



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

Parte II

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

**Alumno: Luis Javier Leiva Mella
Profesor Guía: Christian Delcorto P.**

Santiago, Marzo 2018

TABLA DE CONTENIDOS

3. CAPÍTULO II: LA RECEPCIÓN DEL BPA DEL PLAN BEPS EN EL ARTÍCULO 41 F DE LA LIR	26
Comparación de BPA y el artículo 41 F	26
Regla base del <i>ratio</i> fijo.....	26
Regla opcional de umbral mínimo.....	28
Regla opcional blanda de <i>ratio</i> grupal.....	28
Regla opcional de <i>carry-back</i> y <i>carry-forward</i> del interés en exceso, o <i>carry-forward</i> del monto de gasto por interés no utilizado	29
Reglas anti elusivas especiales	31
Reglas especiales para la industria bancaria, financiera y de seguros	32
Conclusiones	33
4. CAPÍTULO III: EL ARTÍCULO 41 F DE LA LIR Y LA PLANIFICACIÓN TRIBUTARIA CON ESQUEMAS DE SUBCAPITALIZACIÓN	35
El artículo 41 F y los antiguos modelos de planificación de subcapitalización ...	35
El modelo de endeudamiento en cascada	35
El modelo de endeudamiento por tiempo de permanencia	38
Posibilidades de planificación bajo el nuevo texto del artículo 41 F.....	40
Utilización de créditos <i>bullet</i>	40
Aplicación voluntaria de la norma de subcapitalización del artículo 41 F.....	42
Conclusiones.....	43
ANEXO A	45
ANEXO B	49
BIBLIOGRAFÍA	50

ÍNDICE DE ABREVIATURAS

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

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

3. CAPÍTULO II: LA RECEPCIÓN DEL BPA DEL PLAN BEPS EN EL

ARTÍCULO 41 F DE LA LIR

Habiendo expuesto ya los principales elementos que conforman el BPA de la Acción N° 4 del plan BEPS y las principales características y elementos de la norma de subcapitalización establecida en el artículo 41 F de la LIR, pasaremos analizar si es que con la Ley N° 20.780 el legislador efectivamente incorporó – y en caso afirmativo hasta qué punto – a la legislación chilena las medidas del plan BEPS en materia de limitaciones a la erosión de la base imponible a través de la deducción de intereses y otros pagos financieros.

Para esto iremos analizando cada uno de los elementos del BPA propuesto por BEPS y comparándolo con el artículo 41 F, comenzando por la regla base de *ratio* fijo – que es el elemento principal del BPA – y luego continuando con el orden del diagrama del BPA establecido en el Reporte.

Comparación de BPA y el artículo 41 F

Regla base del *ratio* fijo

Como se señaló en el Capítulo I, el BPA propone como base una regla general de carácter objetivo que limita el monto de gasto neto por intereses que una entidad puede deducir a un rango que puede variar entre el 10% y el 30% del *ratio* de su gasto neto por intereses sobre su EBITDA.

Por su parte, la norma de subcapitalización del artículo 41 F también es una regla de carácter objetivo que, al igual que la regla base propuesta por la OCDE en el

BPA establece un límite fijo. Sin embargo, a pesar de estas similitudes menores el artículo 41 F presenta notorias diferencias con el BPA:

1. Para comenzar, establece un límite máximo de endeudamiento en lugar de fijar un límite máximo de gasto por interés. En este sentido, el Reporte señala expresamente que la experiencia internacional ha demostrado que las normas que fijan límites objetivos de endeudamiento no son efectivos para combatir la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios, pues pueden ser fácilmente burladas a través de la utilización de tasas de interés excesivamente altas o mediante la utilización de instrumentos híbridos que no se consideren deuda, pero den origen a pagos económicamente equivalentes a interés.

Asimismo, como consecuencia de lo anterior, el artículo 41 F naturalmente no establece un *ratio* de gasto neto por intereses sobre EBITDA, lo que como se señaló tiene una serie de ventajas en relación a la efectividad para medir la conexión entre el gastos por interés y la actividad generadora de los ingresos de la MNE a nivel global; y

2. El artículo 41 F tampoco utiliza el *ratio* fijo recomendado como alternativa por el Reporte (i.e. *ratio* basado en activos), sino que opta por utilizar un ratio basado en el nivel de endeudamiento en relación al capital propio tributario.
3. La sanción prevista por el BPA para el monto del gasto neto por interés que supere el límite máximo establecido consiste en la prohibición de deducirlo como gasto. Sin embargo, tal como lo establecía la antigua norma del

artículo 59 N° 1, el artículo 41 F no limita la deducción del interés pagado en situación de exceso de endeudamiento. Es más, permite en forma expresa la deducción como gasto del monto de IU pagado sobre la parte del interés considerado en exceso.

Regla opcional de umbral mínimo

El BPA sugiere incorporar a la legislación doméstica una regla opcional que establezca un umbral mínimo de gasto neto por intereses para la aplicación de la norma de subcapitalización, por razones de eficiencia económica. El Reporte reconoce que habrá casos en que los costos de cumplimiento y fiscalización excedan con creces los costos de una potencial erosión de la base imponible, por lo que no se justificaría que dichos casos resultaren capturados por una norma de subcapitalización.

En esta materia, el artículo 41 F nuevamente se aparta del BPA y no cuenta con una norma complementaria que establezca un umbral mínimo para su aplicación¹.

