



**UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO
ESCUELA DE POSTGRADO**

**PRECIOS DE TRANSFERENCIA: ANÁLISIS DE LOS PRIMEROS
AÑOS DE APLICACIÓN DE LA NORMATIVA
LEY 20.630**

Tesis para optar al Título de Magíster en Derecho Tributario

Juan Pablo Gallegos Basualto

Profesor guía:
Eduardo Morales

Santiago, Chile
Junio de 2019

*Dedicado a mi compañera de vida, con quien comparto cada logro y fracaso en mi vida, y a nuestros hijos
(incluyendo el que falta), ya que todo es por ellos.*

*Y también dedicado a mis padres, siempre presentes en todo, importante o superfluo, trascendental o inmaterial,
por estar de forma simétrica a lo largo de mi vida, lo que es mucho (pero preciso) aseverar.*

Contenido

I.	Introducción	4
II.	La norma de Precios de Transferencia en Chile	6
i.	Facultad de impugnación otorgada al SII y el principio de plena competencia	6
ii.	Los factores de comparabilidad	8
iii.	Los métodos de Precios de Transferencia	10
iv.	Aplicación del artículo 21 de la LIR a las diferencias detectadas	14
v.	Otras consideraciones del artículo 41 E	15
vi.	Hitos posteriores a la Ley 20.630	17
III.	Modelo matemático de Precios de Transferencia	19
IV.	Interpretando la norma tributaria	21
V.	Análisis de Casos	22
i.	Aplicación del Ajuste de Precios de Transferencia ante un ingreso mayor o un egreso menor	22
ii.	El límite de deducibilidad del artículo 31 N°12 de la LIR	26
iii.	Norma de relación: Una interpretación restrictiva	33
iv.	La importancia de los resultados globales del Grupo Multinacional en los análisis de precios de transferencia	43
VI.	Conclusiones.....	47
	Bibliografía	48

I. Introducción

Las Directrices OCDE¹ definen precios de transferencia como “(...) *los precios a los que una empresa transmite bienes materiales y activos intangibles, o presta servicios, a empresas asociadas*”. Esta definición implica que el precio acordado (o la ausencia de éste) en toda transacción entre empresas pertenecientes a un mismo grupo empresarial es lo que define el ámbito de acción de esta disciplina.

En las transacciones llevadas a cabo entre terceros independientes, los precios son fijados por las fuerzas del mercado. Utilizando el mítico término económico acuñado por Adam Smith, es la “mano invisible²” quien actúa para definirlos. De esta forma, el precio de mercado es definido como el punto de equilibrio en donde la demanda y la oferta confluyen, y en donde a su vez, la cantidad de equilibrio es también determinada.³ Es justamente por medio del sistema de precios que en las economías de mercado son asignados los recursos a los diversos agentes económicos.

Todo lo señalado anteriormente no ocurre cuando las transacciones son llevadas a cabo entre entidades pertenecientes al mismo grupo empresarial. En estas transacciones, las fuerzas de mercado no confluyen, y la determinación de precios está sometida al arbitrio de la alta dirección del propio grupo. En términos prácticos, los precios pactados en transacciones llevadas a cabo entre entidades relacionadas muchas veces son determinados por las áreas de impuestos y/o comerciales del propio grupo a su completo arbitrio.

Es por lo dispuesto en el párrafo anterior que la disciplina de precios de transferencia tiene un rol importante en temas tributarios, ya que en su ausencia, los grupos multinacionales podrían manipular los precios fácilmente a fin de reducir el pago de impuestos total que realizan; asignando mayores utilidades a jurisdicciones con menor tributación y menores utilidades

¹ Directrices en Materia de Precios de Transferencia de la OCDE para Empresas Multinacionales y Administraciones Tributarias”.

² Este término se hizo mundialmente conocido por Adam Smith en su libro llamado “The Wealth of Nations”, en el año 1776.

³ Fisher, Dornbusch and Schmalensee, 1989, pp 58.

(incluso pérdidas) a jurisdicciones con tasas de impuestos más altas. Esta razón ha llevado a que el concepto, aun cuando no se limita a operaciones transfronterizas, muchas veces se circunscriba a este campo de acción⁴.

Es así como Chile, en el marco de su incorporación como miembro pleno de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (en adelante “OCDE”), integra la normativa de Precios de Transferencia a su legislación, añadiendo el artículo 41 E a la Ley sobre Impuesto a la Renta (en adelante “LIR”), a través de la Ley 20.630 en septiembre del año 2012.

