional Tributario Chileno. En: CUÉTARA, J., MARTÍNEZ, J. y VILLAR, F. Derecho Administrativo y Regulación Económica. España, La Ley.
14. OCDE. 2015. Diseñar normas de transparencia fiscal internacional eficaces. Acción 3-Informe final 2015. [en línea] <https://read.oecd-ilibrary.org/taxation/disenar-normas-de-transparencia-fiscal-internacional-eficaces-accion-3-informe-final-2015_9789264267091-es#page1> [consulta: 10 de junio 2018].
15. OCDE. 2014. El Proyecto BEPS y los países en desarrollo: de las consultas a la participación. [en línea] <<http://www.oecd.org/ctp/estrategia-fortalecimiento-paises-en-desarrollo.pdf>> [consulta: 10 junio 2018].
16. PERÚ. Ministerio de Economía y Finanzas. 2004. Decreto Supremo N° 179-2004-EF: Texto único ordenado de la Ley del Impuesto a la Renta, diciembre 2004.
17. SERVICIO DE IMPUESTOS INTERNOS. Circulares y jurisprudencia administrativa.