Regla opcional blanda de *ratio* grupal

El BPA propone incorporar a la legislación doméstica una norma de apoyo a la regla base del *ratio* fijo, que tiene como objetivo permitir tanto a la autoridad

¹ En este punto nos parece que existe una inconsistencia en materia de política tributaria, pues la tendencia en los últimos años ha sido a incorporar normas que exigen un análisis de materialidad para hacer aplicable una norma. Entre otros ejemplos se pueden mencionar los artículos 10 N°3 de la LIR sobre venta indirecta, 41 E de la LIR sobre precios de transferencia y las declaraciones juradas 1907 y 1937, y artículo 41 G sobre *Controlled Foreign Corporations*,

tributaria como a los contribuyentes flexibilizar la aplicación de la norma base para incorporar en el análisis las características particulares de cada MNE.

Bien es sabido que cada MNE específica puede participar en una industria diferente, tener un modelo de negocios distinto y también tener una estructura de capital que difiera de otras MNE's. Como consecuencia de ello, el BPA sugiere incorporar una regla de carácter subjetivo que complemente la regla base y que permita que las entidades que superen el límite fijo de gasto neto por intereses puedan aumentarlo si el ratio de gasto neto por intereses de su grupo a nivel global es más alto.

Al analizar el texto del artículo 41 F es posible concluir con este no solo no contiene una norma subjetiva que considere el *ratio* de gasto neto por interés del MNE, sino que tampoco contempla una norma subjetiva que permita tomar en cuenta el nivel de endeudamiento máximo de la MNE a nivel global para analizar la situación de la entidad chilena².

Regla opcional de *carry-back* y *carry-forward* del interés en exceso, o *carry-forward* del monto de gasto por interés no utilizado

El BPA sugiere en forma opcional incluir en la legislación doméstica una regla que permita a los contribuyentes hacer frente a posibles desajustes temporales que pueden derivarse de las vicisitudes propias de los negocios y a las características

² Sobre este punto algunos autores se han preguntado si, en aquellos casos en los que resulta aplicable un CDTI, es posible recurrir al artículo 9 de tales CDTI para efectuar algún tipo de ajuste en relación al nivel de endeudamiento o al gasto por intereses de una entidad del MNE (ser BURGOS y SEPULVEDA (2017)). Sin embargo, aún no existe una posición definida sobre la materia en Chile.

particulares de ciertas industrias que pueden tener estructuras de inversión y retorno con mucho tiempo de diferencia.

Por una parte, el Reporte señala que el EBITDA es un indicador que si bien tiene muchas ventajas para los efectos analizados se caracteriza por su gran susceptibilidad a ser un indicador volátil, por lo que puede provocar ciertos desajustes indeseados en la determinación de los montos máximos de gasto neto por intereses a deducir en un año específico.

Por otra parte, industrias específicas como la industria minera u otras que se caracterizan por tener largos períodos de inversión y desarrollo antes de comenzar a generar ingresos pueden resultar perjudicados sometiéndose a una regla fija, común y sin distinciones, que asuma que todos los negocios realizan gastos para generar ingresos en el mismo período.

Por lo anterior, el BPA sugiere incorporar una regla especial que permita a los contribuyentes aprovechar en el futuro, o en el pasado, el gasto neto por interés que no les hubiere sido permitido deducir en un ejercicio comercial determinado, de manera que las diferencias temporales no se traduzcan en desajustes permanentes que finalmente sean reflejo de situaciones artificiales. Asimismo, el BPA sugiere incorporar una norma que permita a los contribuyentes aprovechar capacidad ociosa de gasto neto por intereses que no hayan utilizado en períodos posteriores.

Nuevamente, el artículo 41 F, no contempla una norma de este tipo³.

Reglas anti elusivas especiales

Sobre este punto, el BPA propone a los distintos países incorporar a sus legislaciones domesticas ciertas reglas anti elusivas especiales que capturen aquellas situaciones que la norma base no es capaz de capturar, reconociendo que por la naturaleza de tal tarea es común que esta tipo de normas vayan surgiendo en reacción a situaciones específicas que cada país vaya enfrentando.

El la norma de subcapitalización del artículo 41 F no está complementada por normas anti elusivas especiales⁴. Adicionalmente, ocurre algo curioso con la norma del artículo 41 F pues ésta es considerada como una norma anti elusiva específica por la misma legislación tributaria, de modo que lo que las situaciones no cubiertas por ella ni por otras normas anti elusivas especiales vigentes en principio solo podrían quedarían capturadas por la NGA, lo que al parecer invertiría la lógica de la solución propuesta por el BPA.

³ Esto podría atribuirse, en principio, al hecho de que el artículo 41 F consiste en una regla objetiva fija de límite máximo de endeudamiento sobre patrimonio y no de gasto sobre EBITDA – lo que es cierto. Sin embargo, esto fuerza la pregunta de por qué el año 2001 el legislador optó por fijar un límite de endeudamiento en vez de limitar el monto máximo de interés a deducir, decidiendo mantener tal solución tras la reforma de los años 2014 y 2016 aún contra la recomendación expresa de la OCDE.

⁴ Podría argumentarse que el artículo 31 y el control de la deducibilidad de gastos por intereses sería una norma complementaria. Sin embargo, las sanciones aplicadas por cada norma son totalmente disímiles por lo que en opinión de los autores el artículo 31 no tendría tal naturaleza.

En este sentido, cabe preguntarse qué ocurriría si se utiliza la norma del artículo 41 F para conseguir ventajas tributarias (aparentemente) no previstas por el legislador bajo la misma norma ni en otra norma anti elusiva especial⁵.

