



**PAUTAS DE INTERPRETACIÓN DE LA NORMA DE RELACIÓN
DEL ARTÍCULO 41 G DE LA LEY SOBRE IMPUESTO A LA RENTA
Y DE UNO DE SUS SUSPUESTOS DE EXCLUSIÓN**

PARTE I

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

Alumnos: Jaime Preiss Contreras

Profesores Guías: Christian Delcorto

SANTIAGO DE CHILE, SEPTIEMBRE 2017

TABLA DE CONTENIDOS

I.	INTRODUCCIÓN.....	1
II.	<u>CAPÍTULO I: ASPECTOS GENERALES DE LAS NORMAS CFC Y PARTICULARES DEL ARTÍCULO 41 G.....</u>	7
	A. Introducción sobre las Normas CFC y su origen	7
	B. Elementos comunes de las Normas CFC	11
	C. Análisis general del Artículo 41G.....	13
	(i) Objetivo del Art. 41G.....	14
	(ii) Carácter excepcional del Art. 41G.....	16
	(iii) Elementos del Art. 41G de la LIR.....	16
	a) Primer elemento: Existencia de una entidad controladora.....	17
	b) Segundo elemento: Existencia de una entidad controlada.....	18
	c) Cuarto elemento: Rentas pasivas.....	21
	D. Análisis Particular de la Norma de Control/Relación y de Exclusión del Art. 41G objeto de la tesis.....	23
	(i) Control.....	23
	(ii) Normas de Exclusión.....	30
III.	<u>CAPÍTULO II: HISTORIA LEGISLATIVA EN RELACIÓN A LAS NORMAS DE RELACIÓN Y EXCLUSIÓN E INTERPRETACIÓN DE LAS MISMAS..</u>	33
	A. Análisis relativo a la Norma de Control/Relación.....	33
	(i) Interpretación literal de la Norma de Control/Relación.....	33
	(ii) Objetivos e historia fidedigna de la Ley 20.899.....	39

TABLA DE CONTENIDOS (Continuación)

B.	Análisis relativo a la Norma de Exclusión.....	45
(i)	Interpretación literal de la Norma de Exclusión.....	45
(ii)	Objetivos e historia fidedigna de la Ley 20.899.....	48
IV.	<u>CAPÍTULO III: RECOMENDACIONES DE LA OCDE EN RELACIÓN A LAS NORMAS DE CONTROL/RELACIÓN Y EXCLUSIÓN.....</u>	50
A.	Recomendaciones OCDE respecto a la Norma de Control/Relación.....	50
B.	Recomendaciones OCDE respecto a la Norma de Exclusión.....	53
V.	<u>CAPÍTULO IV: DICTÁMENES DEL SII Y DE LA SVS EN RELACIÓN A LAS NORMAS DE CONTROL/RELACIÓN Y EXCLUSIÓN.....</u>	56
A.	Dictámenes relativos a la Norma de Control/Relación.....	57
(i)	Interpretaciones del SII.....	57
(ii)	Interpretaciones de la SVS.....	59
B.	Dictámenes relativos a la Norma de Exclusión.....	60
(i)	Interpretaciones de la Circular 48.....	61
(ii)	Interpretaciones de la Circular 12.....	62
(iii)	Interpretaciones del Oficio 1781.....	63
VI.	CONCLUSIONES.....	65
VII.	Bibliografía.....	69

I. INTRODUCCIÓN

La Ley N° 20.780 titulada “reforma tributaria que modifica el sistema de tributación de la renta e introduce diversos ajustes en el sistema tributario”, publicada con fecha 29 de septiembre del año 2014 (en adelante, la “Ley”), introdujo importantes cambios al sistema de tributación imperante en Chile hasta el momento de su publicación. Tales cambios supusieron no solo una modificación de normas estructurales de la Ley sobre Impuesto a la Renta (“LIR”),¹ sino que también la incorporación de nuevas disposiciones que trascendieron a la sola discusión sobre la integración de los impuestos empresariales (Impuesto de Primera Categoría) con los impuestos finales (Impuesto Global Complementario o Impuesto Adicional)².

Uno de los objetivos principales buscados por las normas incorporadas a la LIR, tal como lo señala el mensaje presidencial mediante el cual se dio origen a la tramitación legislativa de la Ley, es avanzar en medidas que disminuyan la elusión y evasión tributaria³. En efecto, aunque la Ley contempla otros tres objetivos además del señalado⁴, la disminución de la evasión y elusión tributaria resultaban (y resultan hoy también) particularmente relevantes si se considera que metodologías que permitieran una mayor recaudación -mediante una disminución de la evasión y elusión tributaria- servirían económicamente también para las diversas reformas no tributarias que el gobierno se había comprometido llevar a cabo.

En ese contexto, quizás la modificación más importante a la LIR introducida por la Ley fue la incorporación de los nuevos regímenes generales de tributación que entraron en vigencia a partir del 1 de enero de 2017, y en los que es posible advertir la pretensión del legislador tributario en orden a obtener una mayor recaudación a través de sistemas que incluyen mecanismos destinados a evitar el diferimiento de los impuestos finales⁵ de la LIR⁶.

¹ Decreto Ley N° 824 de 1974, y sus modificaciones.

² Dentro de las numerosas reformas introducidas por la Ley a la LIR se encuentran, a modo de ejemplo, la eliminación del Fondo de Utilidades Tributables, la modificación de tasas de algunos de sus impuestos (v.gr. el impuesto del inciso 1° del artículo 21 de la LIR que aumentó de 35% a 40%, el Impuesto de Primera Categoría que sube a 25% y 27% dependiendo del régimen de tributación al que se sujeta el contribuyente, y la disminución de la tasa marginal del Impuesto Global Complementario de 40% a 35%), la modificación de los ingresos no constitutivos de renta consagrados en el artículo 17 de la LIR, entre otras.

³ Véase “Mensaje de S.E. la Presidenta de la Republica con el que inicia un proyecto de ley de reforma tributaria que modifica el sistema de tributación de la renta e introduce diversos ajustes en el sistema tributario”, dirigido a la Cámara de Diputados, Mensaje N° 24-362, capítulo II. p. 5.

⁴ En términos generales, ellos son aumentar la carga tributaria para financiar gastos permanentes de la reforma educacional, introducir nuevos y más eficientes mecanismos de incentivos al ahorro e inversión, y avanzar en equidad tributaria, mejorando la distribución del ingreso.

⁵ En adelante, por “Impuestos Finales” hacemos referencia tanto al Impuesto Global Complementario como al Impuesto Adicional, salvo que se exprese o del contexto se infiera algo distinto.

⁶ Lo dicho se manifiesta especialmente en el régimen conocido como “régimen de renta atribuida” o, como también lo ha denominado el Servicio de Impuestos Internos (“SII”) en la Circular N° 49 emitida el año 2016, “régimen de la letra A del Artículo 14 de la LIR” (por su ubicación en la LIR). Dicho régimen obliga a las sociedades, empresas o comunidades acogidas a él a atribuir, al final de cada

En esa misma línea y con el objeto de evitar que la estructura de la ley tributaria doméstica permitiera diferir la tributación de rentas, la Ley incorporó a la LIR normas conocidas internacionalmente como “*Controlled Foreign Corporation Rules*” (en adelante, la “Norma CFC” las “Normas CFC” según corresponda), que tienen por finalidad, justamente, evitar el diferimiento de impuestos en un determinado país mediante la interposición de sociedades extranjeras controladas por residentes de la misma jurisdicción, pero específicamente respecto de “rentas pasivas”, las que, cumpliéndose determinados requisitos, deberán considerarse “atribuidas” a los contribuyentes residentes en Chile para efectos de gravarlas con los impuestos correspondientes aunque tales rentas no hubieren sido retiradas o distribuidas en favor de los mismos⁷.

En efecto, el artículo 12 de la LIR establece que por regla general, las rentas de fuente extranjera solo se gravarán en Chile al momento de su percepción⁸, y por ende, en forma previa a la incorporación de la Norma CFC, bastaba la creación de una empresa o entidad fuera de Chile, que no implicare la generación de un establecimiento permanente, y mediante la cual se realizaran las inversiones en el extranjero, para evitar que las rentas producidas por tales inversiones no tributaren

ejercicio comercial, a sus socios, accionistas o comuneros las rentas generadas en el mismo año por la empresa, sociedad o comunidad respectiva, gatillando de esa forma la aplicación de los Impuestos Finales sobre tales rentas. En términos simples, con el régimen de renta atribuida se pretende gravar la renta, en el mismo año comercial, tanto con el Impuesto de Primera Categoría (“IDPC”) como con los Impuestos Finales. Como se advertirá, con la incorporación de este nuevo régimen general de tributación se busca evitar lo que tradicionalmente se lograba por medio del Fondo de Utilidades Tributables, esto es, que tanto las personas naturales residentes y/o domiciliadas en Chile contribuyentes de Impuesto Global Complementario, como las personas naturales o jurídicas no residentes ni domiciliadas en nuestro país contribuyentes de Impuesto Adicional pudieran “suspender” la tributación de los impuestos finales correspondientes, mientras no se efectuaren retiros, remesas o distribuciones de utilidades desde las sociedades o empresas en las que participaban.

⁷ El Mensaje N° 24-362 previamente citado al tratar sobre las modificaciones de normas sobre tributación internacional, hace expresa mención a esta norma, al señalar en el Capítulo III. punto 1 letra f literal (ii) que “...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...”. Misma referencia se hace en el Informe de la Comisión de Hacienda en segundo trámite constitucional Boletín N° 9.290-05 presentado al Senado el día 14 de julio de 2014.

⁸ Única excepción a esta regla, en forma previa a la dictación de las Normas CFC, se daba con las rentas obtenidas por establecimientos permanentes en el extranjero de contribuyentes residentes en Chile, las que debían (y deben) ser reconocidas en Chile tanto al momento de su percepción como de su devengamiento. Actualmente, el artículo 12 de la LIR establece: “*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*”.

en Chile sino hasta su retiro o distribución por el contribuyente domiciliado o residente en nuestro país.

En términos concretos, la Ley materializó la introducción de la Norma CFC a nuestra legislación mediante la incorporación a la LIR del nuevo artículo 41 G (“Art. 41G”), cuya entrada en vigencia comenzó el 1 de enero de 2016⁹, y que como veremos en este trabajo, utiliza un mecanismo similar al utilizado por el régimen de renta atribuida, ya que ambas disposiciones operan en base a la “atribución” de rentas.

Luego de la incorporación del Art. 41G a la LIR por la Ley, la disposición fue modificada por la Ley N° 20.899 publicada con fecha 8 de febrero de 2016 que Simplifica el Sistema de Tributación a la Renta y Perfecciona Otras Disposiciones Legales Tributarias (en adelante, la “Ley 20.899”). Las modificaciones efectuadas se relacionaban con varios aspectos del Art. 41G, entre ellos, con la incorporación de una nueva norma de determinación de control indirecto, con la clarificación de algunos tipos de rentas pasivas y de las normas de crédito por impuestos pagados en el extranjero, y con la incorporación de créditos por impuestos de retención extranjeros y su forma de cálculo para efectos de su utilización contra los impuestos en Chile.

En ese contexto, han surgido algunos problemas de interpretación, especialmente relacionados con dos de las modificaciones, y que en esta tesis se analizarán.

La primera modificación se refiere a las normas de relación entre el contribuyente – o patrimonio de afectación- domiciliado o residente en Chile y sus “relacionados”, especialmente por su remisión al artículo 100 de la Ley 18.045 sobre Ley de Mercado de Valores, para efectos de determinar si tal contribuyente cumple o no con el porcentaje necesario de al menos el 50% de participación sobre el capital, el derecho a las utilidades o los derechos a voto para efectos de determinar si debe considerarse o no como controlador de la entidad extranjera cuyas rentas pasivas se pretende gravar en Chile. Las dudas que se han planteado, dicen relación con la aplicación del artículo 100 de la Ley N° 18.045 a personas naturales residentes o domiciliadas en Chile cuyo control se pretende determinar¹⁰.

La segunda modificación efectuada por la Ley 20.899 que interesa, se refiere a la incorporación de una nueva norma de exclusión de aplicación del Art. 41G consistente en un gravamen en el extranjero sobre las rentas pasivas con una *tasa efectiva* igual o superior a un 30%, en conformidad a las normas que el país de la entidad extranjera aplique. Al respecto, la ley no hizo definición alguna de lo que debe entenderse por “tasa efectiva”, ni tampoco estableció cómo tal tasa debe calcularse cuando los impuestos pagados en un tercer país por sociedades subsidiarias de la entidad controlada pueden ser utilizados como crédito o exención

⁹ Véase letra c) del Artículo Primero Transitorio en relación con el artículo 1° de la Ley y capítulo III de la Circular N° 40 del 8 de Julio de 2016 del SII.

¹⁰ En adelante, las referencias a esta norma y a la problemática que se estudia en esta tesis, se harán mediante el concepto “Norma de Control/Relación”.

en el país de residencia de la entidad controlada cuya tasa efectiva se está analizando. Adicionalmente, la norma exige que las rentas pasivas “se hayan gravado” con una tasa efectiva de 30%, generando, según se explicará, un problema de temporalidad en la determinación de la tasa efectiva, y por ende, en la aplicación de esta norma de exclusión¹¹.

La escasa doctrina chilena relativa a la Norma CFC, no ha tratado ninguno de los dos asuntos en forma directa. En efecto, históricamente y con bastante anticipación a la incorporación del Art. 41G, uno de los primeros textos que se pueden encontrar sobre la materia corresponde al abogado OSORIO MORALES, Hugo quien en su texto *Evitando Monstruos: Análisis Comparativo de las Normas sobre Sociedades Extranjeras Controladas* específicamente se enfocó en hacer un análisis comparativo entre el sistema de Normas CFC de Estados Unidos de América y Nueva Zelanda y a partir ello, la aplicabilidad de este tipo de normas en nuestro país. Tanto por su precedencia histórica como por el tema tratado, nada dice este análisis sobre los puntos en que se enfoca esta tesis.

Posteriormente, y ya incorporada la Norma CFC a nuestro país, encontramos a autores como la abogada ABUGATTAS NAZAL, Paula quien en su texto *Análisis Crítico a las Nuevas Normas CFC Introducidas en la Ley 20.780* realizó especialmente un análisis comparativo entre la norma chilena y la norma CFC de los Estados Unidos de América. Adicionalmente, encontramos a BUSTOS, Andrés quien en su texto *Reglas CFC y su aplicación en América Latina: El caso particular de Chile* se enfocó, particularmente, en la compatibilidad del Art. 41G con las Normas CFC de la región, con las recomendaciones de la OCDE y con su aplicación a situaciones cubiertas por Convenios para Evitar la Doble Imposición firmados por Chile con otros países de la región¹².

Finalmente, la única referencia parcial que encontramos a los temas que se analizarán en esta tesis, la encontramos en el trabajo de la tesista CHACRA GAETE, Stephanie Lizabeth quien en su tesis “*Aplicación del Artículo 41 G de la Ley sobre Impuesto a la Renta a los Trust*”, hace un breve análisis de la compatibilidad de la tasa efectiva de 30% establecida en el Art. 41G con las recomendaciones de la OCDE, pero sin pronunciarse concretamente sobre la situación previamente expuesta (consideración del crédito por impuestos pagados

¹¹ En adelante, las referencias a esta norma y a las problemáticas asociadas a la misma que se estudian en esta tesis, se harán mediante el concepto “Norma de Exclusión”.

¹² Particularmente sobre la Norma de Exclusión, el autor señalado indicó exclusivamente que “*El artículo 41 G de la LIR, modificado por la Ley N° 20.899 de 2016, establece que no se aplicarán estas normas si en el país o territorio del cual es residente la entidad controlada la tributación efectiva sobre esas rentas es igual o mayor a un 30%. Es un estándar bastante alto que muy pocos países cumplen, por lo que en opinión de este autor será rara vez invocada*”. BUSTOS, Andrés, “*Reglas CFC y su aplicación en América Latina: El caso particular de Chile*”, Memorias del Premio Latinoamericano de Investigación. IFA, pág. 298.

en el extranjero como crédito o exención para efectos del cálculo de la tasa efectiva)¹³.