Reglas especiales para la industria bancaria, financiera y de seguros

En esta materia, el BPA propone tratar a estas industrias en forma especial por sus características particulares. En principio, el Reporte destacada dos grandes diferencias entre estas industrias y el resto de las MNE:

- En su funcionamiento habitual estas industrias tienen un elevado nivel de endeudamiento; y
- El *ratio* de gasto neto por intereses sobre EBITDA suele ser un mal indicador para estas industrias, pues normalmente no tiene gasto neto por intereses, sino ingreso neto por intereses.

Lo anterior hace desaconsejable aplicarles las mismas reglas que al resto de las MNE. Sin embargo, el BPA aconseja regular de todas formas su actividad internacional y los potenciales efectos nocivos que puedan derivarse del uso de pagos de intereses y otros gastos financieros.

En el caso del artículo 41 F, esta excluye en forma expresa la aplicación de la norma de subcapitalización a las entidades bancarias, financieras, de seguros y previsionales sujetas a la superintendencia de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras, la Comisión para el Mercado Financiero (ex

⁵ Sobre esto se ahonda en el Capítulo III al tratar las posibilidades de planificación tributaria utilizando esquemas de subcapitalización bajo el texto del nuevo artículo 41 F.

Superintendencia de Valores y Seguros) y la Superintendencia de Seguridad Social.

Conclusiones

Tras comparar uno por uno los elementos que configuran el BPA propuesto por la OCDE en el Reporte y compararlos con los elementos que conforman la norma de subcapitalización del nuevo artículo 41 F de la LIR podemos sacar las siguientes conclusiones:

1. El artículo 41 F no incorpora las mejores prácticas sugeridas o BPA de la Acción N° 4 del plan BEPS en materia de erosión de la base imponible a través de deducción de intereses y otros pagos financieros – ni las mínimas ni las señaladas como opcionales (ver ANEXO B);
2. El artículo 41 F no es una norma de subcapitalización que tenga una lógica de evitar la erosión de la base imponible pues, contra la recomendación del plan BEPS, permite la deducción del gasto por interés sin limitaciones, además de permitir la deducción del IU a pagar por la compañía subcapitalizada⁶; y
3. Como consecuencia de lo anterior, la Acción N° 4 del plan BEPS no debería ser utilizada, sin más, como fuente material para interpretar y aplicar el artículo 41 F, pues si bien el legislador manifestó tal intención en el mensaje del proyecto de la Ley N° 20.780, esto no fue plasmado en la norma

⁶ Su lógica se asemeja, más bien, a una norma de recalificación, pues grava los pagos afectos como si fueran dividendos en aquella parte que equivale al porcentaje que excede el ratio de endeudamiento permitido por la norma.

definitiva⁷. En consecuencia, los autores de esta obra sostienen que la interpretación del artículo 41 F debería realizarse conforme al artículo 2° del Código Tributario y los artículos 19 al 22 del Código Civil, con particular cuidado de limitar la aplicación del elemento histórico por las razones señaladas en esta obra.

⁷ El plan BEPS corresponde a aquello que ha sido referido como *soft law* en materia internacional y que consiste en meras recomendaciones que se espera que los países miembros de la OCDE incorporen paulatinamente a sus legislaciones domésticas. Sin embargo no solo vinculantes para los estados miembros.

4. CAPÍTULO III: EL ARTÍCULO 41 F DE LA LIR Y LA PLANIFICACIÓN TRIBUTARIA CON ESQUEMAS DE SUBCAPITALIZACIÓN

Para responder a la segunda interrogante planteada se analizarán dos modelos de planificación de subcapitalización comúnmente utilizados bajo la antigua norma de exceso de endeudamiento del artículo 59 N°1 de la LIR bajo el texto del nuevo del artículo 41 F. Estos modelos son el de “endeudamiento en cascada” y el de “endeudamiento por tiempo de permanencia”. El análisis se centrará en identificar los elementos o factores que permitían implementar estas estructuras, verificando cómo evolucionó la norma de control con la incorporación del artículo 41 F y así comprobar si efectivamente su nuevo texto eliminó la posibilidad de implementar estas estructuras como se hacía anteriormente. Posteriormente, se analizará si el nuevo texto del artículo 41 F ha dejado espacios para poder realizar nuevas planificaciones con estructuras de subcapitalización en Chile.

El artículo 41 F y los antiguos modelos de planificación de subcapitalización

El modelo de endeudamiento en cascada

Este modelo de planificación consiste en aprovechar las características de los elementos de cálculo del exceso de endeudamiento, específicamente los ajustes al patrimonio que establecía la antigua norma del artículo 59 N°1, por las inversiones en filiales o coligadas que hayan sido financiados con deudas del año, susceptibles al IU de exceso de endeudamiento las cuales deben ser rebajadas del CPT de la entidad que calcula su situación de exceso de endeudamiento. A

modo de explicar este modelo consideraremos que una MNE decide establecer en Chile una filial "Chile 1", asignándole cierto capital. Luego, dicha filial "Chile 1" podría tomar una deuda sin quedar sujeta a control de exceso de endeudamiento hasta por tres veces su capital y posteriormente, la filial "Chile 1" con la ayuda de su MNE, constituir otra filial "Chile 2" a la cual le aporta el capital recibido desde la MNE más la deuda contraída. Posterior a esto, "Chile 2" nuevamente se endeuda hasta por tres veces su capital, donde dicho capital contiene capital y deuda, encontrándose dentro del ratio permitido sin estar afecto al IU Nuevamente y al igual que "Chile 1", la filial "Chile2" invierte el capital recibido desde la "Chile 1" más la deuda contraída, una nueva filial "Chile 3", la que recibe un capital conformado por deuda y capital, encontrándose en condiciones de solicitar una deuda que no supere tres veces su patrimonio, sin quedar afectada a las reglas de exceso de endeudamiento puesto que sigue dentro del ratio permitido, y así sucesivamente (ver ANEXO A, letra a)⁸.

La implementación del modelo descrito era posible ya que el texto de la antigua norma de control del artículo 59 N°1, en su incorporación la Ley N° 19.738 no realizaba ajustes al patrimonio respecto del aporte en filiales o coligadas financiado con deudas susceptibles al IU de 35%, pero posteriormente la Ley N° 19.879 estableció la obligación de rebajar del CPT las inversiones en filiales o coligadas cuando los aportes eran financiados con deudas contraídas con entidades relacionadas extranjeras, cuando el pago de los intereses estaban sujetos a IA de 4%, siempre que fueran deudas del año en que se estaba

⁸ Contiene un ejemplo gráfico y numérico del modelo endeudamiento en cascada.

calculando el exceso de endeudamiento, de haber contraído la deuda en un año anterior, no se encontraba obligado a rebajar la deuda. Por lo anterior, era posible realizar una capitalización de deuda y capital para luego volver a contraer una deuda y realizarlo en cascada hasta obtener el financiamiento deseado por el grupo empresarial, sin encontrarse en calidad de exceso de endeudamiento y sin ser afectado por el IU, inclusive cuando la entidad deudora se encontraba fuera del ratio deuda capital, pero por el modo de realizar el cálculo no se reflejaba para los efectos de aplicar el impuesto.

Para subsanar los vacíos que contenía la redacción del artículo 59 N°1, el legislador incorpora la norma de exceso de endeudamiento contenido en el nuevo artículo 41 F, modificando y ampliando su aplicación, viéndose reflejado específicamente en sus elementos de cálculo. Dentro de los elementos que fueron modificados, se encuentra el ajuste al patrimonio que hace rebajar el CPT por aportes a filiales o coligadas financiados con deudas susceptibles a IU cuando las deudas eran del año. Sin embargo el nuevo texto del artículo 41 F, señala que las deudas no solo deben ser del año, si no que con el solo hecho de ser financiados con deudas susceptibles al IU de exceso de endeudamiento se deben rebajar del CPT, sin importar el año en que se contrajo la deuda ni cuando fue aportado a una filial o coligada

Esta modificación afecta directamente al modelo de endeudamiento en cascada, ya que basándonos en el ejemplo antes descrito, las filiales o coligadas chilenas al momento de realizar el cálculo del ratio deberán rebajar del CPT la parte del

capital rebajado con deuda de la sociedad filial o coligada, quedando fuera del ratio permitido y siendo aplicable el IU.

Por lo anterior, podemos evidenciar que ya no es factible implementar una estructura bajo este modelo de planificación, ya que el texto del artículo 41 F expresamente deja sin efecto esa posibilidad.

El modelo de endeudamiento por tiempo de permanencia

Este modelo de planificación, al igual que el modelo anterior, consiste en aprovechar las características de los elementos de cálculo del exceso de endeudamiento, específicamente el momento en cuando se debe calcular dicha condición de deuda y la forma en que se debe considerar la deuda, ya que como el endeudamiento total anual corresponde a un promedio por tiempo de permanencia, permite la posibilidad de contraer una deuda en el mes de diciembre, en donde la deuda supera notoriamente tres veces el patrimonio, pero al realizar el cálculo de exceso de endeudamiento, la deuda se debe dividir por doce y multiplicar dicho resultado por su tiempo de permanencia durante el año, el cual para este caso sería un periodo. Si consideramos que el capital ha permanecido desde enero en la entidad, el patrimonio se dividirá por doce y luego ese resultado se multiplicará por 12, obteniendo el patrimonio íntegro de la entidad, para efectos de calcular el ratio de exceso de endeudamiento. Entonces, tomando en consideración lo anterior, lo cual se encontraba señalado en el texto de la antigua norma del artículo 59 N°1, una entidad podía aprovechar esta forma de cálculo y endeudarse significativamente en el último periodo del año, o bien

podía estimar en qué periodo le era conveniente endeudarse de manera que no se encontrara fuera del ratio permitido, beneficiándose por la forma de cálculo antes explicada y no quedando sujeto al IU en ese momento, ni tampoco en los periodos siguientes ya que como se explicó anteriormente, el cálculo de exceso de endeudamiento solo se realiza en el periodo que se contrae la deuda, y al año siguiente en donde la deuda si tenga permanencia de doce periodos y el ratio sea superior del permitido, la entidad deudora no se verá obligada a realizar un nuevo cálculo, quedando los pagos de intereses libres del IU (ver ANEXO A, letra b).⁹

Sin embargo el nuevo artículo 41 F, en su texto, específicamente en su inciso primero, señala de forma expresa que el exceso de endeudamiento se determinará al cierre del ejercicio, esto es de forma anual, y no solo en el periodo cuando se contraiga la deuda.

Esta modificación afecta directamente este modelo de planificación, ya que si bien el primer año en que se contraiga la deuda no se encontrará afecto al IU, la entidad deberá volver a calcular el exceso de endeudamiento al año siguiente, y continuando con la explicación antes descrita, el tiempo de permanencia de la deuda será por el ejercicio completo, lo que afectara al ratio deuda patrimonio dejándolo fuera del permitido y quedando el pago, abono en cuenta o puesta a disposición de intereses, comisiones, remuneraciones por servicios, gastos financieros y cargos por deudas en beneficio a un relacionado, que estén afectas al IA 4%, menor al 35% y rebajados o exentos por un CDTI, afectos al I.U

⁹ Contiene un ejemplo gráfico y numérico del modelo por tiempo de permanencia.