Como se advertirá, las problemáticas descritas no solo han sido obviadas o tangencialmente tratadas por la literatura especializada chilena, sino que además son sumamente importantes ya que determinan la aplicabilidad del Art. 41G generando con ello problemas de certeza jurídica frente a la elección de las formas de inversión que contribuyentes domiciliados o residentes en Chile pretendan efectuar en el extranjero.

Conforme a lo anterior, las hipótesis a validar con esta tesis son:

- 1) La referencia de la Norma CFC a las normas de relación del artículo 100 de la Ley 18.045 son poco claras en su aplicación frente a la situación de personas naturales residentes o domiciliadas en Chile, lo que genera evidentes problemas de certeza jurídica frente a las metodologías de inversión en el extranjero que este tipo de contribuyentes pudiere pretender realizar; y
- 2) La Norma CFC no define el concepto de “tasa efectiva” de 30% por impuestos pagados en el extranjero que se exige para hacer inaplicable la misma norma, como tampoco la metodología de cálculo que se debe utilizar cuando, impuestos pagados en el extranjero por sociedades subsidiarias de la entidad controlada pueden ser utilizados como crédito o exención en el país de residencia de la misma entidad controlada. La redacción de la Norma CFC sobre este punto acarrea además problemas de temporalidad al tiempo de cálculo de la tasa efectiva ya que, en principio, exige que las rentas pasivas se *hayan gravado* con la tasa efectiva de 30% sin considerar los futuros impuestos de retención que en muchas ocasiones establecen las distintas jurisdicciones al momento en que las sociedades distribuyen dividendos.

¹³ Concretamente sobre el asunto CHACRA GAETE explica que “Es así como, el artículo 41 G hace mención a la “tasa efectiva”, según la recomendación de la OCDE, la cual es posible definir como el porcentaje que representa el impuesto efectivamente pagado o adeudado en el monto neto recibido. De esta forma, la tasa fija de un impuesto puede verse transformada en una menor tasa efectiva, si se consideran otros factores como exenciones de impuesto, ya sea por criterios de actividad o territorialidad, o devoluciones, entre otros criterios a tomar en cuenta y que determinan el porcentaje que, en definitiva, representa el impuesto pagado respecto el monto recibido...la tasa efectiva como límite para la aplicabilidad de la norma chilena de 30% es mayor a la tasa de impuesto de primera categoría, y no menor según la recomendación de la OCDE. Sin embargo, la norma chilena hace referencia a la tasa efectiva del equivalente al impuesto a la renta en el exterior y no sólo al impuesto corporativo como recomienda la OCDE, ya que nuestra legislación contiene un sistema integrado de tributación, por lo que, tomando en cuenta que también se podrán utilizar como crédito los demás impuestos asimilables al impuesto a la renta chileno, podría concluirse que la norma chilena cumple la recomendación, ya que el límite fijado es menor a las tasas máximas de los impuestos finales a la renta en Chile. CHACRA GAETE, Stephanie Lizabeth, *Aplicación del Artículo 41 G de la Ley sobre Impuesto a la Renta a los Trust*, Tesis para Optar al Título de Magíster en Derecho Tributario, profesor guía SCHUDECK DÍAZ, Astrid, Chile, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Escuela de Postgrado, Septiembre 2016. Págs. 38 y 39.

El análisis de las hipótesis descritas se enfocará a dos claros objetivos generales, cuales son:

- 1) Generar pautas de interpretación que permitan dilucidar si el artículo 100 de la Ley 18.045 referido por el Art. 41G de la LIR es o no aplicable a personas naturales y, de serlo, si permite relacionarlas entre ellas, y
- 2) Generar pautas de interpretación que permitan dilucidar si los impuestos pagados en terceros países por sociedades subsidiarias de las entidades controladas en los términos del Art. 41G deben ser o no considerados al momento de calcular la “tasa efectiva” de 30% que exige la misma norma para que ella no sea aplicable y si el cálculo de dicha tasa debe o no considerar los impuestos de retención no aplicados al momento del cálculo de la tasa efectiva, a pesar que tales impuestos de retención sí se aplicarán al momento de la distribución de utilidades por parte de la entidad controlada.

Para estos efectos, la tesis comienza con un primer capítulo que describe el marco teórico de la misma, esto es, los antecedentes normativos de la incorporación de la Norma CFC a nuestra legislación, una descripción general de los requisitos de aplicación del Art. 41G y una descripción particular de los aspectos de las normas que en el mismo Art. 41G se están analizando.

Posteriormente, la tesis se divide, respecto de cada una de las hipótesis a validar, en tres capítulos. El primero de ellos, se refiere a la historia de la Ley N° 20.899 que modificó el Art. 41G en los aspectos que nos importan e incorpora una interpretación histórica o lógica y literal de las normas bajo análisis. El segundo capítulo, atendido el fundamento directo que la Norma CFC tiene en los principios dictados por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (“OCDE”), se enfoca en describir cuáles son las recomendaciones que concretamente la misma institución ha otorgado a nivel internacional para la aplicación de las normas en estudio. Y, finalmente, el tercer capítulo se enfocará en el análisis de la jurisprudencia administrativa, especialmente del Servicio de Impuestos Internos (“SI”), que tiene directa relación con los asuntos estudiados.

Como se desprenderá de lo anterior, el desarrollo de la tesis utiliza principalmente una metodología dogmática, que se funda en la descripción literal de la norma incorporada a la LIR, en la jurisprudencia administrativa relacionada con ella, y especialmente, en las recomendaciones de la OCDE asociadas a las incorporaciones de las Normas CFC, las que atendida la referencia histórico-legislativa de la Ley, nos parece es uno de los antecedentes interpretativos más relevantes para cumplir el objetivo de esta tesis.

Finalmente, esperamos que esta tesis sea de utilidad para todos aquellos que tienen relación laboral o académica con la disciplina tributaria, especialmente en los aspectos que se relacionan con las Normas CFC, tanto en el mundo privado como público, constituyéndose en un aporte más a la profundización de materias tributarias recientemente incorporadas al ordenamiento jurídico de nuestro país.

II. CAPÍTULO I: ASPECTOS GENERALES DE LAS NORMAS CFC Y PARTICULARES DEL ARTÍCULO 41 G.

A. Introducción sobre las Normas CFC y su origen:

Las Normas CFC encuentran su origen en los Estados Unidos de América (“EE.UU.”), país que las incorpora a su legislación interna en el año 1962 como respuesta al diferimiento de impuestos por residentes de EE.UU. respecto de rentas de fuente extranjera, particularmente aquellas rentas mantenidas en paraísos fiscales¹⁴. Desde entonces hasta la presente fecha, las Normas CFC han sido implementadas gradualmente en las legislaciones de varios países¹⁵.

A modo de ejemplo, dentro de los países que han incorporado Normas CFC a sus legislaciones podemos mencionar Argentina, que incorporó dichas disposiciones a su ordenamiento jurídico-tributario a través de la reforma al impuesto a las ganancias efectuada en el año 1999¹⁶. Asimismo, podemos mencionar a Uruguay, país que incorporó Normas CFC a su legislación en el año 2010 a través de la Ley N° 18.718¹⁷, y Perú, que incorporó las mismas a su legislación en el año 2012 a través del Decreto Legislativo 1120¹⁸.

Sin duda un factor preponderante para la incorporación gradual de las Normas CFC fue el informe emitido por la OCDE en julio del año 1998, denominado “*Competencia fiscal perjudicial: Una cuestión global emergente*”, que corresponde al primer estudio sistemático sobre la competencia fiscal perjudicial¹⁹, y en el que se

¹⁴ VILLAGRA, Renée Antonieta, “*Análisis crítico del régimen de transparencia fiscal internacional vigente en el Perú a partir del 2013*”, Pontificia Universidad Católica del Perú, THÉMIS, Revista de Derecho, 2013, p. 52.

¹⁵ En efecto, el reporte final del año 2015 de las recomendaciones por parte de la OCDE, relativas al diseño de las Normas CFC denominado “*Designing Effective Controlled Foreign Company Rules, Action 3*”, señala que las “*CFC rules have existed in the international tax context for over five decades*”. OECD (2015), “*Designing Effective Controlled Foreign Company Rules, Action 3 – 2015 Final Report, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project*”, OECD Publishing, Paris.<http://dx.doi.org/10.1787/9789264241152-en> p. 11).

¹⁶ ALTAMIRANO, Alejandro, “*Transparencia Fiscal Internacional: Normas tributarias para la prevención de la elusión internacional*”, II Coloquio Internacional de Derecho Tributario en la ciudad de Buenos Aires, organizado por la Universidad Austral, el Centro de Extensión Universitaria de San Pablo, Brasil y la Universidad de La Sabana, 2002, p. 8.

¹⁷ CALLEJA, Ana, CAMEJO, Catalina, BRUZZONE, Leonardo y ACOSTA, Juan Andrés, “*Las rentas de fuente extranjera gravadas por IRPF*”, trabajo presentado en las IV Jornadas Académicas de la Facultad de Ciencias Económicas y de Administración de la Universidad de la República, Uruguay, 2013, p. 2.

¹⁸ VILLAGRA, Renée Antonieta, Op. Cit. p. 53.

¹⁹ VALLEJO, José María, “*La competencia fiscal perniciosa en el seno de la OCDE y la Unión Europea*”, Revistas ICE, Gobierno de España, Ministerio de Economía, industria y Competitividad, Septiembre-Octubre 2005, p. 147. (véase directamente en http://www.revistasice.com/CachePDF/ICE_825_147-160_713157213A437FCC4C4C18F82FFA4895.pdf). Importante es mencionar que en el proceso de emisión del informe señalado, Chile aún no era parte de la OCDE sin perjuicio de lo cual, participó

pronunció justamente sobre las Normas CFC²⁰, recomendando su aplicación por todos los Estados²¹.

En efecto, a través de este informe la OCDE informó, a nivel internacional, cómo las denominadas “prácticas impositivas dañinas” (entendiéndose como parte de ellas a los paraísos fiscales y los territorios con baja o nula tributación) afectan la ubicación de las actividades financieras y de otros servicios, erosionan las bases impositivas de otros países, distorsionan los patrones de comercio e inversión y socavan la imparcialidad, la neutralidad y la amplia aceptación social de los sistemas fiscales en general²².

Adicionalmente, el informe propuso herramientas que permitieran combatir las prácticas impositivas dañinas que en él se identificaban. Dentro de tales herramientas se encontraban las Normas CFC, disposiciones cuya finalidad era

en un seminario regional en que se trataron estos temas según relata la propia Introducción del Informe en su punto 14. En este sentido, desde el comienzo del estudio y trabajo de la OCDE sobre la Competencia Fiscal Perjudicial, la Organización pretendió incluir no solo a sus Estados Miembros sino que también a todos aquellos que estuvieran interesados en este relevante asunto. En efecto, en sus palabras, el Informe señala que *“The Committee recognises that since the problems discussed in this Report are of an inherently global nature, it is critical that as many countries as possible are involved in the dialogue. The broader the economic grouping of countries engaged in this dialogue, the greater the effectiveness of any solutions proposed, since this would minimise any displacement of activities to jurisdictions with harmful tax practices outside of the participating countries. Any displacement of activities may put more pressure on the implementation of counteracting measures if such activities are re-established in jurisdictions which operate non-transparent harmful tax practices. It is for these reasons that the Committee has attached particular importance to associating non-member countries with its analytical and policy discussions on harmful tax competition”* (OCDE, “Harmful Tax Competition: An Emerging Global Issue”, 1998, <http://dx.doi.org/10.1787/9789264162945-en> p.10)

²⁰ OCDE, “Harmful Tax Competition: An Emerging Global Issue”, 1998, <http://dx.doi.org/10.1787/9789264162945-en> p. 40.

²¹ Concretamente el Primer Informe, recomendó lo siguiente *“100. The Recommendation is twofold. First, countries that do not have CFC rules are asked to consider adopting CFC rules or equivalent rules as one measure to counter harmful tax competition. Whether a country feels the need for such rules will depend in part upon its evaluation of the effectiveness of its existing measures. Second, countries are asked to consider applying their CFC or equivalent rules in appropriate cases to income and entities covered by tax practices considered, on the basis of the factors developed in Chapter 2, to constitute harmful tax competition. While the specificities of domestic tax systems do not allow for the harmonisation of CFC rules or for the development of model CFC provisions, greater co-ordination in targeting such domestic rules will be a useful improvement. Accordingly, Member countries are urged, with the continued co-ordination by the OECD, to try for congruence of results of their respective CFC or equivalent legislation in a manner consistent with the objectives of this Report. Further work may enable the Committee to elaborate on some minimum standards for the design of such regimes in terms of their effectiveness in counteracting harmful tax practices. Moreover, it would also be useful to examine more closely the interrelationship between CFC, Foreign Investment Fund and Foreign Trust legislation in order to improve their overall effectiveness in combating harmful tax practices. However, this should not delay action on the part of countries which do not now have CFC or equivalent rules.”* (OCDE, “Harmful Tax Competition: An Emerging Global Issue”, 1998, <http://dx.doi.org/10.1787/9789264162945-en> p.41)

²² OECD, “Harmful Tax Competition: An Emerging Global Issue”, 1998, <http://dx.doi.org/10.1787/9789264162945-en> p. 8.

eliminar los beneficios relacionados al diferimiento de la imposición doméstica sobre algunas o todas las rentas de fuente extranjera²³.

Pues bien, específicamente respecto de las Normas CFC, el informe citado estableció una doble recomendación²⁴:

- 1) Que aquellos países que aún no habían adoptado Normas CFC, las incorporaran a sus legislaciones; y,
- 2) Que aquellos países que ya habían incorporado Normas CFC a sus legislaciones, se aseguraran que tales normas sean aplicadas con el objeto de evitar prácticas impositivas dañinas.

Como se podrá inferir, la publicación fue un elemento propulsor para que los países que no tenían incorporadas Normas CFC en sus legislaciones comenzaran, al menos, a evaluar la posibilidad de introducirlas en sus ordenamientos jurídicos, ello ya que las Normas CFC se presentaban por la OCDE como una medida eficaz para evitar el diferimiento impositivo de rentas de fuente extranjera.

Posteriormente, en el año 2013, y continuando con los esfuerzos manifestados en el informe del año 1998, la OCDE junto a los países parte del G20 adoptaron un plan de acción denominado “*Plan de Acción contra la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios*”, cuyo objetivo principal era incorporar estándares internacionales nuevos para combatir el fenómeno de la erosión de bases imponibles y el traslado de los beneficios²⁵.

Uno de los pasos que conformaban dicho plan correspondía a la elaboración de recomendaciones por parte de la OCDE relativas al diseño de las Normas CFC para que ellas fueren implementadas en las legislaciones internas de los distintos países²⁶. Tales recomendaciones se materializaron en un informe publicado el año

²³ OECD, “*Harmful Tax Competition: An Emerging Global Issue*”, 1998, <http://dx.doi.org/10.1787/9789264162945-en> p. 41.

²⁴ OECD, “*Harmful Tax Competition: An Emerging Global Issue*”, 1998, <http://dx.doi.org/10.1787/9789264162945-en> p. 41-42.

²⁵ OECD (2013), *Plan de acción contra la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios*, OECD Publishing, <http://dx.doi.org/10.1787/9789264207813-es>

²⁶ De tal forma, la Acción 3 del Plan de acción contra la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios denominada “Refuerzo de la normativa sobre CFC”, estableció expresamente que se debía “*Desarrollar recomendaciones relativas al diseño de normas para las CFC. Este trabajo se coordinará con otros según sea necesario.*” Como fundamento de la Acción, el Plan exponía que “**Un área que la OCDE no ha atendido especialmente en el pasado es la de las normas sobre las CFC. Una de las fuentes de preocupación acerca de la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios proviene de la posibilidad de crear filiales no residentes y canalizar a través de ellas los ingresos de una empresa residente. Para solventar este problema se han introducido normas sobre CFC y contra otros tipos de aplazamiento en muchos países. Sin embargo, la normativa sobre CFC de muchos países no siempre combate la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios de un modo integral. Además, aunque las normas sobre las CFC en principio suponen la inclusión**

2015 por la OCDE, titulado “*Designing Effective Controlled Foreign Company Rules, Action 3 – 2015 Final Report*”,²⁷ el que, en términos generales, estableció las bases (o como lo denomina el mismo reporte, “*Building Blocks*”) para que los países que tuvieran la intención de implementar las Normas CFC (o que pretendieran mejorarlas), tuvieran a su disposición reglas que efectivamente previnieran que los contribuyentes trasladaran los ingresos a subsidiarias extranjeras²⁸.

Es en ese contexto mundial que Chile en el año 2014 incorporó, por medio de la Ley, una disposición sin precedentes dentro de nuestra legislación tributaria,²⁹ la que entró en vigor a partir del 1 de enero de 2016. En efecto, hasta antes de la incorporación del Art. 41G de la LIR, no existía en la LIR -ni en otro cuerpo normativo de nuestra legislación tributaria- una disposición que regulara los aspectos propios que tratan las Normas CFC, por lo que tal incorporación no sólo debiera implicar una mayor recaudación de ingresos fiscales, sino que además es una clara respuesta a las recomendaciones de la OCDE cuyos estándares muchos Estados ya habían venido adoptando en materia de fiscalidad internacional.

Esto último también lo entendía nuestro legislador, el que expresamente señaló en el primer informe de la Comisión de Hacienda que recaía sobre el proyecto de ley que dio origen a la Ley, presentado al Senado con fecha 14 de julio de 2014, que mediante la Ley se incorporarían “*una serie de enmiendas conducentes a que Chile converja a los estándares contra la elusión y evasión del proyecto “BEPS”*”³⁰.

En consecuencia, pareciera ser que, independientemente del contexto que existió en torno a la Ley, la incorporación de las Normas CFC a nuestra legislación era un hecho que tarde o temprano iba a acontecer, especialmente si Chile pretende estar en línea con los principios fiscales que la OCDE propone.

en el país de residencia de la empresa matriz última, también tienen efectos indirectos favorables en los países de origen porque los contribuyentes no tienen (o tienen menos) incentivos para trasladar los beneficios a una tercera jurisdicción con bajo nivel impositivo.”. OECD (2013), Plan de acción contra la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios, OECD Publishing, <http://dx.doi.org/10.1787/9789264207813-es> p. 18-19.

²⁷ OECD (2015), “*Designing Effective Controlled Foreign Company Rules, Action 3 – 2015 Final Report, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project*”, OECD Publishing, Paris. <http://dx.doi.org/10.1787/9789264241152-en>

²⁸ Concretamente, para estos efectos el reporte estableció 6 *Building Blocks*: (i) Definición de una CFC; (ii) Exenciones de CFC y requerimientos básicos (iii) Definición de renta (iv) Cómputo de la renta (v) Atribución de la renta; y (vi) Previsión y eliminación de la doble tributación (véase, en términos generales el significado de cada base en OECD (2015), “*Designing Effective Controlled Foreign Company Rules, Action 3 – 2015 Final Report, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project*”, OECD Publishing, Paris. <http://dx.doi.org/10.1787/9789264241152-en> p. 11-12)

²⁹ ABUGATTAS, Paula, “*Análisis Crítico de las Nuevas Normas CFC Introducidas por la Ley 20.780*”, Anuario de Derecho Tributario Año VI N° 6, Universidad Diego Portales, 2014, p. 19.

³⁰ Informe de la Comisión de Hacienda, recaído en el proyecto de ley, en segundo trámite constitucional, sobre reforma tributaria que modifica el sistema de tributación de la renta, e introduce diversos ajustes en el sistema tributario, Boletín N° 9.290-05, p. 13.

B. Elementos comunes de las Normas CFC:

Como se podrá intuir del marco contextual descrito en la letra A. precedente, a nivel internacional ha existido un amplio debate sobre las Normas CFC, especialmente si se tiene en consideración que a la presente fecha, varios Estados han incorporado tales normas en sus respectivas legislaciones.

En tal sentido, el aporte realizado por la OCDE ha sido fundamental para que los Estados pudieran tener una mejor comprensión acerca de los elementos y la finalidad que deben perseguir las Normas CFC. Sin embargo, si se comparan las Normas CFC que han sido introducidas por un Estado y otro, éstas presentan diferencias relevantes entre unas y otras.

Esta disparidad en la forma como se regulan las Normas CFC en los distintos países puede obedecer a numerosos factores, entre ellos la capacidad de fiscalización de las respectivas entidades administrativas, ya que, dependiendo de la forma como se regulen, las Normas CFC pueden resultar en una herramienta de fiscalización inviable e ineficaz si no se tienen los recursos humanos y materiales para aplicarla correctamente³¹. Asimismo, un factor adicional que sin duda contribuye a las diferencias en las regulaciones de las Normas CFC es el tiempo que éstas llevan integradas en la legislación de cada país³².

Dicha diferencia también se puede ver a nivel doctrinal, pues en Chile, por ejemplo, y a diferencia de otros países que tienen incorporada Normas CFC, la literatura que trata sobre las Normas CFC es escasa, no sólo específicamente respecto del Art. 41G de la LIR (lo que en cierta medida podría justificarse si se considera el poco tiempo transcurrido desde su incorporación a la LIR), sino que también respecto de las Normas CFC en general³³.

De todo lo anterior, resulta claro que las Normas CFC no presentan una regulación única o estandarizada en todos los Estados que las han incorporado, sino que, por el contrario, ellas varían considerablemente dependiendo del Estado en específico que las ha incorporado.

³¹ OSORIO, Hugo, Op. Cit, p. 48.

³² En efecto, existen casos, como por ejemplo el de EE.UU. y Nueva Zelanda en que las Normas CFC se encuentran incorporadas en su legislación interna hace décadas, lo que ha derivado en una mayor experiencia y discusión sobre ese tipo de normas (ver OSORIO, Hugo, Op. Cit, p. 47) mientras que existen otros casos, como el nuestro, en que las Normas CFC han sido sólo recientemente incorporadas.

³³ Carencia de análisis sobre las Normas CFC que se reflejó también en la discusión legislativa que existió en torno a la Ley y a la Ley 20.899, puesto que en ambos casos sólo hubo breves comentarios respecto al Art. 41G de la LIR, sin que existiera realmente una discusión de fondo acerca de la finalidad, elementos y características que revestía esta nueva disposición tributaria.

Con todo, existen autores que han postulado la existencia de elementos comunes que se encontrarían presentes en todas las Normas CFC, independientemente del Estado que las haya incorporado. Un ejemplo de ellos es ABUGATTAS, Paula quien ha señalado que todas las Normas CFC serían aplicables mientras concurren los siguientes elementos³⁴:

- 1) Que una entidad local ejerza algún tipo de control sobre una entidad extranjera; y,
- 2) Que se trate de negocios específicos, generalmente rentas pasivas.

A los elementos que ABUGATTAS, Paula postula nos parece es posible llegar analizando una característica que, a nuestro juicio y siguiendo en esto a ALTAMIRANO, Alejandro, comparten todas las Normas CFC: **su objetivo de evitar el diferimiento fiscal**³⁵.

En efecto, en términos generales, las Normas CFC buscan evitar la erosión de la base imponible de contribuyentes de un determinado país, haciéndoles tributar sobre los ingresos obtenidos por empresas extranjeras cuando se cumplen con determinados requisitos, entre ellos, la existencia de un determinado grado de control sobre las empresas extranjeras, lo que evidencia la finalidad de evitar el diferimiento fiscal por todas las Normas CFC, con independencia de la regulación particular o específica que a ellas les haya dado un país determinado.

En tal sentido, a nuestro juicio, prácticamente la totalidad de las Normas CFC requieren para su aplicación la concurrencia de, a lo menos, los siguientes elementos:

- 1) La existencia de un contribuyente (persona natural o jurídica) residente o domiciliado en el país cuya Norma CFC se analiza;
- 2) La existencia de una entidad extranjera;
- 3) Algún tipo de control ejercido por la entidad local sobre la entidad extranjera;
y,

³⁴ ABUGATTAS, Paula Op.Cit., p. 22.

³⁵ ALTAMIRANO, Alejandro, Op. Cit., p. 11 y 12. Concretamente el autor citado ha señalado al respecto que *“La característica común de los regímenes CFC radica en la aplicación del impuesto a la renta en el país de residencia del accionista por lo menos en la porción de ganancias no distribuidas por la compañía controlada”*. Este criterio además nos parece se ve ratificado en el informe *Harmful Tax Competition: An Emerging Global Issue* el que señaló que del análisis que se efectuó sobre 14 legislaciones distintas que habían incorporado las Normas CFC, si bien presentaban diferencias técnicas considerables, los objetivos y estructuras de las mismas eran muy similares entre ellas. Ver OECD, *“Harmful Tax Competition: An Emerging Global Issue”*, 1998, <http://dx.doi.org/10.1787/9789264162945-en>, p. 41

- 4) La generación de determinadas rentas por la entidad extranjera, generalmente rentas pasivas.

El Art. 41G de la LIR no es la excepción a dichos elementos comunes, ya que dicha disposición requiere también de la presencia de ellos para su aplicación.

Ahora bien, aunque las Normas CFC pueden compartir determinados elementos, como por ejemplo la exigencia de que exista algún tipo de control sobre la entidad extranjera, ello no implica que lo que se entiende por “control” en una determinada legislación sea idéntico o similar a la luz de otras legislaciones³⁶.

En definitiva, aunque pueden presentarse los elementos comunes descritos previamente, existe la posibilidad de que las particularidades de las Normas CFC establecidos por un Estado no sean similares a los de otros, lo que obliga a estudiar el contexto histórico legislativo de la incorporación de la Norma CFC –y de sus modificaciones– cuestión que para los efectos de esta tesis será sumamente relevante.

C. Análisis general del artículo 41G

Tal como se señaló precedentemente, dentro de las innumerables modificaciones sufridas por la LIR una de gran relevancia fue la introducción del Art. 41 G, el que incorpora la Norma CFC a nuestro ordenamiento jurídico tributario.

Cabe hacer presente que si bien la Ley fue promulgada y publicada en septiembre de 2014, muchas de sus modificaciones no comenzaron a regir en forma inmediata,

³⁶ Un ejemplo claro de ello se puede ver en la conceptualización del elemento “control” exigido en las Normas CFC tanto de EE.UU. como de Nueva Zelanda. En efecto, la legislación estadounidense le otorga el carácter de “controlada” a una entidad extranjera cuando en ella un accionista estadounidense tiene más del 50% del total del poder de voto combinado de todas las clases de acciones con derecho a voto, sea en forma directa, indirecta o constructiva, en cualquier día durante el año tributario o más del 50% del valor total de las acciones, sea en forma directa, indirecta o constructivamente, en cualquier día durante el año tributario (véase Internal Revenue Manual, Subpart F, https://www.irs.gov/irm/part4/irm_04-061-007.html). En tal sentido, las Normas CFC de EE.UU. utilizan un umbral numérico objetivo para determinar cuando existe control sobre una entidad extranjera, lo que confiere a los contribuyentes estadounidenses tanto certeza como la facilidad de manipular tales disposiciones. Distinto al caso de EE.UU. es el de Nueva Zelanda, en cuyas Normas CFC, aunque se exige la existencia de control para su aplicación, el mecanismo para la determinación de dicho control es de mayor complejidad e incertidumbre que el de EE.UU, pues con ello se busca impedir la manipulación de tales normas por parte de los contribuyentes. En efecto, en términos simples, en Nueva Zelanda la forma de establecer la existencia de control sobre una entidad extranjera se realiza a través de diferentes tipos de “tests”, que consideran, principalmente, los intereses que tienen los contribuyentes neozelandeses sobre la entidad extranjera (ver OSORIO, Hugo, Op. Cit., p. 53).

sino que se establecieron plazos de vigencia diferida para determinadas disposiciones³⁷.

Esto último fue justamente lo que ocurrió con el Art. 41G, pues, en virtud de lo dispuesto en la letra c) del artículo primero transitorio de la Ley, el Art. 41G comenzaría a regir en nuestro país recién a partir del 1 de enero de 2016.

Ello trae asociado como consecuencia directa que nuestra doctrina nacional aún no ha analizado ni discutido en detalle cada uno de los elementos del Art. 41G. En el mismo sentido, aunque el SII ha regulado la aplicación del Art. 41 G en la Circular N° 40, dictada con fecha 8 de julio de 2016, el análisis efectuado en dicho pronunciamiento es netamente teórico, y por ende la aplicación práctica de la norma aún es una arista no ha sido desarrollada con detenimiento por nuestra administración tributaria, y ello sin perjuicio de que a la fecha se han dictado algunos oficios que han tenido por objeto clarificar ciertos aspectos de la norma³⁸.

En el presente capítulo se estudiará en términos generales el Art. 41G de la LIR, analizando esencialmente su objetivo y elementos generales para luego, en el siguiente acápite, profundizar sobre los elementos concretos que dan origen a los cuestionamientos planteados en la Introducción.

(i) Objetivo del Art. 41G:

Para determinar el propósito buscado por nuestro legislador con la introducción de la Norma CFC a la LIR, y sin perjuicio de la finalidad inherente a este tipo de normas, es esencial analizar los objetivos que la Ley traía asociada a ella.

Al respecto, el mensaje presidencial N° 24-362 de fecha 1 de abril de 2014, presentado ante la Cámara de Diputados, identifica cuatro grandes objetivos que la Ley pretendía cumplir:

- 1) Aumentar la carga tributaria para financiar, con ingresos permanentes, los gastos permanentes de la reforma educacional, otras políticas del ámbito de la protección social y el actual déficit estructural en las cuentas fiscales;
- 2) Avanzar en equidad tributaria, mejorando la distribución del ingreso. Los que ganan más aportarán más, y los ingresos del trabajo y del capital deben tener tratamientos similares;

³⁷ En el propio mensaje presidencial N° 24-362 de fecha 1 de abril de 2014, se señaló que *“Dada la envergadura de la presente reforma tributaria, los cambios propuestos tienen un periodo de implementación de hasta cuatro años”*.

³⁸ V.gr Oficios 1773 de 2016, 2746 de 2016, 3105 de 2016, 3108 de 2016, 3218 de 2016, 3318 de 2016, 477 de 2017, 549 de 2017, 706 de 2017 y 1293 de 2017.

- 3) Introducir nuevos y más eficientes mecanismos de incentivos al ahorro e inversión; y,
- 4) Velar porque se pague lo que corresponda de acuerdo a las leyes, avanzando en medidas que disminuyan la evasión y la elusión.

En tal sentido, todas las reformas incorporadas por la Ley debieran estar destinadas a cumplir, a lo menos, uno de los cuatro objetivos antes señalados, pues de lo contrario carecerían de fundamento.

En lo que respecta al Art. 41G, siendo una disposición que contiene Normas CFC, tiene como finalidad principal evitar el diferimiento impositivo y la erosión de las bases imponibles locales. En ese sentido, el Art. 41G, por su propia naturaleza, persigue cumplir principalmente con el último objetivo buscado por tal reforma tributaria, esto es, disminuir la evasión y elusión tributaria en Chile.

Así también lo entendían los propios propulsores de la Ley, ya que en el mensaje presidencial respectivo se señaló que, a través de la Ley, se incorporaba *“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)”* la que *“combate el diferimiento de impuestos sobre rentas pasivas de fuente extranjera”*³⁹.

Misma interpretación se desprende de la discusión acontecida en el Senado relativa a la Ley, en la que, aunque prácticamente no se debatió sobre el Art. 41G ni sobre las Normas CFC, hubo una intervención -del senador Horvath- en que se señaló que la Ley debía *“reducir en forma drástica la evasión y la elusión tributaria”*, para lo cual, se proponía incorporar las Normas CFC a nuestra legislación tributaria⁴⁰.

El conocer la finalidad del Art. 41G no es en una tarea meramente doctrinal o teórica, ya que su estudio permite entender de mejor manera el sentido y alcance de las normas que dicha disposición consagra para así, ante la duda sobre la aplicación de tales normas respecto de situaciones específicas, su finalidad sea un elemento a considerar para resolver tales eventualidades.