Por lo anterior, y al igual que el modelo de planificación anterior, podemos evidenciar que ya no es factible implementar el modelo planificación por tiempo de permanencia, ya que el texto del artículo 41 F nuevamente, deja sin efecto esa posibilidad.

Posibilidades de planificación bajo el nuevo texto del artículo 41 F

Utilización de créditos *bullet*

Una opción para que una MNE realice una inversión en Chile utilizando deuda y capital, inclusive superando el ratio permitido y no quedando sujeta al IU sería utilizando un crédito *bullet*, en el que el monto total del capital y los intereses se pagan al vencimiento del plazo pactado en el contrato.

Este tipo de crédito funcionaría ya que durante el tiempo solo se devengan los intereses, sin pagar abonar en cuenta o poner a disposición los flujos a la entidad acreedora, lo que evitaría que se gatille la aplicación del IU. El SII en la Circular N° 12 del año 2015¹⁰ explica en detalle lo que significa pago, abono en cuenta y

¹⁰ Para estos efectos, como ya se señaló, en el concepto de pago queda comprendido tanto el pago efectivo, como también aquellos casos en que la obligación se cumple por algún modo de extinguir distinto al pago, en tanto permita satisfacer al acreedor de la obligación en su derecho o crédito, tales como la dación en pago, compensación, novación, confusión, transacción, etc. Así ocurriría, por ejemplo, en una capitalización de intereses por parte del acreedor, en que el deudor de dichos intereses paga con una prestación diversa de la originalmente pactada, esto es, se extingue la obligación de pago de intereses mediante un aumento de capital, que resulta pagado capitalizando la obligación principal y los intereses. No quedan comprendidos aquellos modos de extinguir, que no permiten el cumplimiento de la obligación, entre otras, la remisión o condonación de la deuda (sin perjuicio del incremento de patrimonio que experimenta el deudor), la pérdida de la cosa que se debe, la declaración de la nulidad o rescisión del acto, la prescripción extintiva, etc.

Por otra parte, se entiende que hay abono en cuenta cuando en la contabilidad del deudor de la renta, ésta se ha registrado o abonado en la cuenta corriente del acreedor o beneficiario de ella en forma nominada, esto es, individualizando a sus beneficiarios, denotando dicho abono en la cuenta corriente que el deudor está en condiciones de pagar la renta por contar con los recursos

puesta a disposición, señalando que una mera provisión no se encuentra dentro de estos conceptos, lo que sería el caso del devengo de intereses, lo cual no gatillaría la aplicación del IU si no que hasta el final del plazo, cuando afectivamente se cumpla una de las tres formas ante mencionadas de poner a disposición los flujos a la entidad acreedora, siempre y cuando que para esa fecha la entidad deudora se siga encontrando fuera del ratio permitido, lo cual dependiendo de las características de su negocio, podría no ser así ya que durante el plazo de duración del contrato de crédito, se pudieron ir generando utilidades las cuales se fueron acumulando en la entidad y mejorando el CPT de esta, a tal punto que al momento de término del plazo, su ratio deuda patrimonio sea el permitido.

Esta forma de endeudamiento, daría la posibilidad de funcionar en situación de exceso de endeudamiento a las entidades que quieran invertir en Chile bajo un modelo de subcapitalización, sin encontrarse afectos a la norma de control del artículo 41 F al no cumplirse un requisito esencial que da nacimiento al hecho gravado.

financieros para ello. Dicho abono en cuenta no debe significar una mera provisión global o registro contable de una obligación de pago (pasivo exigible). Se entiende que el registro es nominado cuando en el comprobante contable respectivo se individualiza al beneficiario de la renta o prestador del servicio respectivo. De este modo, no resulta relevante el nombre de las cuentas contables que se utilicen para reconocer estas transacciones.

Asimismo, se entiende que el contribuyente cuenta con los recursos financieros respectivos cuando en sus cuentas de caja o fondos disponibles se observe un saldo igual o superior a las sumas que representan tales transacciones. En todo caso, es condición que las sumas respectivas sean exigibles contractualmente a la fecha de su contabilización. Finalmente, una suma se pone a disposición del interesado cuando el deudor está en condición de pagar y así lo da a conocer al beneficiario informándole que la renta está a su disposición o depositada en algún banco o entidad financiera a su nombre o le pide instrucciones al acreedor sobre qué hacer con la renta.

Aplicación voluntaria de la norma de subcapitalización del artículo 41 F

Otra opción para que una MNE realice una inversión en Chile utilizando deuda y capital y superando el *ratio* permitido es realizar caer en una situación de exceso de endeudamiento en forma voluntaria. Por las características particulares de la aplicación de la norma del artículo 41 F y la existencia del nuevo régimen general de tributación de la letra B del artículo 14 de la LIR, estar en una situación de exceso de endeudamiento podría resultar beneficioso. Dado que se permite utilizar el pago del IU como gasto en la determinación de la RLI de la entidad deudora, el efecto cuantitativo de esta norma de control es más beneficioso en términos de carga tributaria efectiva que la distribución de un dividendo, inclusive encontrándose con un 100% de exceso de endeudamiento. Es más, si nos centramos solamente en la carga tributaria del contribuyente final (i.e. el socio o accionista de la entidad deudora) podríamos planificar de una forma tal que nos encontremos fuera del *ratio* permitido y por consiguiente en situación de exceso de endeudamiento, pero en un porcentaje cercano al 0%, lo que al combinarlo con una deuda contraída con un relacionado cuyo pago de intereses se encuentren afectos a un IA de 4% gatillaría la aplicación del IU, pero este se aplica solo sobre el monto que representa el porcentaje de exceso de endeudamiento en el pago de los intereses o demás flujos que para este caso sería cercano a 0%, pudiendo generar una carga tributaria de 4% aproximadamente sobre las remesas realizadas a la entidad extranjera relacionada en comparación al 35% de IA que se le aplicaría a esos mismo flujos por concepto de dividendos. Si se tratara de una sociedad acogida al régimen de tributación 14 B y el acreedor o beneficiario final

fuera socio o accionista de la entidad deudora dichos dividendos se encontrarían afectos a una tasa efectiva de tributación del 44,45% (ver ANEXO A, letra c)¹¹.