³⁹ Mensaje de S.E. la Presidenta de la Republica con el que inicia un proyecto de ley de reforma tributaria que modifica el sistema de tributación de la renta e introduce diversos ajustes en el sistema tributario. Mensaje N° 24-362.

⁴⁰ Historia de la Ley N 20.780, Discusión en Sala en Segundo Trámite Constitucional, p. 72.

(ii) Carácter excepcional del Art. 41G:

El Art. 41G se estructura en 6 acápites, los que regulan distintos elementos, desde los contribuyentes que estarán sujetos a tales normas, hasta el tipo de rentas que se computarán para efectos de su aplicación.

La referida disposición comienza estableciendo que *“No obstante lo dispuesto en el artículo 12 y en los artículos precedentes de este Párrafo...”*. Dicha frase permite vislumbrar una característica fundamental del Art. 41G, y que es su aplicación excepcional por sobre otras normas de la LIR⁴¹.

En efecto, las Normas CFC son disposiciones tributarias de carácter excepcional, pues gravan determinadas rentas de fuente extranjera sólo bajo supuestos específicos, normalmente, ante la existencia de una entidad local que ejerce control sobre una entidad extranjera, la que se encuentra generalmente localizada en un paraíso fiscal o en un país de baja tributación.

En suma, las Normas CFC incorporadas a la LIR, no son reglas que busquen establecer un tratamiento tributario general sobre las rentas de fuente extranjera, sino que son reglas que sólo se aplicarán ante la concurrencia de requisitos determinados.

De esa forma, el inciso primero del Art. 41G ratifica lo dispuesto por el artículo 12 de la LIR, esto es, que por regla general los contribuyentes con domicilio o residencia en Chile deben tributar por sus rentas de fuente extranjera sólo cuando ellas son percibidas por tales contribuyentes, supuesto general que en definitiva sólo se verá alterado en el evento que concurran todos los requisitos copulativos exigidos por el Art. 41G.

(iii) Elementos del Art. 41G de la LIR:

Ya hemos adelantado que las Normas CFC revisten regulaciones muy variadas, dependiendo del Estado que las ha incorporado a su legislación interna, traduciéndose ello en que muchas de las Normas CFC presentan elementos, características o efectos que otras Normas CFC no necesariamente contemplan.

Sin perjuicio de lo anterior, también se señaló que hay autores que han postulado la existencia de elementos afines o comunes entre todas las Normas CFC, o por lo menos en la gran mayoría de ellas, lo que sería consecuencia principalmente de la finalidad común que persiguen todas las Normas CFC que es evitar el diferimiento impositivo.

⁴¹ ABUGATTAS, Paula, Op. Cit., p. 29.

Tratándose de nuestras Normas CFC, somos de la opinión que su aplicación se encuentra supeditada a la concurrencia de los siguientes requisitos copulativos:

- 1) La existencia de una entidad o persona controladora constituida, residente o domiciliada en Chile;
- 2) La existencia de una entidad controlada extranjera;
- 3) Control ejercido por la entidad o persona controladora constituida, residente o domiciliada en Chile sobre la entidad extranjera; y,
- 4) La percepción o devengo de rentas pasivas por la entidad extranjera.

Considerando el enfoque de la presente tesis, a continuación, se estudiarán en términos generales los elementos indicados en los 1, 2 y 4 precedentes, dejando el elemento número 3 para el acápite D siguiente donde se analizarán particularmente las normas asociadas a la necesidad de “control” del Art. 41G y la Norma de Exclusión que da fundamento a la segunda hipótesis a validar con este trabajo.

a. Primer elemento: Existencia de una entidad controladora

El primer elemento que debe concurrir para la aplicación del Art. 41G de la LIR es la existencia de una entidad “controladora”, es decir, una entidad que ejerza algún tipo de control sobre otra entidad distinta a la primera.

Sobre esto, el inciso primero del Art. 41G de la LIR establece que *“los contribuyentes o patrimonios de afectación con domicilio, residencia o constituidos en Chile, que directa o indirectamente controlen entidades sin domicilio ni residencia en el país, deberán considerar como devengadas o percibidas las rentas pasivas percibidas o devengadas por dichas entidades controladas, conforme a las reglas del presente artículo”*.

En tal sentido, el inciso primero del Art. 41G circunscribe la aplicación de las Normas CFC a los siguientes contribuyentes:

- 1) Los contribuyentes que tengan domicilio, residencia o se hayan constituido en Chile; y,
- 2) Los patrimonios de afectación que tengan domicilio, residencia o se hayan constituido en Chile.

Cabe recordar que el artículo 8 N° 5 del Código Tributario establece que por “contribuyentes” se entenderá a *“las personas naturales y jurídicas o los administradores y tenedores de bienes ajenos afectados por impuestos”*. Por consiguiente, podrán estar sujetos a las Normas CFC tanto las personas naturales como las personas jurídicas, siempre que ellas tengan residencia o domicilio tributario en nuestro país.

Sobre el concepto “patrimonios de afectación” utilizado por el Art. 41G, el SII mediante la Circular N° 40 de fecha 8 de julio de 2016 (en adelante, la “Circular 40”), determinó que *“se comprende dentro del concepto de «patrimonio de afectación», aquel conjunto de bienes valorables en dinero y destinado a la realización de un fin específico, como sucede con los fondos de inversión, fondos mutuos, trusts, bienes constituidos en fideicomiso, entre otros”*.

Como se podrá advertir, los términos utilizados para delimitar los contribuyentes susceptibles de afectarse con Normas CFC, tanto por el Art. 41G como también por el SII, son extremadamente amplios, por lo que prácticamente todos los contribuyentes con domicilio o residencia en Chile, que cumplan con los demás requisitos correspondientes, podrán quedar sometidos al Art. 41G de la LIR.

b. Segundo elemento: Existencia de una entidad controlada

Determinado qué contribuyentes podrán calificar como “controladores” para efectos de la aplicación del Art. 41G, cabe analizar un segundo elemento exigido para la aplicación de la norma, que es la existencia de una entidad “controlada” sobre la cual ejerza el control la entidad controladora.

Al respecto, el párrafo primero de la letra A del Art. 41G establece que se entenderán por “entidades controladas sin domicilio ni residencia en Chile”, todas aquellas entidades que, *“cualquiera sea su naturaleza, posean personalidad jurídica propia o no, tales como sociedades, fondos, comunidades, patrimonios o trusts, constituidas, domiciliadas, establecidas, formalizadas o residentes en el extranjero, cumplan con los siguientes requisitos copulativos:*

- 1) Para efectos de los impuestos de la presente ley, las rentas de la entidad controlada, no deban computarse en Chile de conformidad al artículo 41 B, N°1.*
- 2) Sean controladas por entidades o patrimonios constituidos, domiciliados, establecidos o residentes en Chile.”*

Tales requisitos han sido ratificados por el SII en la Circular 40,⁴² donde señaló que “los requisitos copulativos que la norma exige a estas entidades [refiriéndose a las entidades controladas sin domicilio ni residencia en Chile] son las siguientes:

- i) Que sus rentas no deban computarse en Chile de conformidad a lo dispuesto en el artículo 41 B N°1 de la LIR (...)
- ii) Que sean controladas por los sujetos descritos en el N°1.- de este capítulo (controladores) [refiriéndose a contribuyentes o patrimonios de afectación con domicilio, residencia o constituidos en Chile]”.

Pese a la escasa doctrina que ha tratado nuestras Normas CFC, existen autores que se han pronunciado sobre los requisitos necesarios para estar ante una entidad controlada en los términos del Art. 41G. Uno de ellos es ABUGATTAS, Paula quien ha identificado los siguientes requisitos copulativos para estar ante una entidad controlada:⁴³

- (i) Que la entidad esté constituida, domiciliada, establecida, formalizada o ser residente en el extranjero;
- (ii) Que la entidad sea de cualquier naturaleza, salvo agencias o establecimientos permanentes; y,
- (iii) Que la entidad esté controlada por un contribuyente domiciliado o residente en Chile.

Respecto del primero requisito señalado, aunque resulte evidente es necesario recordar que las Normas CFC sólo tienen aplicación ante situaciones de carácter transfronterizas, por lo que para que una entidad pueda ser calificada como “controlada” en los términos del Art. 41G, es menester que ella se encuentre constituida, domiciliada, establecida, formalizada o sea considerada residente en el extranjero.

El segundo requisito señalado encuentra su fundamento en el artículo 41 B N° 1 de la LIR, que regula el tratamiento tributario de las ganancias o pérdidas obtenidas por agencias u otros establecimientos permanentes situados en el extranjero, de contribuyentes con domicilio o residencia en Chile que estén sujetos a declarar su renta efectiva según contabilidad completa.

En términos generales, tal norma establece que los contribuyentes con domicilio o residencia en Chile “que tengan agencias u otros establecimientos permanentes en

⁴² Número 2 del acápite II de la Circular 40.

⁴³ ABUGATTAS, Paula, Op. Cit., p. 30.

el exterior, el resultado de ganancias o pérdidas que obtengan [tales agencias o establecimientos permanentes] se reconocerá en Chile sobre base percibida o devengada”.

Conforme a lo anterior, ante el supuesto de rentas devengadas o percibidas por una agencia o establecimiento permanente en el extranjero correspondiente a un contribuyente con domicilio o residencia en Chile, tales rentas se sujetarán al tratamiento del artículo 41 B N° 1 de la LIR y, por consiguiente, no se afectarán con las Normas CFC⁴⁴.

La delimitación normativa es de todo sentido. En efecto, aunque ambas normas prescriben similar consecuencia tributaria –cual es, obligar a ciertos contribuyentes con domicilio o residencia en Chile a contabilizar como rentas devengadas o percibidas aquellas rentas devengadas o percibidas por la “entidad” extranjera– existen diferencias considerables, como, por ejemplo, el tipo de renta que debe ser considerado en uno y otro caso. Así, mientras en el caso del Art. 41G lo relevante son las “rentas pasivas”, ello no ocurre en el caso de los establecimientos permanentes regulados en el Art. 41 B N° 1.

Adicionalmente, el Art. 41G, al igual que en el caso de las “entidades controladoras”, tratándose de las “entidades controladas”, también las conceptualizó en forma muy amplia, ya que, cumpliendo con los requisitos, podrán calificar como tales, cualquier tipo de entidad, tengan o no personalidad jurídica. En tal sentido, sin la delimitación comentada, surgirían problemas de interpretación ya que en dicho supuesto un establecimiento permanente también podría calificar como una “entidad controlada”.

Por último, respecto del tercer requisito señalado, esto es, sobre la existencia de control ejercido por contribuyentes chilenos, según lo ya adelantado, nos pronunciaremos sobre él con profundidad en el acápite D siguiente.

⁴⁴ Lo anterior además ha sido explicado por el SII, en los siguientes términos: “Bajo este supuesto [refiriéndose a ganancias o pérdidas de agencias o establecimientos permanente extranjeros], el reconocimiento de tales rentas se debe efectuar de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 41 B N° 1 de la LIR, y no a lo contemplado en el artículo 41 G en análisis” dando además un ejemplo de la diferencia entre uno y otro caso: “Lo señalado en el párrafo anterior ocurrirá, por ejemplo, cuando una sociedad constituida en Chile controle indirectamente una entidad en el exterior por intermedio de un establecimiento permanente situado también en el extranjero. En tal caso, y con el objeto de evitar una duplicidad en el cómputo de las rentas, se deberá distinguir y separar la renta percibida o devengada por la agencia o establecimiento permanente (la cual se reconocerá de acuerdo a las normas del artículo 41 B N°1 de la LIR), de la renta pasiva percibida o devengada por la entidad controlada, (la cual se reconocerá de acuerdo a las normas del artículo 41 G de la LIR.” (ver Acápite II número 2 literal (i) de la Circular 40.)

En consecuencia, bastará con la concurrencia los 3 requisitos antes señalados para que una entidad extranjera pueda ser calificada como una “entidad controlada” para efectos de la aplicación del Art. 41G de la LIR⁴⁵.

*c. Cuarto elemento: Rentas pasivas*⁴⁶

El cuarto elemento que debe concurrir para la aplicación de nuestras Normas CFC es que la entidad extranjera controlada perciba o devengue rentas pasivas.

El Art. 41G trata específicamente sobre este elemento en sus letras C y D, en donde regula tanto las rentas que serán consideradas como “pasivas” para efectos de aplicar nuestras Normas CFC, como la forma de computar tales rentas por las entidades controladoras chilenas.

- *Calificación de rentas pasivas*

Respecto de las rentas que serán consideradas como “pasivas”, nuestro legislador optó por efectuar un listado o enunciación de las rentas que serán calificadas como tales, sin otorgar una definición del concepto rentas pasivas, sumado a lo cual estableció algunas presunciones sobre tales tipos de rentas, así como también una regla de extensión y reglas de exclusión que, a partir del enfoque de la tesis, serán tratada en el próximo acápite D de este trabajo.

En efecto, el párrafo tercero de la letra C del Art. 41G establece dos presunciones simplemente legales. La primera de dichas presunciones, referida a la calidad de las rentas extranjeras, dispone que si una entidad extranjera controlada está constituida, domiciliada o es residente en un territorio a que se refiere el artículo 41 H de la LIR⁴⁷, entonces la totalidad de sus rentas obtenidas se reputarán como

⁴⁵ Cabe destacar que nuestras Normas CFC, a diferencia de otras legislaciones, no exigen que la entidad controlada esté constituida, domiciliada, establecida, formalizada o residente en un paraíso fiscal o en un país de baja o nula tributación (sin perjuicio de las presunciones establecidas en el mismo Art. 41G) sino que bastará únicamente con que tal entidad esté situada en el extranjero. Lo anterior es un elemento relevante, considerando que son varios los Estados que exigen dicho requisito para la aplicación de sus Normas CFC. La no inclusión de los paraísos fiscales o países de baja o nula tributación como requisito para la aplicación de las Normas CFC hacen que el Art. 41G tenga, a lo menos potencialmente, un mayor espectro de aplicabilidad, pues de concurrir con los requisitos correspondientes, podrán ser aplicables tales normas, incluso ante entidades extranjeras que estén situadas en Estados con los que Chile tenga vigente un Convenio para Evitar la Doble Tributación (“CDT”), situación que puede resultar conflictiva a la luz de las disposiciones del CDT respectivo (En este sentido, véase BUSTOS, Andrés, “Reglas CFC y su aplicación en América Latina: El caso articular de Chile”, Memorias del Premio Latinoamericano de Investigación. IFA, págs. 291 a 309)

⁴⁶ Recordemos que el Tercer Elemento relativo al Control será analizado en el acápite D. siguiente.

⁴⁷ Que regula los criterios para considerar a un territorio o jurisdicción como un régimen fiscal preferencial.

pasivas, sin perjuicio de la facultad del contribuyente para acreditar qué rentas no son efectivamente pasivas en los términos del Art. 41G de la LIR⁴⁸.

La segunda presunción, que refiere a la cantidad de las rentas extranjeras, dispone que una *“entidad controlada domiciliada, constituida o residente en un país o territorio de baja o nula imposición, genera en el ejercicio a lo menos una renta neta pasiva igual al resultado de multiplicar la tasa de interés promedio que cobren las empresas del sistema financiero del referido país o territorio por el valor de adquisición de la participación o el valor de participación patrimonial, el que resulte mayor, que corresponda a la participación, directa o indirecta, de los propietarios constituidos, domiciliados o residentes en Chile”*.

Como bien señala el SII, esta última presunción *“apunta a establecer una renta mínima obtenida por dicho patrimonio”*⁴⁹, es decir, se trata de una presunción de renta, por lo que ese tipo de entidades controladas siempre generarán, salvo prueba en contrario, rentas pasivas para efectos del Art. 41G, las que deberán ser computadas por las entidades o personas chilenas controladoras respectivas.

Finalmente, respecto de la regla de extensión señalada, ella dispone que *“Si las rentas pasivas a que se refiere este artículo representan el 80% o más del total de los ingresos de la entidad controlada constituida, domiciliada o residente en el extranjero, el total de los ingresos de ésta serán considerados como rentas pasivas para los efectos de este artículo”*.