Conclusiones

Del análisis de la redacción del texto de la nueva norma del Artículo 41 F, podemos concluir:

1. Que su nuevo texto efectivamente deja sin efecto las antiguas formas de planificar con la antigua norma del artículo 59 N°1, pero sin embargo siguen existiendo formas de poder funcionar bajo una estructura de sub-capitalización en Chile, sin que sea aplicable la nueva norma anti elusiva especial contenida este artículo;
2. Que en el caso de un endeudamiento con crédito *bullet* no se aplicaría la norma específica del 41 F y el SII tampoco podría aplicar, en principio, la NGA ya que el artículo 4° bis del Código Tributario en su texto lo señala expresamente¹², aun considerando la posición sostenida por el SII en el Oficio N° 365 del 2018¹³, en el cual señala que la NGA podría ser aplicable

¹¹ Contiene un ejemplo numérico en donde se muestra el impacto cuantitativo de la norma del Artículo 41 F.

¹² Su inciso penúltimo señala que *“En los casos en que se aplicable una norma especial para evitar la elusión, las consecuencias jurídicas se regirán por dicha disposición y no por los artículos 4° ter y 4° quáter.”*

¹³ El oficio establece *“De conformidad a lo expuesto, y las razones económicas esgrimidas por el consultante, la división de la sociedad anónima, la posterior fusión por incorporación de una de las sociedades que nace de la división con una filial y la consecuente extinción de la deuda existente entre las partes por confusión, así como la utilización de las pérdidas tributarias dentro de empresas de un mismo grupo empresarial, podría, en principio, ser calificada como no elusiva en los términos de los artículos 4° bis, ter y quáter del Código Tributario. Esto último, sin perjuicio de las circunstancias concretas del caso, que podrían hacer variar la conclusión anterior, si el Servicio,*

a situaciones cubiertas por normas anti elusiva especiales, cuando éstas no se aplican por cumplir el contribuyente con sus requisitos; y

3. Que en el caso de un contribuyente de impuesto adicional domiciliado en un país sin CDTI que participe en una sociedad 14 B, el artículo 41 F podría ser utilizado como una herramienta de planificación, gatillando voluntariamente el hecho gravado para retirar utilidades a una tasa de 4% versus un 44,45%, situación ante la cual el SII tampoco podría, en principio, utilizar la NGA por haberse aplicado una norma anti elusiva especial, no pudiendo ejercer su facultad de recalificar este pago de intereses como una distribución de dividendos por expresa disposición del artículo 4° bis del Código Tributario¹⁴.

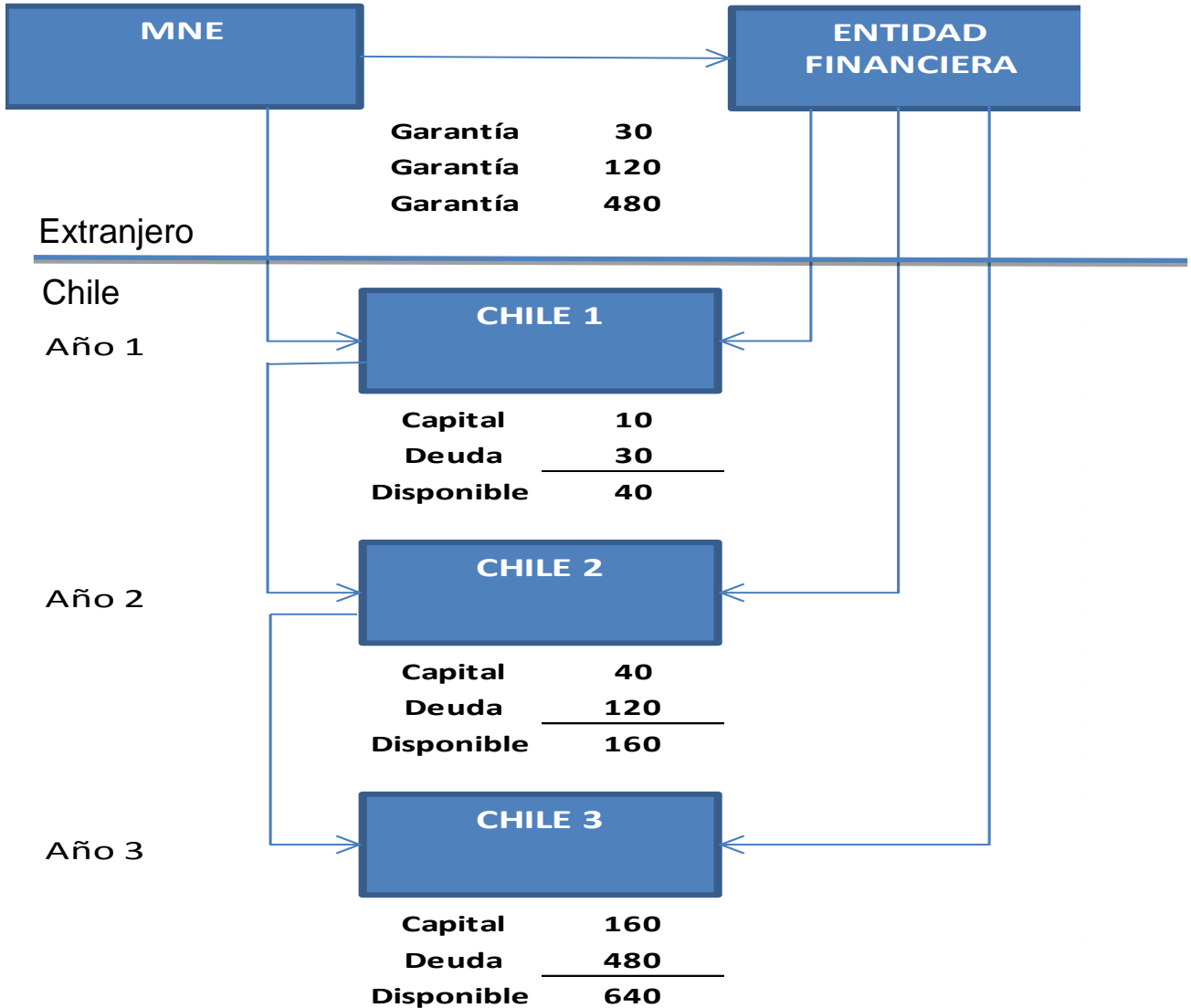
en ejercicio de sus facultades fiscalizadoras, comprueba que la reorganización no produce resultados o efectos jurídicos o económicos distintos del mero aprovechamiento tributario.”

Al respecto, es importante señalar que existen una serie de antecedentes que podrían haber sido evaluados para los efectos de calificar la reorganización como elusiva o no, y que no se hicieron constar en la presentación, los que a modo meramente ejemplar son los siguientes: origen, naturaleza y cuantía de la o las cuentas por cobrar; origen, naturaleza y cuantía de la pérdida de la Sociedad Absorbente; ausencia de medios de prueba para acreditar que las razones económicas esgrimidas por el consultante tienen un impacto real dentro del grupo empresarial y no corresponden solo a meras expectativas generales, y que existe correlación entre las razones económicas esgrimidas y las operaciones consultadas, entre otros.

¹⁴ Sin embargo de debe considerar que los criterios para la aplicación de la NGA y su interacción con las normas anti-elusivas especiales a la luz del principio de especialidad son poco claros.

ANEXO A

a) Ejemplo de planificación de “endeudamiento en cascada”



Relación deuda capital 48:1

Del ejemplo se puede identificar que MNE solo ha aportado como capital efectivo en Chile la suma de \$10, existiendo un exceso de endeudamiento de 48 veces, resultando un ratio de endeudamiento 48 a 1.

b) Ejemplo de planificación de “tiempo de permanencia”

Meses	Enero	Febrero a Noviembre	Diciembre
Capital	100		
Deuda			3.500

Cálculo del endeudamiento promedio mensual	
Total de deudas del año	3.500
Tiempo de permanencia	1
Total endeudamiento por tiempo de permanencia	3.500
Promedio de endeudamiento anual (divide por 12 meses)	292

Exceso de endeudamiento	
Patrimonio x 3	300
Deuda promedio mensual	292
Exceso de endeudamiento	8

Del ejemplo se puede identificar que la deuda al ingresar en diciembre a la entidad deudora, al momento de realizar el cálculo del ratio de exceso de endeudamiento, la deuda se diluye en doce, por haber permanecido solo un periodo del ejercicio, no ocurre así con el capital, ya que su permanecía fue por el ejercicio completo, resultando un ratio de deuda-patrimonio dentro del permitido.

c) Ejemplo de carga tributaria efectiva del IU comparado con IA

i) Pago de IU en forma voluntaria.

Datos de sociedad (14B)	
Crédito con entidad relacionada extranjera	1.000
<u>Balance</u>	
Utilidades Balance	1.000
Tasa de Interés pactada 5% anual	50
IA 4%	2
ITE (0,8%)	8
Utilidades Financieras Balance	940
<u>Cálculo de IU</u>	
Porcentaje de exceso de endeudamiento 100%	50
IU 35%	17,5
Crédito por IA 4%	2
Pago de IU	15,5
<u>RLI</u>	
Utilidades Balance	940
1) Agregados: IA 4%	2
2) Deducciones: IU 35%	-17,5
RLI Ejercicio	925
Pago IDPC 27 % (14B)	250
<u>Pago de Crédito</u>	
Flujos disponibles para pagar crédito	675
Pago de Intereses	50
Monto de capital + intereses pagados	725
Carga Tributaria sobre los 1.000	275
Total remesado al extranjero	725
Porcentaje de carga tributaria sobre los 1.000	28%

ii) Distribución de dividendos

Datos de sociedad (14B)	
Utilidades Balance	1.000
Tasa de IDPC (14B)	27%
País con CDTI vigente	Sí
<u>RLI</u>	
Utilidades Balance	1.000
Pago IDPC 27 % (14B)	<u>270</u>
Utilidades disponibles después de IDPC	730
<u>Distribución de dividendos</u>	
Dividendo	730
Incremento	<u>270</u>
Dividendos Afecto a IA 35%	1.000
IA 35%	350
Crédito por IDPC 27%	<u>270</u>
IA a pagar	80
Carga Tributaria sobre los 1.000	350
Total remesado al extranjero	650
Porcentaje de carga tributaria sobre los 1.000	35%

Ahorro porcentual de impuesto, país con CDTI	7%
Ahorro porcentual de impuesto, país sin CDTI	17%

Del ejemplo podemos evidenciar, para el mismo flujo de \$1.000, la carga tributaria efectiva es más beneficiosa al encontrarse afectos al IU que al pagar IA por concepto de retiros o dividendos.