- *Cómputo de las rentas pasivas*

Habiéndose determinado ya qué rentas serán calificadas como pasivas para la aplicación de nuestra Norma CFC, considerando para ello las reglas de extensión previamente expuestas, cabe determinar cómo se deberán computar tales rentas.

Al respecto, el Art. 41G dispone que 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”*⁵⁰.

El SII se pronunció acerca de lo que debe entenderse por “proporción a la participación”, señalando que ello corresponde a *“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”*, agregando que *“En los demás supuestos de control contemplados en la*

⁴⁸ Facultad ratificada por el SII en la Circular 40.

⁴⁹ Acápito II.3.1 de la Circular 40.

⁵⁰ Destacado nuestro.

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»⁵¹.

D. Análisis Particular de la Norma de Control/Relación y de Exclusión del Art. 41G objeto de la tesis

Finalizando con el marco conceptual de esta tesis, corresponde explicar en forma particular las normas que dan fundamento a las hipótesis a validar. Esto es, por una parte, aquellas asociadas a las normas de control del Art. 41G (sindicadas como el tercer elemento cuya concurrencia haría aplicable el Art. 41G según se adelantó en el capítulo C.(iii).3) precedente) y su referencia al artículo 100 de la Ley 18.045; y por la otra, a la norma de exclusión relativa a la aplicación de una tasa efectiva de impuesto sobre las rentas pasivas de a lo menos un 30% en el país de domicilio, residencia o constitución de la entidad controlada.

(i) Control

El tercer elemento que nuestras Normas CFC exigen para determinar su aplicabilidad es la existencia de algún tipo control ejercido por la entidad controladora chilena sobre la entidad controlada extranjera.

⁵¹ Acápites II. 4 literal (i) de la Circular 40. Aunque no es un tema en el que se enfoca esta tesis –ni que, por ende, analizaremos en profundidad–, nos parece que el sistema de cómputo de rentas pasivas establecido en la LIR y la interpretación conferida por el SII generan problemas prácticos de aplicación. En efecto, en primer lugar, el concepto otorgado por el SII sobre “proporción a la participación” resulta fácilmente aplicable tratándose de los casos de control en que la entidad chilena tiene derechos sobre las utilidades o capital de la entidad extranjera. Sin embargo, la explicación del SII sobre cómo se debe determinar la proporción de participación en los demás casos de control resulta insuficiente, pues no detalla cómo finalmente será aplicada la proporción a la participación en estos últimos casos. En efecto, ¿Cómo se determinará el grado directo o indirecto de control efectivo en los casos en que, por ejemplo, una entidad chilena es controladora de una entidad extranjera por tener facultades para remover a la mayoría de los directores de dicha entidad? ¿Si la entidad controladora chilena puede remover 3 de los 5 directores de una entidad extranjera, significa que su proporción de participación es de un 60% sobre la entidad extranjera? En segundo lugar, no existe claridad sobre si el Art. 41G, permite a la entidad controladora elegir entre computar sólo las rentas pasivas correspondientes a su participación directa o bien sólo aquellas correspondientes a su participación indirecta. En efecto, la frase destacada en el cuerpo principal de este documento señala que la entidad controladora chilena debe computar las rentas pasivas en proporción a su participación directa “o” indirecta en la entidad extranjera. Si asumimos que el Art. 41G obliga a la entidad controladora chilena a computar todas las rentas pasivas (esto es, por su participación directa como indirecta en la entidad extranjera), resulta difícil armonizar la existencia de dos o más entidades controladoras que se encuentren relacionadas entre sí en los términos del artículo 100 de la Ley N° 18.045, ya que eventualmente ello generaría una doble tributación sobre una misma renta. En efecto, puede ocurrir que lo que es participación indirecta para una entidad controladora, sea participación directa para la otra entidad controladora.

A este respecto, el legislador chileno en vez de definir o establecer un concepto de “control”, se inclinó por enumerar taxativamente aquellos casos en que se entenderá que una entidad chilena ejerce control sobre una entidad extranjera. En virtud de lo anterior, en el numeral 2) de la letra A del Art. 41G, y en los párrafos siguientes de la misma letra, se regulan los casos en que se entenderá que una entidad extranjera es “controlada” por una entidad chilena.

A nuestro juicio, la regulación que la norma le otorga a este elemento particular resulta algo confusa, o por lo menos desprolija, pues los casos de control allí establecidos no se encuentran claramente enumerados, y además se mezclan con casos en que el control es presumido por la ley, es decir, casos de presunción de control⁵².

En términos concretos, son 5 los casos o supuestos de control que expresamente se establecen en el Art. 41G, también identificados en la Circular 40, y que podemos denominar y enumerar de la siguiente forma:

- 1) Control por participación en la entidad extranjera,
- 2) Control por facultades sobre la entidad extranjera,
- 3) Presunción de control por país de constitución, domicilio o residencia de la entidad extranjera,
- 4) Presunción de control por opción de compra o adquisición de participación o derecho en entidad extranjera, y
- 5) Control por subcontrol de entidad extranjera.

Considerando los límites de extensión de esta tesis y su enfoque, a continuación, sólo explicaremos el primer tipo de control enumerado previamente.

- *Control por participación en la entidad extranjera*

De acuerdo al número 2) de la letra A del Art. 41G se entenderá que existe control, cuando al cierre del ejercicio respectivo, o en cualquier momento durante los doce meses precedentes, los contribuyentes o patrimonios de afectación con domicilio, residencia, constituidos o establecidos en Chile, 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 extranjera de que se trate, el 50% o más de:

- i. El capital;

⁵² Confusión que nos parece se ha visto atenuada con la dictación de la Circular 40 del SII, ya que en ella se identifican y tratan con claridad todos los casos en que existirá control para efectos de aplicar las Normas CFC chilenas (ver literal ii) del N° 2 del acápite II de la Circular 40).

- ii. El derecho a las utilidades; o,
- iii. El derecho a voto⁵³.

Como se advertirá, el primer supuesto de control establecido en el Art. 41G es de carácter esencialmente objetivo, pues implica analizar si en el caso específico se ha superado o no un determinado umbral numérico, para así determinar la existencia o no de control y la consiguiente aplicación de las Normas CFC.

Por otra parte, el Art. 41G establece que este primer caso de control se podrá producir, ya sea en forma directa por la entidad controladora chilena, es decir, cuando ella directamente tenga el 50% de alguno de los elementos señalados (v.gr. capital), o bien en forma indirecta, lo que ocurrirá ya sea por la aplicación de sucesivos porcentajes de participación que tendrá el contribuyente residente en Chile sobre una cadena de entidades extranjeras o por medio de personas o entidades con las que esté relacionada en los términos establecidos en las letras a), b) y d) del artículo 100 de la Ley N° 18.045:

⁵³ Actualmente, la norma de control en comento, en lo que nos interesa, está redactada en los siguientes términos: *“Para los efectos de este artículo, se entenderá por entidades controladas sin domicilio o residencia en Chile, aquellas que...cumplan con los siguientes requisitos copulativos: ... 2) Sean controladas por entidades o patrimonios constituidos, domiciliados, establecidos o residentes en Chile. 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...”*

En forma previa a la modificación efectuada por la Ley 20.899 la norma era bastante más confusa y prescribía, en lo que interesa, lo siguiente:

“Para los efectos de este artículo, se entenderá por entidades controladas sin domicilio o residencia en Chile, aquellas que...cumplan con los siguientes requisitos copulativos: ... 2) Sean controladas por entidades o patrimonios constituidos, domiciliados, establecidos o residentes en Chile. 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, con personas o entidades relacionadas en los términos del artículo 100 de la ley N° 18.045, cualquiera sea la naturaleza de los intervinientes, salvo directores, ejecutivos principales, el cónyuge o parientes hasta el segundo grado de consanguinidad de las personas señaladas en la letra c), de este último artículo, o al controlador que sea una entidad no establecida, ni domiciliada o residente en Chile, que a su vez no sea controlada por una entidad local, 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...”*

Este último artículo, y las letras del mismo a que hace referencia el Art 41G, señalan expresamente lo siguiente:

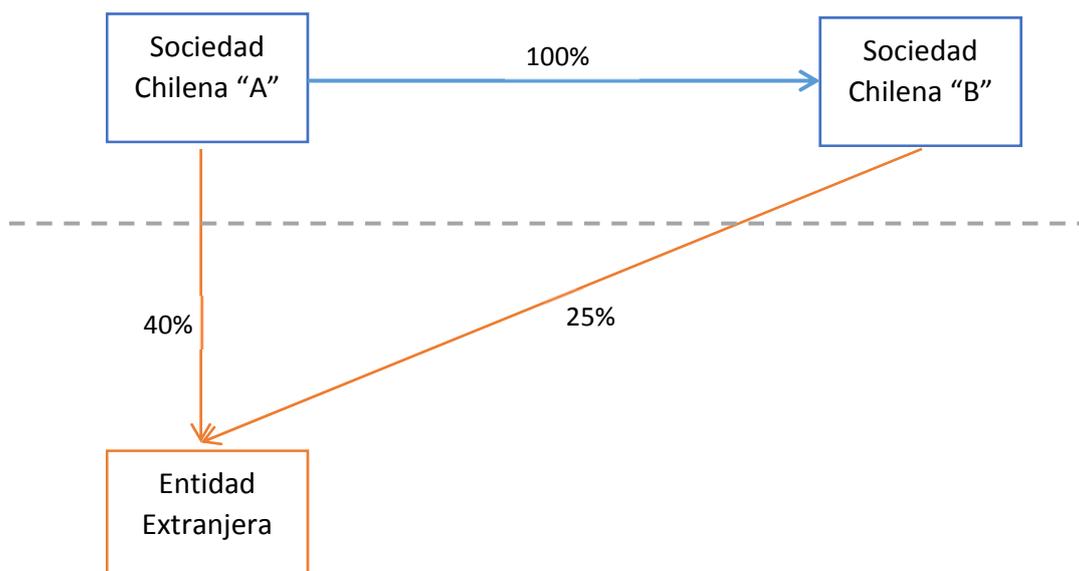
“Son relacionadas con una sociedad las siguientes personas:

- a) Las entidades del grupo empresarial al que pertenece la sociedad;*
- b) Las personas jurídicas que tengan, respecto de la sociedad, la calidad de matriz, coligante, filial o coligada, en conformidad a las definiciones contenidas en la ley N° 18.046; (...)*
- d) Toda persona que, por sí sola o con otras con que tenga acuerdo de actuación conjunta, pueda designar al menos un miembro de la administración de la sociedad o controle un 10% o más del capital o del capital con derecho a voto si se tratare de una sociedad por acciones.”*

Como se advertirá, la remisión que hace el Art. 41G a las normas de relacionamiento del artículo 100 de la Ley N° 18.045 tiene como clara finalidad ampliar la fórmula de cómputo del 50% exigido por nuestras Normas CFC para su aplicación, con el objeto de que no se vulnere tal límite numérico mediante la utilización de otras entidades relacionadas a la entidad chilena, las que aunque no supongan una participación igual o superior al 50% exigido, sí permitan tener un control fáctico de la entidad extranjera.

Sin embargo, la remisión genera una serie de interrogantes respecto a la aplicabilidad de dichas normas. Lo anterior se puede ver reflejado en la siguiente Figura 1:

Figura 1



La Figura 1 muestra una sociedad chilena “A” y su filial, una sociedad chilena “B”, ambas con participación en el capital de una entidad extranjera.

En forma independiente, ninguna de las sociedades chilenas alcanza el umbral porcentual que el Art. 41G exige para que sean aplicables nuestras Normas CFC, esto es, poseer el 50% o más del capital, de los derechos sobre las utilidades o de los derechos a voto en la entidad extranjera. Sin embargo, el Art. 41G obliga a considerar también las participaciones que las entidades chilenas tengan sobre entidades extranjeras a través de otras entidades relacionadas en los términos del artículo 100 de la Ley N° 18.045.

En consecuencia, para determinar la aplicación de las Normas CFC en la Figura 1, será necesario sumar la participación sobre el capital de la entidad extranjera de la sociedad chilena “A” con la participación sobre el capital de la entidad extranjera de la sociedad chilena “B”, ya que ambas sociedades se encuentran relacionadas entre sí en conformidad a la letra b) del artículo 100 de la Ley N° 18.045, esto es, por tratarse de una matriz y una filial respectivamente⁵⁴.

Considerando que la sumatoria señalada en el párrafo anterior da como resultado una participación de las sociedades chilenas de un 65% sobre el capital de la entidad extranjera, cabe concluir que en la especie concurre el supuesto de control establecido en el número 2) de la letra A del Art. 41G, que es poseer el 50% o más del capital en la entidad extranjera.

Determinada entonces la existencia de control, y la consiguiente aplicación de las Normas CFC, cabe preguntarse: ¿Quién será la entidad controladora para efectos de la aplicación del Art. 41G? ¿Será la sociedad chilena “A”, la sociedad chilena “B”, o ambas sociedades se entenderán como controladoras de la entidad extranjera?

⁵⁴ Los artículos 86 y 87 de la Ley 18.046 sobre sociedades anónimas definen lo que debe entenderse por sociedad filial, coligada y coligante en los siguientes términos:

Art. 86. Es sociedad filial de una sociedad anónima, que se denomina matriz, aquella en la que ésta controla directamente o a través de otra persona natural o jurídica más del 50% de su capital con derecho a voto o del capital, si no se tratare de una sociedad por acciones o pueda elegir o designar o hacer elegir o designar a la mayoría de sus directores o administradores. La sociedad en comandita será también filial de una anónima, cuando ésta tenga el poder para dirigir u orientar la administración del gestor.

Art. 87. Es sociedad coligada con una sociedad anónima aquella en la que ésta, que se denomina coligante, sin controlarla, posee directamente o a través de otra persona natural o jurídica el 10% o más de su capital con derecho a voto o del capital, si no se tratare de una sociedad por acciones, o pueda elegir o designar o hacer elegir o designar por lo menos un miembro del directorio o de la administración de la misma. La sociedad en comandita será también coligada de una anónima, cuando ésta pueda participar en la designación del gestor o en la orientación de la gestión de la empresa que éste ejerza.

Para responder tales interrogantes debemos, antes que todo, analizar si el Art. 41G permite la existencia de dos o más entidades controladoras sobre una misma entidad extranjera, o si, por el contrario, sólo puede existir una entidad controladora.

Desde un punto de vista literal, el Art. 41G nunca alude expresamente sobre la posibilidad de que existan dos o más entidades controladoras sobre una misma entidad extranjera, pero tampoco descarta tal escenario. En ese sentido, la respuesta a la pregunta propuesta deberá encontrarse en otros elementos distintos a la mera literalidad de la norma.

Uno de tales elementos dice relación con las normas de relacionamiento a las que se remite el Art. 41G. En efecto, cabe recordar que el SII ha señalado que **“toda norma de relación es vinculante en ambos sentidos, así por ejemplo, de encontrarse relacionado el arrendador con el arrendatario en los términos previstos por el artículo 100 de la Ley N° 18.045, la misma relación existe entre el arrendatario y el arrendador”**⁵⁵. En otras palabras, existiendo relacionamiento entre dos entidades, ambas se entenderán relacionadas entre sí, una de la otra, en los mismos términos, independientemente de la causal que haya originado el relacionamiento entre ambas.

Lo anterior, llevado a la Figura 1, implica que la sociedad chilena “A” se encuentra relacionada con la sociedad chilena “B” en los mismos términos que la sociedad chilena “B” se encuentra relacionada con la sociedad chilena “A”, siendo irrelevante, ya determinado el relacionamiento, que una de ellas sea una matriz y la otra una filial.

En consecuencia, a la luz del Art. 41G, y considerando el relacionamiento entre la sociedad chilena “A” y “B”, a nuestro juicio ambas sociedades calificarían como controladoras de la entidad extranjera en los términos que establece el número 2) de la letra A del mismo artículo, abarcando tácitamente la posibilidad de que coexistan dos o más entidades controladoras sobre una misma entidad extranjera.

Adicionalmente, la posibilidad de que existan múltiples entidades controladoras sobre una misma entidad extranjera también se puede extraer del hecho de que el Art. 41G, al referirse sobre la entidad controladora situada en Chile, lo hace en forma reiterada con los términos “contribuyentes”, “entidades” o “patrimonios”, es decir, en forma plural, lo que podría dar a entender que el legislador consideró que sobre una misma entidad extranjera pueden existir dos o más controladores.

Por último, un tercer argumento a considerar es que nada obsta a que sobre una misma entidad extranjera puedan acaecer distintos casos de control de aquellos

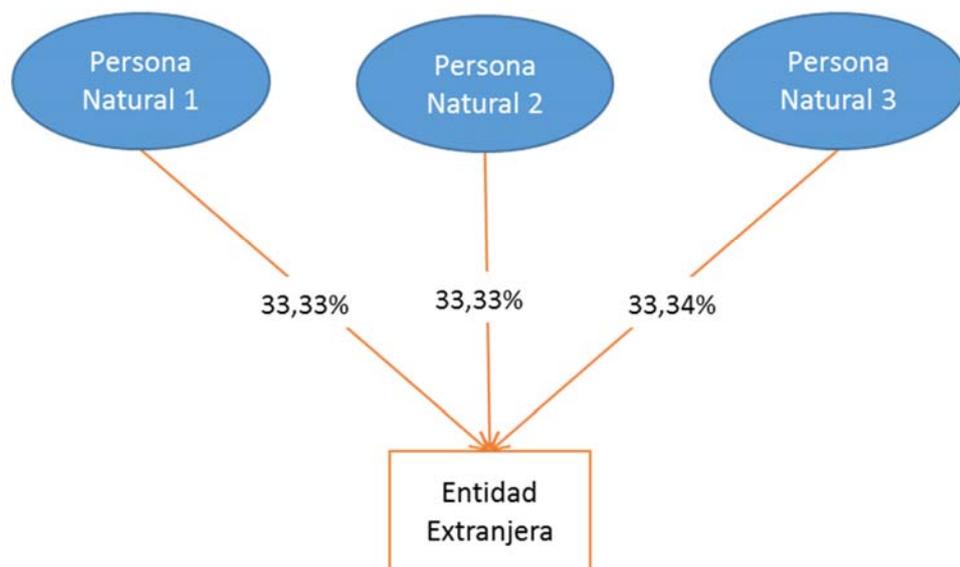
⁵⁵ Oficio N° 7 del 2000 (destacado nuestro).

establecidos en el Art. 41G. Así, a modo de ejemplo, podría existir una entidad chilena que tenga el 80% de participación sobre el capital de una entidad extranjera, por tanto “controlándola”, y al mismo tiempo que el 20% restante de participación lo tenga otra entidad chilena con facultades para elegir la mayoría de los directores de la entidad extranjera, lo que configura otro supuesto de control. De ocurrir ello, ambas entidades chilenas calificarían como controladoras de la entidad extranjera.

En suma, existen argumentos suficientes para afirmar que el Art. 41G contempla la posibilidad que sobre una misma entidad extranjera puedan existir distintas entidades chilenas controladoras.

Sin embargo, el mayor problema que vemos a la remisión que hace al Art. 41G al artículo 100 de la Ley 18.045 dice relación con la aplicación que se debe dar a dicha remisión cuando el análisis de la “entidad” controladora chilena versa sobre personas naturales. Véase para estos efectos, la siguiente Figura 2:

Figura 2



Asumiendo que las Personas Naturales 1, 2 y 3 son hermanos, surgen las siguientes dudas:

1. ¿Es aplicable la remisión al artículo 100 de la Ley 18.045 a personas naturales?
2. Si lo fuera, ¿son aplicables las otras normas de la Ley 18.045 que sirven para delimitar algunos conceptos establecidos en el mismo Art. 100 aunque tales artículos no hayan sido expresamente referidos por la LIR? En esto nos

referimos particularmente a los artículos 96, 97 y 98 de la misma ley que, como se explicará, delimitan los conceptos establecidos en el mismo artículo 100.

3. Y finalmente, bajo el mismo supuesto precedente, esto es, que el artículo 100 es aplicable a personas naturales y considerando la posibilidad de tener más de un controlador ¿permite dicha norma relacionar a estas personas naturales entre sí?

Justamente son estas las interrogantes que se propone solucionar en los próximos capítulos de esta tesis, especialmente porque ya existen dos interpretaciones del SII, manifestadas en los oficios 3105 del 18 de noviembre de 2016 y 1293 del 9 de junio de 2017 que, según se explicará, han dado a entender que todas estas preguntas tendrían respuestas afirmativas, conclusión que, en nuestro concepto, no solo es sumamente cuestionable sino que además se contrapone a lo que la Superintendencia de Valores y Seguros ha dictaminado en el Oficio Ordinario 3267 del 29 de julio de 2016, Oficio Ordinario que también será analizado en un próximo capítulo.

(ii) Normas de Exclusión

Según se adelantó, el Art. 41G incorpora expresas reglas de exclusión, esto es, supuestos que de concurrir hacen inaplicable la Norma CFC en su integridad. Tales supuestos se encuentran establecidos en el párrafo final de la letra C del Art. 41G y son los siguientes:

1. Cuando las rentas pasivas de la entidad controlada extranjera no excedan de un 10% de sus ingresos totales en el ejercicio correspondiente;
2. Cuando el valor de los activos de la entidad controlada extranjera, susceptibles de producir rentas pasivas, no excede de un 20% del valor total de sus activos⁵⁶; y
3. Cuando las rentas pasivas de la entidad controlada extranjera se hayan gravado con impuestos a la renta con una tasa efectiva igual o mayor a un 30% en el país respectivo.

Es justamente la última de las reglas de exclusión señaladas la que, en nuestro concepto, da mayores niveles de inseguridad y que junto a la segunda de las reglas de exclusión fue expresamente incorporada al Art. 41G mediante la Ley 20.899.

⁵⁶ El valor de los activos deberá ser considerado en proporción a la permanencia de ellos durante el ejercicio respectivo.

Concretamente el Art. 41G prescribe sobre esta última norma lo siguiente:

“Lo dispuesto en este artículo... Tampoco se aplicará cuando las rentas pasivas de la entidad controlada se hayan gravado con impuestos a la renta cuya tasa efectiva sea igual o superior a un 30% en el país donde se encuentra domiciliada, establecida o constituida dicha entidad, conforme a las normas que ahí se apliquen”

Como se advertirá, la norma presenta diversos inconvenientes:

- 1) No define qué debe entenderse por “tasa efectiva”,
- 2) La determinación de la tasa efectiva queda sujeta a las normas que se apliquen en el país de domicilio de la entidad controlada, lo que supone analizar concretamente cuál es la regulación jurídica del sistema impositivo en tal país, tarea que evidentemente no es fácil de realizar, y
- 3) Finalmente, la norma presupone que para la determinación de la tasa efectiva de 30% las rentas pasivas “se hayan gravado” con impuestos a la renta, de lo que surgen varias dudas:
 - a. ¿Qué es lo que debe hacer el contribuyente controlador chileno si las rentas pasivas no distribuidas por la entidad extranjera no han finalizado su tributación total porque falta aún la retención de impuestos que en general se aplica a los dividendos (*withholding taxes*) similares a nuestro impuesto adicional)? ¿deberá el controlador chileno computar las rentas pasivas, gravarlas en Chile, y luego una vez distribuidas, considerar que la norma no tenía aplicación y solicitar devolución de los impuestos indebidamente pagados?; y
 - b. ¿Qué ocurre si el país de residencia de la entidad controlada admite la utilización de créditos o exenciones por impuestos pagados en terceros países? ¿Debe dicho crédito o exención considerarse para efectos del cálculo de la tasa efectiva? Y de ser así, ¿puede considerarse que las rentas pasivas fueron efectivamente gravadas “en el país donde se encuentra domiciliada, establecida o constituida” la entidad extranjera.

Estas preguntas son las que concretamente se pretenden resolver en los próximos capítulos de esta tesis, para cuyos efectos no sólo estudiaremos la historia legislativa de su incorporación y los principios de la OCDE que versan sobre la materia, sino que además revisaremos si otras normas de la LIR (y los pronunciamientos que el SII ha otorgado sobre ellas) que también utilizan el

concepto de “tasa efectiva”, aportan a la resolución de los cuestionamientos planteados.

III. CAPÍTULO II: HISTORIA LEGISLATIVA EN RELACIÓN A LAS NORMAS DE RELACIÓN Y EXCLUSIÓN E INTERPRETACIÓN DE LAS MISMAS

Según se explicó en la Introducción de este trabajo, la Ley 20.899 efectuó una serie de modificaciones al Art. 41G. Pues bien, en este capítulo se analiza cuáles fueron las consideraciones que se tuvieron en cuenta al momento de modificar la Norma CFC en lo que respecta a la Norma de Control/Relación y a la Norma de Exclusión bajo análisis, esperando con ello que una interpretación histórica de las normas sirva para los efectos de su interpretación.

Adicionalmente, se desarrolla también en este capítulo una interpretación gramatical y lógica de las normas en cuestión que nos parece servirán a los propósitos de investigación dogmática planteados.

A. Análisis relativo a la Norma de Control/Relación

Probablemente uno de los elementos de mayor relevancia para el análisis de las normas jurídicas es aquel que dice relación con los objetivos que se tuvieron en cuenta por el legislador al momento de incorporar, modificar o derogar la o las normas que se analizan.

Así lo da a entender el propio Código Civil al prescribir en el primero de los artículos que regulan las normas sobre interpretación de la ley lo siguiente: *“Art. 19. Cuando el sentido de la ley es claro, no se desatenderá su tenor literal, a pretexto de consultar su espíritu.*

Pero bien se puede, para interpretar una expresión obscura de la ley, recurrir a su intención o espíritu, claramente manifestados en ella misma, o en la historia fidedigna de su establecimiento.”

Pues bien, aunque el sentido de la ley evidentemente no es claro, nos parece importante, sin embargo, partir por un análisis literal de la ley, para luego adentrarnos en el análisis lógico e histórico de la misma.

(i) Interpretación literal de la Norma de Control/Relación

El artículo 41 G de la LIR, en su letra A) inciso segundo N° 2, prescribe, en lo que respecta a la norma de relación en estudio, literalmente 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...”*

Conforme a lo anterior, para computar el porcentaje de participación, debemos dirigirnos a las normas del artículo 100 de la Ley 18.045 (en adelante, el “Art. 100”) y específicamente a sus letras a), b) y d). Esta norma, y las letras respectivas, señalan literalmente lo siguiente:

“Artículo 100.- Son relacionadas con una sociedad las siguientes personas:

- a) Las entidades del grupo empresarial al que pertenece la sociedad;*
- b) Las personas jurídicas que tengan, respecto de la sociedad, la calidad de matriz, coligante, filial o coligada, en conformidad a las definiciones contenidas en la ley N° 18.046; ...*
- d) Toda persona que, por sí sola o con otras con que tenga acuerdo de actuación conjunta, pueda designar al menos un miembro de la administración de la sociedad o controle un 10% o más del capital o del capital con derecho a voto si se tratare de una sociedad por acciones.”*

Como se advertirá, eliminamos la transcripción de la letra c) del artículo 100 de la Ley 18.045, ya que el propio Art. 41 G remite exclusivamente a las letras a), b) y d) del artículo en cuestión. Por la misma razón (y por las razones que se explicarán adicionalmente en el próximo acápite), ni el inciso segundo -que permite a la Superintendencia de Valores y Seguros⁵⁷ (en adelante, la “SVS”) establecer otros supuestos de relación-, ni el inciso tercero del Art. 100 pueden ser aplicados.

Como se advertirá, una primera aproximación a la literalidad de las normas, nos induce a pensar que el Art. 100 sólo puede aplicarse a las relaciones “con una sociedad”; o, en otras palabras, los únicos tipos de controladores a quienes podría aplicarse las normas del Art.100 -para los efectos del Art. 41 G de la LIR- son “sociedades” y no personas naturales ya que el Art. 100 solo prescribe normas para relacionar “con una sociedad” y no así “con una persona”.

A *contrario sensu*, se podría argumentar que el Art. 100, para los efectos del Art. 41 G, se ve tácitamente modificado por la frase que el propio Art. 41 G incorpora en forma inmediata y posterior a la referencia al Art. 100, cual es “*cualquiera sea la naturaleza de los intervinientes*”. En otras palabras, una postura como esta diría:

⁵⁷ Téngase presente que por “Superintendencia” debe entenderse “Superintendencia de Valores y Seguros” según se desprende del artículo 2 de la Ley 18.045 al señalar que “*Corresponderá a la Superintendencia de Valores y Seguros, en adelante la Superintendencia, vigilar el cumplimiento de las disposiciones de la presente ley, de acuerdo con las facultades que se le confieren en su ley orgánica y en el presente cuerpo legal.*”

“Cualquier sea la naturaleza de los intervinientes, el artículo 100 en sus letras a), b) y d) es aplicable”.

Sin embargo, nos parece que una interpretación como la descrita en el párrafo anterior fuerza de sobremanera el Art. 100, ya que, según se explicará a continuación, las normas de las letras a), b) y d) son exclusivamente aplicables a sociedades.

Para entender lo anterior, es necesario entender en forma previa otros conceptos que las letras a), b) y d) incluyen, y que son “grupo empresarial”, y “acuerdo de actuación conjunta”. Los conceptos “matriz”, “coligante”, “filial” o “coligada” son conceptos evidentemente aplicables a sociedades por lo que no vale la pena gastar palabras en su análisis ni por ende en la aplicación de la letra b) del Art. 100 a personas naturales ya que evidentemente tal aplicación no se podrá dar nunca (no se puede ser “matriz”, “coligante”, “filial” o “coligada” de una persona natural).⁵⁸

Pues bien, tales conceptos, esto es, grupo empresarial y acuerdo de actuación conjunta, que son los que se manifiestan en las letras a) y d) del artículo 100, se definen en otros artículos de Ley 18.045. Sin embargo, ¿son aplicables tales artículos cuando el Art. 41 G no los mencionó directamente?

Nos parece claro que sí, por las propias normas de interpretación de la ley establecidas en el Código Civil. En efecto, el artículo 20 del Código Civil prescribe que “Las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras; pero cuando el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias, se les dará en éstas su significado legal.”

Conforme a lo anterior, debemos dirigir ahora nuestra atención a lo dispuesto en los artículos 96 a 98 de la Ley 18.045 que establecen todos los conceptos necesarios para abordar la interpretación de las letras a) y d) del artículo 100. Estos artículos señalan:

⁵⁸ La ley 18.046 sobre sociedades anónimas define estos conceptos de la siguiente forma: **“Art. 86.** Es sociedad **filial** de una sociedad anónima, que se denomina **matriz**, aquella en la que ésta controla directamente o a través de otra persona natural o jurídica más del 50% de su capital con derecho a voto o del capital, si no se tratare de una sociedad por acciones o pueda elegir o designar o hacer elegir o designar a la mayoría de sus directores o administradores. La sociedad en comandita será también filial de una anónima, cuando ésta tenga el poder para dirigir u orientar la administración del gestor.”; **“Art. 87.** Es sociedad **coligada** con una sociedad anónima aquella en la que ésta, que se denomina **coligante**, sin controlarla, posee directamente o a través de otra persona natural o jurídica el 10% o más de su capital con derecho a voto o del capital, si no se tratare de una sociedad por acciones, o pueda elegir o designar o hacer elegir o designar por lo menos un miembro del directorio o de la administración de la misma. La sociedad en comandita será también coligada de una anónima, cuando ésta pueda participar en la designación del gestor o en la orientación de la gestión de la empresa que éste ejerza.” (destacados y subrayados nuestros).