ANEXO B

	Acción N° 4 BEPS	Artículo 41 F
1 (o)	Umbral mínimo de gasto neto por intereses para aplicación de norma.	No tiene.
2	Regla objetiva: Límite máximo permitido de gasto por intereses.	Distinta: Límite máximo permitido <u>de endeudamiento</u> .
3 (o)	Regla subjetiva (complementaria): ratio grupal permite ajustar ratio fijo.	No tiene.
4 (o)	Regla de <i>carry-forward</i> y <i>carry-back</i> de interés rechazado o no utilizado	No tiene.
5	Reglas para situaciones especiales	No tiene.
6	Reglas para industria bancaria y de seguros	No se aplica a empresas bancarias, financieras, de seguros y previsionales bajo supervisión de la SBIF, CMF y SSS.
*	Sanción por exceso: prohibición de deducir el interés	No limita deducción del interés , sino que grava con 35% el porcentaje de exceso de endeudamiento. <u>Permitiendo deducir el impuesto como gasto.</u>

BIBLIOGRAFÍA

1. BLOUIN, J. et al. Thin Capitalization Rules and Multinational Firm Capital Structure. IMF Working Paper, No. 14/12, International Monetary Fund, Washington, DC, 2014.
2. BUETTNER, T. et al. The impact of thin capitalization rules on the capital structure of multinational firms. Journal of Public Economics 96: 930-938, 2012. Elsevier, Amsterdam.
3. FERNÁNDEZ A., Antolín. Fiscalización internacional de los gastos financieros: normativa interna y derecho comparado. Documentos de Trabajo 19:1-33, 2013. Instituto de Estudios Fiscales de España, Ministerio de Economía y Hacienda, España.
4. FRYDENBERG, STEIN. "Theory of Capital Structure – A Review", FRIHET OG MANGFOLD, FESTSSKRIFT TIL ODD, G. Arntzen. L. Fallan & O. Gustafsson, eds., Trondheim: Tapir/TØH, Tapir Academic Press, NO-7005 Trondheim, Norway. Disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=556631>
5. GRAETZ, M.J. A Multilateral Solution for the Income Tax Treatment of Interest Expenses. Bulletin of International Taxation, Vol. 62, IBFD, 486-493, 2008.
6. IBÁÑEZ G., María Jesús. Exceso de endeudamiento y la norma de no-discriminación de los convenios de doble tributación de la organización para la cooperación y el desarrollo económicos. Actividad Formativa Equivalente para optar al grado de Magíster en Derecho Tributario en Anuario de

- Derecho Tributario N° 8: 17-56, 2016. Santiago, Universidad Diego Portales.
7. MANISAKVA A., Lucio E. Encuadramiento fiscal de la subcapitalización de empresas. En: XIX Jornadas Latino-americanas de Derecho Tributario Livro 3. Lisboa Associacao Fiscal Portuguesa, 1998.
 8. MILLER, MERTON and MODIGLIANI, FRANCO. The Cost of Capital, Corporation Finance, and the Theory of Investment. *American Economic Review*, 48:261-297, 1958.
 9. MØEN, J. et al. International Debt Shifting: Do Multinationals Shift Internal or External Debt?. Working Paper Series, No. 2011-40, University of Konstanz, Department of Economics, 2011.
 10. OECD. Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting. OECD Publishing, Paris, 2013, at <http://dx.doi.org/10.1787/9789264202719-en>.
 11. OECD. Limiting Base Erosion Involving Interest Deductions and Other Financial Payments, Action 4 - 2015 Final Report, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris, 2015.
 12. OECD. Limiting Base Erosion Involving Interest Deductions and Other Financial Payments, Action 4 - 2016 Updated Report, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris, 2016.
 13. RUF, M. and SCHINDLER, D. Debt Shifting and Thin Capitalization Rules – German Experience and Alternative Approaches. Norwegian School of Economics, Bergen, NHH Discussion Paper RRR, No. 06-2012, 2012.

14. SEPÚLVEDA, Patricia y BURGOS, Eduardo. La Subcapitalización como un tipo de planificación tributaria agresiva internacional: un enfoque comparado. Revista de Estudios Tributarios 16: 51-82, 2016. Santiago, Centro de Estudios Tributarios de la Universidad de Chile.
15. VILLALÓN M., Víctor. Análisis del Exceso de Endeudamiento. Revista de Estudios Tributarios 9: 143-184, 2014. Santiago, Centro de Estudios Tributarios de la Universidad de Chile.
16. Ley sobre Impuesto a la Renta, artículo 1° del Decreto Ley N° 824 de fecha 27 de diciembre de 1974.
17. Ley N° 19.738 de fecha 19 de junio de 2001.
18. Ley N° 19.879 de fecha 24 de junio de 2003.
19. Ley N° 20.780 de fecha 29 de septiembre de 2014.
20. Ley N° 20.899 de fecha 8 de febrero de 2016.
21. Mensaje Presidencial N° 24-362 de fecha 1 de abril de 2014.
22. Circular N° 24 de 2002, Servicio de Impuestos Internos.
23. Circular N° 48 de 2003, Servicio de Impuestos Internos.
24. Circular N° 12 de 2015, Servicio de Impuestos Internos.
25. Circular N° 34 de 2016, Servicio de Impuestos Internos.
26. Oficio N° 1.225 de 2017, Servicio de Impuestos Internos.
27. Oficio N° 365 de 2018, Servicio de Impuestos Internos.