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

Forman parte de un mismo grupo empresarial:

a) Una sociedad y su controlador;

b) Todas las sociedades que tienen un controlador común, y este último, y

c) Toda entidad que determine la Superintendencia considerando la concurrencia de una o más de las siguientes circunstancias:

1. Que un porcentaje significativo del activo de la sociedad está comprometido en el grupo empresarial, ya sea en la forma de inversión en valores, derechos en sociedades, acreencias o garantías;

2. Que la sociedad tiene un significativo nivel de endeudamiento y que el grupo empresarial tiene importante participación como acreedor o garante de dicha deuda;

3. Que la sociedad sea miembro de un controlador de algunas de las entidades mencionadas en las letras a) o b), cuando este controlador corresponda a un grupo de personas y existan razones fundadas en lo dispuesto en el inciso primero para incluirla en el grupo empresarial, y

4. Que la sociedad sea controlada por uno o más miembros del controlador de alguna de las entidades del grupo empresarial, si dicho controlador está compuesto por más de una persona, y existan razones fundadas en lo dispuesto en el inciso primero para incluirla en el grupo empresarial.

Como se advertirá, el concepto de “Grupo Empresarial” conferido por el artículo 96 transcrito, para efectos del Art. 41 G de la LIR, establece taxativamente quienes forman parte de un grupo empresarial, esto es: (i) una sociedad y su controlador, y (ii) Todas las sociedades que tienen un controlador común, y este último. Tanto el inciso primero del artículo 96 como la letra c) del mismo artículo que abre la posibilidad a que la SVS determine otras “entidades” que puedan formar parte de un grupo empresarial, no pueden aplicarse para efectos del Art. 41G, según se explicará en el próximo acápite.

Conforme a lo anterior, el único concepto que podría dar lugar dudas es el de “controlador” y que se define en el artículo 97 de la Ley 18.045, el que como se podrá imaginar, es solo aplicable para efectos de relacionar a una persona o sociedad **con una sociedad**. En efecto, como se desprende del artículo 97 que se transcribe a continuación, difícilmente un controlador persona natural puede ser controlador de otra persona natural:

*“Artículo 97.- **Es controlador de una sociedad** toda persona o grupo de personas con acuerdo de actuación conjunta que, directamente o a través de otras personas*

naturales o jurídicas, participa en su propiedad y tiene poder para realizar alguna de las siguientes actuaciones:

a) Asegurar la mayoría de votos en las juntas de accionistas y elegir a la mayoría de los directores tratándose de sociedades anónimas, o asegurar la mayoría de votos en las asambleas o reuniones de sus miembros y designar al administrador o representante legal o a la mayoría de ellos, en otro tipo de sociedades, o

b) Influir decisivamente en la administración de la sociedad.

Cuando un grupo de personas tiene acuerdo de actuación conjunta para ejercer alguno de los poderes señalados en las letras anteriores, cada una de ellas se denominará miembro del controlador.

En las sociedades en comandita por acciones se entenderá que es controlador el socio gestor.”

Como se advertirá, hemos remarcado el carácter de controlador **de una sociedad**. En definitiva, no se puede ser controlador de una persona natural, y si no se puede ser controlador de una persona natural, no puede concluirse que el concepto de controlador, en cuanto persona natural, pueda aplicarse entre personas naturales.

Hasta el momento entonces es claro que las letras a) y b) del artículo 100 de la Ley 19.045 no pueden ser forzadas a un punto tal que admitan incluir a personas naturales para relacionarlas entre sí, a pesar del concepto “cualquiera sea la naturaleza de los intervinientes” descrito en el Art. 41 G.

Queda entonces averiguar si la letra d) del artículo 100 puede ser forzada, mediante la referencia a “cualquiera sea la naturaleza de los intervinientes” que prescribe el Art. 41 G. Desde ya, rechazamos tal posibilidad.

En efecto, hagamos el ejercicio de modificar hipotéticamente la frase “con una sociedad” por “con una persona” del primer párrafo del artículo 100, y transcribamos ahora tal párrafo en conjunto con la letra d) del mismo artículo:

*“Artículo 100.- Son relacionadas con una **persona** las siguientes personas:*

...

*d) Toda persona que, por sí sola o con otras con que tenga acuerdo de actuación conjunta, pueda designar al menos un miembro de la administración **de la sociedad** o controle un 10% o más del capital o del capital con derecho a voto si se tratare de una sociedad por acciones.*

Como se advertirá, la norma pierde todo sentido, ya que lo que el Art. 100 pretende con la letra d) es relacionar a las personas que por sí (o con quienes tenga acuerdo de actuación conjunta) puedan ejecutar actos de designación de miembros de la administración **de una sociedad** o que puedan controlar su capital o derecho a voto.

Tales facultades evidentemente no se pueden ejercer respecto de una persona natural.

Finalmente, el concepto de “acuerdo de actuación conjunta”, definido en el artículo 98 de la Ley 18.045 (y a partir del cual el SII trata de sostener su postura según se explicará en un próximo capítulo) en nada sirve para resolver el problema anterior, ya que tal “acuerdo de actuación conjunta” no tiene por objeto relacionar a las personas entre sí, sino que solo considerar a quienes tienen dicho acuerdo para ejercer las facultades de designación o control en una sociedad que la misma letra d) prescribe, lo que además se desprende de la propia definición que sobre tal concepto consagra el Artículo 98:

“Artículo 98.- Acuerdo de actuación conjunta es la convención entre dos o más personas que participan simultáneamente en la propiedad de una sociedad, directamente o a través de otras personas naturales o jurídicas controladas, mediante la cual se comprometen a participar con idéntico interés en la gestión de la sociedad u obtener el control de la misma.

Se presumirá que existe tal acuerdo entre las siguientes personas: entre representantes y representados, entre una persona y su cónyuge o sus parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, entre entidades pertenecientes a un mismo grupo empresarial, y entre una sociedad y su controlador o cada uno de sus miembros.

La Superintendencia podrá calificar si entre dos o más personas existe acuerdo de actuación conjunta considerando entre otras circunstancias, el número de empresas en cuya propiedad participan simultáneamente, la frecuencia de votación coincidente en la elección de directores o designación de administradores y en los acuerdos de las juntas extraordinarias de accionistas.

Si en una sociedad hubiere como socios o accionistas, personas jurídicas extranjeras de cuya propiedad no haya información suficiente, se presumirá que tienen acuerdo de actuación conjunta con el otro socio o accionista, o grupo de ellos con acuerdo de actuación conjunta, que tenga la mayor participación en la propiedad de la sociedad.”

En resumidas cuentas, desde la perspectiva de una interpretación literal, ni la letra a), ni la letra b) ni la letra d) del artículo 100 de la Ley 18.045 pueden ser forzadas a un punto tal que admita utilizarlas para relacionar a personas naturales, ni siquiera por la frase “cualquiera sea la naturaleza de los intervinientes” del Art. 41 G, ya que si así se pretendiere, la norma completa quedaría sin sentido.

Sin perjuicio de lo anterior, considerando que la interpretación meramente literal podría no ser suficiente para convencer al lector, a continuación, se analizarán los objetivos que tuvo la Ley 20.899 al momento de modificar el Art. 41 G y que implicaron dejar al artículo bajo análisis en los términos descritos precedentemente.

(ii) Objetivos e historia fidedigna de la Ley 20.899

El mensaje del proyecto enviado al Congreso con que se inició la tramitación de la Ley 20.899 (Mensaje N° 1436-363), establece cuatro claros objetivos y que podemos resumir de la siguiente forma:

- 1) Simplificar el sistema de tributación a la renta aprobado por la Ley;
- 2) Simplificar y perfeccionar las disposiciones de la Ley sobre Impuesto a las Ventas y Servicios;
- 3) Perfeccionar algunas disposiciones del Código Tributario; y
- 4) Modificar otras disposiciones legales tributarias con miras a simplificar y precisar su aplicación⁵⁹.

Como se advertirá, los objetivos señalados tienen un claro y unívoco principio: El de la simplificación, principio que además es explícitamente señalado en el mensaje cuando describe el contexto en que se inicia el proyecto de ley, en los siguientes términos:

“Esta gradualidad y participación ha llevado al Gobierno a la convicción de que en esta etapa de la implementación de la Reforma Tributaria, resulta pertinente volver sobre aquél principio que, de acuerdo a la experiencia nacional e internacional, permite cumplir de mejor forma los objetivos del sistema tributario al menor costo posible para el Estado y los contribuyentes. Ese principio no es otro que el de “simplicidad”...”

⁵⁹ Concretamente, el mensaje con que se da inicio al proyecto que culminó con la Ley 20.899 señala lo siguiente: “Los principales objetivos del proyecto son: 1. Avanzar decididamente en la simplificación del sistema de tributación a la renta aprobado por la Reforma Tributaria de la Ley N°20.780, aprovechando la experiencia obtenida hasta ahora en su proceso gradual y participativo de implementación y manteniendo sus principios esenciales, es decir, aumentar la recaudación tributaria en alrededor de 3 puntos del PIB, mejorar su progresividad y combatir la evasión y la elusión tributarias. 2. Simplificar y perfeccionar las disposiciones de la Ley sobre Impuesto a las Ventas y Servicios, con el fin de cautelar la correcta aplicación de las disposiciones legales aprobadas en la Reforma Tributaria, especialmente aquellas transitorias que liberan del Impuesto al Valor Agregado (IVA) a ciertas operaciones que ya estaban en desarrollo al aprobarse la ley. 3. Perfeccionar algunas disposiciones del Código Tributario, por ejemplo, con el fin de precisar adecuadamente la vigencia y ámbito de aplicación de la Norma General Anti Elusión. 4. Modificar otras disposiciones legales tributarias con miras a simplificar y precisar su aplicación”. (Véase Mensaje de S.E. la Presidenta de la República con el que inicia un proyecto de ley que simplifica el sistema de tributación a la renta y perfecciona otras disposiciones legales tributarias. Mensaje N° 1436-363)

Lo anterior es importante ya que es la base o principio sobre el que se deben interpretar todas aquellas modificaciones que se efectuaron mediante la Ley 20.899, entre ellas, las analizadas en este trabajo.

Conforme a lo anterior, partamos por señalar que sobre la Norma de Control/Relación, el Mensaje 1436-363, nada concreto señaló.

A su turno, valga recordar que el N°2 de la letra A del Art. 41 G, en forma previa a las modificaciones efectuadas por la Ley 20.899, establecía expresamente, en lo que a la Norma de Control/Relación se refiere, lo siguiente:

“Para los efectos de este artículo, se entenderá por entidades controladas sin domicilio o residencia en Chile, aquellas que...cumplan con los siguientes requisitos copulativos: ... 2) Sean controladas por entidades o patrimonios constituidos, domiciliados, establecidos o residentes en Chile. 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, con personas o entidades relacionadas en los términos del artículo 100 de la ley N° 18.045, cualquiera sea la naturaleza de los intervinientes, salvo directores, ejecutivos principales, el cónyuge o parientes hasta el segundo grado de consanguinidad de las personas señaladas en la letra c), de este último artículo, o al controlador que sea una entidad no establecida, ni domiciliada o residente en Chile, que a su vez no sea controlada por una entidad local, 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...”*

Pues bien, para analizar la historia legislativa de las modificaciones en estudio, es importante pasar por cada uno de los trámites constitucionales para la aprobación de la Ley, orden que seguiremos a continuación.

En Primer Trámite Constitucional, el proyecto que acompañaba al mensaje presidencial propuso, las siguientes modificaciones:

- 1) Intercalar, entre las expresiones *“en conjunto”* y *“con personas”*, las expresiones *“y en la proporción que corresponda,”*, modificación que quedó incorporada en el Art. 41 G.
- 2) Eliminar las expresiones *“salvo los directores, ejecutivos principales, el cónyuge o parientes hasta el segundo grado de consanguinidad de las personas señaladas en la letra c), de este último artículo, o al controlador que sea una entidad no establecida, ni domiciliada o residente en Chile, que a su*

vez no sea controlada por una entidad local,” modificación que también quedó incorporada en la ley; y

- 3) Agregar un párrafo final al N° 2 de la letra A del 41 G, del siguiente tenor: *“Para los efectos señalados, no se considerarán como personas o entidades relacionadas en los términos del artículo 100 de la Ley N° 18.045, aquellas incluidas en la letra c) de dicho artículo, y el controlador que sea una entidad no constituida, establecida, ni domiciliada o residente en Chile, que a su vez no sea controlada por una entidad local”*, modificación que sólo se mantuvo parcialmente ya que en el transcurso legislativo la referencia al artículo 100 de la Ley N° 18.045 que se hace mediante esta incorporación, fue eliminada según se explicará.

Como se advertirá, especialmente relevantes son las modificaciones propuestas en los números 2) y 3) precedentes.

En efecto, sobre la modificación del número 2), en la discusión y votación en particular del proyecto, según da cuenta el Informe de la Comisión de Hacienda en Primer Trámite Constitucional, dos precisiones se realizaron, ambas por funcionarios del SII:

La primera de dichas precisiones fue efectuada por el señor Pedro Castro, Jefe del departamento de impuestos directos de la subdirección normativa del SII, señalando que *“...esta norma saca de las normas de relación a aquellas relaciones de tipo subjetivo, como las de parentesco.”*

A su turno, la segunda de las precisiones, la realizó el señor Alejandro Micco, Subsecretario de Hacienda, agregando que *“esto se hace en todas las normas de relación, que han de ser solamente de naturaleza contractual o de propiedad”*.

Adicionalmente, respecto de la modificación indicada con el número 3), el señor Micco, aclaró *“...que esta disposición lo que hace es sacar las relaciones que están reguladas en la ley de sociedades anónimas”*, objetivo que luego sería clarificado con mayor precisión en el Segundo Trámite Constitucional.

Siguiendo con los trámites legislativos, en Segundo Trámite Constitucional, esto es, en revisión del Senado, el Informe de la Comisión de Hacienda del Senado explica que en intervención del señor Francisco Selamé (concurrente por parte de la empresa PricewaterhouseCoopers), se señaló, respecto de la modificación indicada con el número 3) precedente, que:

“...la Comisión escuchó al señor Francisco Selamé, quien efectuó observaciones y propuestas referidas a las siguientes materias:...

Explicó que el artículo 100 de la ley N° 18.045 establece en sus últimos incisos que la Superintendencia de Valores y Seguros podrá establecer nuevas reglas de

relación mediante norma de carácter general. Por ello, acotó, es necesario dejar en claro que la norma de relación no puede establecerse por esta vía, dado que se estaría afectando un elemento del hecho gravado y, en consecuencia, el principio de legalidad; reconociendo un efecto tributario no buscado a un acto administrativo que tiene otra función y que emana de una autoridad sin competencia tributaria. Si no se excluye esta parte de la norma, la forma de impugnarla sería un recurso de inaplicabilidad lo que resultaría desproporcionado.

Propuso sustituir el párrafo que se agrega por el siguiente: “Para los efectos señalados, sólo se considerarán como personas o entidades relacionadas en los términos del artículo 100 de la ley N° 18.045, aquellas incluidas en las letras a), b) y d) de dicho artículo. No será considerado relacionado el controlador que sea una entidad no constituida, establecida, ni domiciliada o residente en Chile, que a su vez no sea controlada por una entidad local.”.

Pues bien, muy probablemente tomando la recomendación del señor Selamé, por Indicación 1 de S.E. la Presidenta de la República, se modificó el párrafo primero del número 2 de la letra A) del 41 G, eliminando la referencia al Art. 100 que la misma letra originalmente hacía en el párrafo final propuesto en el proyecto de la Ley 20.899, incorporando simplemente una referencia directa a las letras a), b) y d) del Art. 100 en el primer párrafo del N° 2 de la letra A del Art. 41 G, modificaciones fueron finalmente aprobadas.

Finalmente, pero todavía en Segundo Trámite Constitucional, el informe de la Comisión de Hacienda, bajo el acápite de financiamiento incluyó la transcripción de diversos informes elaborados por la Dirección de Presupuestos del Ministerio de Hacienda. Entre ellos, se transcribe “un informe financiero que acompañó indicaciones presentadas, elaborado por la Dirección de Presupuestos del Ministerio de Hacienda, de 25 de enero de 2016”, que señala:

“I.- Antecedentes

Para dar cumplimiento a los compromisos asumidos con los H. Diputados miembros de la Comisión de Hacienda de dicha Corporación, en el Senado, el Ejecutivo presentó seis indicaciones que importan ciertas precisiones y aclaraciones que, en lo medular, no afectan la esencia del proyecto aprobado por la Cámara de Diputados.

II.- Objetivos

Las indicaciones que se proponen se centran básicamente en los siguientes aspectos:

a. En primer lugar, en lo que se refiere a la tributación de las rentas pasivas del exterior, se especifica que las hipótesis de relación que se aplican sobre las mismas son las de las letras a., b. y d. del artículo 100 de la ley N° 18.045, es decir, las que

se encuentran determinadas expresamente por el legislador, sin que quepa la posibilidad de que el hecho gravado pueda ser vulnerado administrativamente...”

Como se advertirá, al finalizar el Segundo Trámite Constitucional, ya eran bastante evidentes las intenciones del legislador respecto de la Norma de Control/Relación, y que pueden ser resumidas de la siguiente forma:

Primero, **eliminar todo tipo de relación subjetiva de la norma de relación**, y segundo, **evitar que el hecho gravado pudiera ser vulnerado administrativamente**, especialmente por las facultades que el propio Art. 100 confiere a la SVS para establecer supuestos de relación adicionales a los establecidos en la misma norma.

Finalmente, en Tercer Trámite Constitucional, en la Discusión en Sala de la Cámara de Diputados, encontramos dos referencias más a estas modificaciones, especialmente a la indicada con el número 3) precedente.

La primer de ellas es efectuada por el diputado José Miguel Ortiz del Partido Demócrata Cristiano, que en su intervención señaló:

“¿Qué pasó en el Senado? Dicha Corporación introdujo seis modificaciones al texto despachado por la Cámara. En este sentido, quiero señalar que es mentira que respecto de esta iniciativa se haya dado la lógica de “la cocina del Senado”, como algunos la llaman. Tales enmiendas simplifican y mejoran la ley haciendo más explícito el texto del proyecto para ayudar a los contribuyentes y no para aumentar impuestos.

Respecto de esto también se está generando una situación muy sui géneris.

¿Qué significa lo anterior? En primer lugar, se precisan las normas de relación, pasando del artículo 100 de la ley N° 18.045, menos su letra c), a los puntos a), b) y d) del mismo artículo. Algunos se preguntarán de qué estoy hablando. Me explico: esto es para evitar que circulares de la Superintendencia de Valores y Seguros puedan ampliar la base tributaria”

A su turno, la segunda precisión proviene del diputado Enrique Jaramillo, que en su intervención señaló expresamente que:

En relación con las rentas pasivas del exterior, el proyecto original y las indicaciones precisaron que para el cómputo de las rentas pasivas obtenidas por el contribuyente en el exterior, debía considerarse también las de entidades relacionadas.

Mediante una indicación se precisa, tal como siempre fue el espíritu de esta norma, que las hipótesis de relación que se aplican corresponden a las letras a) y b) del artículo 100 de la ley N° 18.045, es decir, las que se encuentran determinadas expresamente por el legislador, sin que quepa la posibilidad de que el hecho gravado pueda ser ampliado administrativamente, cuestión que, además de

vulnerar el principio de legalidad de los tributos, no fue el sentido de lo aprobado por la Cámara de Diputados ni del proyecto del Ejecutivo.

Aclaro también que las modificaciones que hoy estamos discutiendo constituyen una norma de aplicación y aceptación casi unánime por parte de las distintas bancadas.

En su momento, solicitamos presentar indicaciones en tal sentido en la Comisión de Hacienda de la Cámara de Diputados, pero por razones de Reglamento se tuvieron que presentar en el Senado. Por eso, me alegra mucho la aclaración que en este caso hizo el diputado José Miguel Ortiz, referente a que aquí “no hay cocina”. Si la hubo en otro proyecto, lo discuto, pero –reitero dimos comienzo a la presentación de esas indicaciones aquí en la Cámara de Diputados.

El Ejecutivo cumplió la palabra empeñada en la Cámara e incorporó en el Senado esas seis indicaciones, tendientes a mejorar los aspectos que aquí se habían observado, especialmente en lo relativo a la tributación de rentas pasivas en el exterior...

Como se advertirá, la historia de la ley en relación a la norma de control no da lugar a dudas de sus intenciones: **Eliminar relaciones de carácter subjetivo y evitar que la norma sea vulnerada administrativamente.** Si adicionalmente tomamos en consideración el principio básico en que se funda la Ley 20.899 (la simplificación), entender lo anterior no debiera ser algo complejo.

En este sentido, y adentrándonos en las pautas de interpretación que se pretenden con esta tesis, parece bastante claro que si se considera la historia de la Ley 20.899, la Norma de Control/Relación no puede ser aplicada, mediante la referencia al Art. 100, a las relaciones subjetivas entre personas naturales, o en palabras del propio señor Micco “*a aquellas relaciones de tipo subjetivo, como las de parentesco*”, confirmando con ello la interpretación literal efectuada en el acápite precedente.

Adicionalmente, y cerrando con esto un punto que se dejó abierto en el acápite de interpretación literal precedente, es evidente que el legislador pretendió con las modificaciones evitar vulneraciones del hecho gravado mediante interpretaciones administrativas que ampliaran la base tributaria, circunstancia que nos parece no solo se refleja en la modificación concreta que implicó la imposibilidad de que la SVS pueda utilizar el inciso segundo del Art. 100 de la Ley 18.045 para incluir otros supuestos de relación, sino que también en la imposibilidad para la misma SVS de utilizar otras facultades dispuestas en todas las otras normas que dicen relación con el Art. 100, entre ellas, la establecida en la amplia definición de “Grupo Empresarial” que consagra el inciso primero del artículo 96 de la Ley 18.045 y en la misma letra c) de dicho artículo transcrito en el acápite precedente.

En definitiva, podemos concluir, tanto desde un punto de vista literal como histórico-legislativo, que la norma de relación del Art. 41G para efectos de determinar los porcentajes necesarios para adquirir al menos el 50% de participación en las utilidades, capital o derecho a voto, no es aplicable a las personas naturales, lo que manifestado en el ejemplo de la Figura 2 del Capítulo I de esta tesis, implica asumir que la Personas Naturales 1, 2 y 3 no están relacionadas entre sí por lo que el supuesto de control, al menos desde el punto de vista de participación, no se daría en el caso expuesto.

B. Análisis relativo a la Norma de Exclusión

(i) Interpretación literal de la Norma de Exclusión

Siguiendo la misma línea de análisis, corresponde ahora determinar si de una interpretación literal de la Norma de Exclusión, puede o no inferirse alguna pauta de interpretación que sirva a los objetivos señalados en la Introducción de esta tesis.

La Norma de Exclusión señala expresamente lo siguiente:

“Tampoco se aplicará [se entiende, lo dispuesto en el Art. 41G] cuando las rentas pasivas de la entidad controlada se hayan gravado con impuestos a la renta cuya tasa efectiva sea igual o superior a un 30% en el país donde se encuentra domiciliada, establecida o constituida dicha entidad, conforme a las normas que ahí se apliquen”.

Como se advertirá, el análisis literal en este caso es bastante más simple que el de la Norma de Control/Relación.

En efecto, enfocándonos en la primera de las preguntas que se pretende resolver en esta tesis (relativa a la falta de tributación total en el extranjero por no haberse aún distribuido las rentas desde la entidad controlada), sería posible concluir que la redacción es bastante clara en requerir para su aplicación que las rentas pasivas **“se hayan gravado”** con impuestos a la renta. Por su parte, como la determinación de las rentas pasivas, para efectos de la aplicación de los impuestos en Chile, debe ser efectuada en forma anual⁶⁰, si las rentas no han sido distribuidas a nuestro país durante el ejercicio respectivo, la aplicación de eventuales retenciones en el país de residencia de la entidad controlada no debería ser considerada para efectos del cálculo de la tasa efectiva de 30%.

⁶⁰ Así se desprende claramente del párrafo primero de la letra D del Art. 41G al señalar *“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:...”* (subrayado nuestro)

Por otro lado, y analizando ahora la aplicación del concepto de “tasa efectiva”, una primera aproximación induciría a pensar que de la frase “*en el país donde se encuentra domiciliada, establecida o constituida dicha entidad*” se puede desprender que los impuestos que deben considerarse para calcular la tasa efectiva son justamente los aplicados “en el país donde se encuentra” domiciliada la entidad controlada, y por ende, si el país de la misma entidad otorga créditos o rebajas por impuestos pagados en terceros países para evitar una doble tributación, tal descuento no debiera ser considerado para efectos del cálculo de la tasa efectiva.

En definitiva, desde este punto de vista, la eliminación de la doble tributación manifestada mediante el otorgamiento de créditos o rebajas en el país de la entidad controlada por impuestos pagados en terceros países, no debiera operar en perjuicio del contribuyente residente en Chile.

Sin embargo, como la interpretación anterior podría llegar a considerarse antojadiza, debiéramos también, en aplicación del Art. 20 de Código Civil⁶¹, buscar si hay otras normas que definan en forma más clara el concepto o la forma en que debe calcularse tal “tasa efectiva”.

Pues bien, justamente el Artículo 41 H de la LIR (en adelante, el “Art. 41 H”) que establece los requisitos legales para considerar a un territorio o jurisdicción como un “régimen fiscal preferencial”, describe en su letra a) una forma de cálculo de tasa efectiva, expresamente, de la siguiente forma:

“Artículo 41 H. Para los efectos de esta ley, se considerará que un territorio o jurisdicción tiene un régimen fiscal preferencial cuando se cumpla a lo menos dos de los siguientes requisitos:

*a) Su tasa de tributación efectiva sobre los ingresos de fuente extranjera sea inferior al 50% de la tasa del inciso primero del artículo 58. Para la determinación de la tasa efectiva se considerarán las exenciones o rebajas otorgadas sobre el ingreso respectivo, los costos o gastos efectivos o presuntos que rebajen tales ingresos **y los créditos o rebajas al impuesto extranjero determinado, todos ellos otorgados o concedidos por el respectivo territorio o jurisdicción. La tributación efectiva será la que resulte de dividir el impuesto extranjero neto determinado por la utilidad neta ajustada de acuerdo a lo dispuesto anteriormente.** En caso que en el país respectivo se aplique una escala progresiva de tasas, la tasa efectiva será la equivalente a la “tasa media”, que resulte de dividir*

⁶¹ Que recordemos, prescribe “*Las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras; pero cuando el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias, se les dará en éstas su significado legal.*”

por dos la diferencia entre la tasa máxima y mínima de la escala de tasas correspondiente, expresadas en porcentaje.”⁶²

Nos parece que la referencia a esta norma es susceptible de ser utilizada si se considera tanto el objeto para el cual fue establecida como el tipo de renta sobre el cual se determina la tasa de tributación efectiva a calcular.

En efecto, según explica el SII en la Circular 12 del 30 de Enero de 2015 *“El efecto de considerar que un territorio o jurisdicción tiene un régimen fiscal preferencial, es relevante para la aplicación de lo dispuesto en los artículos 14 letra E.-, N° 1, letra a); 41 F; 41 G y 59 de la LIR”⁶³*. En otras palabras, es una norma que se relaciona y sirve para la aplicación de otras normas, entre ellas, el propio Art. 41G.

Por otro lado, la norma parte señalando el tipo de renta sobre el cual se determinará la tasa de tributación efectiva, cual es *“los ingresos de fuente extranjera”*. En otras palabras, la tasa de tributación efectiva que la norma busca determinar para efectos de clarificar si el territorio en el que se encuentra la entidad bajo análisis es o no un “paraíso fiscal”, parte de la base que las rentas sobre las cuales se debe determinar dicha tasa provienen de un tercer país, y por ende, para determinar si los créditos o exenciones que pudiere conferir el país de la entidad controlada por impuestos pagados en terceros países deben o no ser considerados, sirve plenamente.

Pues bien, clarificada la aplicabilidad de la norma al concepto de “tasa efectiva” del Art. 41 G, vemos que la norma establece 2 metodologías de cálculo de tasa efectiva, dependiendo de si el territorio bajo análisis tiene tasas de carácter progresivo (en cuyo caso se aplica una “tasa media”) o no. Y es justamente este segundo caso (cuando no hay tasas de escala progresiva) el que importa, ya que la norma es clara al señalar que **para la determinación de la tasa efectiva, se deben considerar los créditos o rebajas al impuesto extranjero determinado, todos ellos otorgados o concedidos por el respectivo territorio o jurisdicción, sin hacer distinción alguna sobre si dichos créditos o rebajas son otorgados por tratarse de impuestos pagados en terceros países para evitar una doble tributación (distinción, que según veremos más adelante, tampoco hace el SII).**

En este sentido, aplicando la metodología del Art. 41 H letra a), pareciera ser que el cálculo de la tasa efectiva de 30% debiera considerar todos los créditos que el país de la entidad controlada otorga, aunque ellos correspondan a créditos o rebajas otorgados con el objeto de evitar una doble tributación internacional por tratarse de impuestos pagados en un tercer país.

⁶² Subrayado y destacado nuestro.

⁶³ Capítulo II número 4 de la Circular 12 de 2015 del SII.

Como se advertirá, existiría entonces una contradicción entre lo que se puede desprender literalmente del At. 41 G y aquello que se deriva de otra norma que confiere una metodología de cálculo para arribar a una “tasa efectiva”.

En resumen, a este punto, se puede comenzar a concluir que:

- 1) La Norma de Exclusión no requiere, para su procedencia, considerar los eventuales impuestos de retención que se pudieren generar al momento de distribuir las rentas a la entidad controladora en Chile, y
- 2) Mientras de un punto de vista exclusivamente literal los créditos o rebajas otorgados por el país de la entidad controlada, fundados en impuestos pagados en terceros países con el objeto de evitar una doble tributación internacional, no debieran ser considerados al momento de calcular la tasa efectiva aplicada por el país de la entidad controlada bajo análisis, sí debieran considerarse si se considera la única descripción de cálculo legal que otorga la LIR sobre una “tasa efectiva”.

Cuál de las dos interpretaciones se debe considerar, es un tema que resolveremos en base a las recomendaciones de la OCDE, según se explica en el próximo capítulo.

(ii) Objetivos e historia fidedigna de la Ley 20.899

A diferencia de lo que ocurre con la Norma de Control/Relación, la historia legislativa de la Ley 20.899 respecto de la incorporación de la Norma de Exclusión, nada dice.

Sin embargo, al menos en lo que se refiere a la pregunta sobre la consideración de eventuales impuestos de retención sobre las rentas distribuidas al controlador en Chile, la historia legislativa de la Ley 20.780 permite confirmar la conclusión a la que ya arribábamos bajo el acápite precedente.

En efecto, según se adelantó al analizar los objetivos del Art. 41 G en el Capítulo I letra C de esta tesis, el mensaje presidencial con que se dio inicio a la Ley 20.780 (Mensaje N° 24-362) señaló que, a través de la Ley, se incorporaba “*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)*” la que “*combate el diferimiento de impuestos sobre rentas pasivas de fuente extranjera*”⁶⁴.

⁶⁴ Mensaje de S.E. la Presidenta de la República con el que inicia un proyecto de ley de reforma tributaria que modifica el sistema de tributación de la renta e introduce diversos ajustes en el sistema tributario. Mensaje N° 24-362.

Pues bien, si concretamente esta norma busca evitar el diferimiento de impuestos, entonces, no tiene sentido consultar la aplicación de eventuales impuestos de retención al momento de distribuir las rentas desde la entidad controlada a la entidad controladora en Chile, puesto que tales rentas serán gravadas por la propia regla general de tributación del Artículo 12 de la LIR, esto es, por tratarse de rentas percibidas, dejando de ser relevante en ese mismo momento si la tasa de tributación en el país de la entidad controlada asciende o no a un 30%.

En este sentido, pretender aumentar la tasa efectiva mediante la inclusión de tasas de retención eventuales, iría en contra de la propia lógica de la Norma CFC ya que una vez distribuidas las rentas, no tiene sentido preguntarse sobre su aplicación o exclusión, al menos desde el punto de vista de su objetivo primordial, cual es, evitar el diferimiento de impuestos en Chile.