No obstante, aproximadamente un año antes a la publicación de la norma en comento, el Servicio de Impuestos Internos (en adelante el “SII”) se reestructuró y creó un equipo especialmente destinado a la fiscalización de precios de transferencia⁵. El hecho descrito, es a juicio de esta tesis el hito que marca el verdadero inicio de la materia de precios de transferencia en nuestro país, ya que aun cuando no había sido introducida la Ley 20.630 (al alero de las recomendaciones de la OCDE); este nuevo grupo fiscalizador de la autoridad tributaria había comenzado con las revisiones de los contribuyentes con las facultades que le otorgaba el antiguo artículo 38 de la LIR⁶.

Es así como, ya transcurridos varios años desde la incorporación de la normativa de precios de transferencia en Chile, es conveniente para el desarrollo de esta materia poder indagar en casos problemáticos referentes a su aplicación, considerandos las fuentes históricas de la nueva legislación y su justificación (principalmente el cumplimiento con estándares exigidos por la OCDE a todos sus miembros), como también responder diversas interrogantes y escenarios no debatidos a la fecha, como directa consecuencia de la corta tradición local en la materia.

Adicionalmente, se considera que hay una ausencia de trabajos formales que analicen de forma acabada los pocos años de implementación de la nueva normativa en el país. Esto se podría

⁴ Para una detallada exposición al respecto, ver “Capítulo II: La problemática de los Precios de Transferencia”, Eguía, 2010.

⁵ Resolución Exenta N°94, del 02 de agosto del año 2011.

⁶ Son variadas las fiscalizaciones que datan desde los años comerciales 2009 en adelante que se realizaron, de forma muy similar a las efectuadas posteriormente a la incorporación del artículo 41 E.

deber, al menos en parte, al perfil más volcado a las ciencias económicas y financieras de los profesionales que trabajan en esta área, lo que en cierta medida acota de cierta manera el análisis con un foco más jurídico sobre la aplicación de la normativa. Esta carencia de tratamiento doctrinario es aún más evidente si se considera la ausencia de jurisprudencia judicial⁷ y/o administrativa.

II. La norma de Precios de Transferencia en Chile

i. Facultad de impugnación otorgada al SII y el principio de plena competencia

La norma de precios de transferencia vigente en Chile se encuentra contenida en el artículo 41E de la LIR, el cual fue incorporado por medio de la Ley 20.630, en septiembre del año 2012.

El artículo 41 E de la LIR estipula en su inciso primero que:

“Para los efectos de esta ley, el Servicio podrá impugnar los precios, valores o rentabilidades fijados, o establecerlos en caso de no haberse fijado alguno, cuando las operaciones transfronterizas y aquellas que den cuenta de las reorganizaciones o reestructuraciones empresariales o de negocios que contribuyentes domiciliados, o residentes o establecidos en Chile, se lleven a cabo con partes relacionadas en el extranjero y no se hayan efectuado a precios, valores o rentabilidades normales de mercado” (el énfasis ha sido añadido).

De la lectura del párrafo citado se desprende que el artículo 41 E de la LIR confiere una facultad al SII para impugnar los precios, valores o rentabilidades que hayan sido fijados por contribuyentes chilenos en sus transacciones mantenidas con partes relacionadas domiciliadas en el exterior, y aquellas que den cuenta de reestructuraciones empresariales o de negocios, cuando ellas nos hayan sido llevadas a cabo a precios valores o rentabilidades de mercado.

Así mismo, en la Circular N°29 del año 2013 el SII ahonda mencionando que dicha facultad es para; i) impugnar precios, valores o rentabilidades de mercado y ii) establecer precios, valores o

⁷ Uno de los pocos fallos relacionados a la materia fue emitido por el Tribunal Tributario y Aduanero de Puerto Montt. No obstante, es menester especificar que el aludido fallo se da en el marco de la antigua normativa de precios de transferencia, contenida en el antiguo artículo 38 de la LIR.

rentabilidades en caso de no haberse fijado alguno; en las siguientes dos situaciones (en concordancia con el inciso segundo del artículo):

1. Operaciones transfronterizas llevadas a cabo por contribuyentes chilenos con entidades relacionadas del exterior; y,
2. Reorganizaciones o reestructuraciones empresariales o de negocios efectuadas por contribuyentes chilenos con entidades relacionadas del exterior, cuando en virtud de ellas, se haya producido a cualquier título o sin título alguno, el traslado de bienes o actividades susceptibles de generar rentas gravadas en el país al exterior.

La definición de **precios, valores y rentabilidades normales de mercado** es desarrollada en el inciso tercero del artículo 41 E de la LIR, en el cual se señala:

“Se entenderá por precios, valores o rentabilidades normales de mercado los que hayan o habrían acordado u obtenido partes independientes en operaciones y circunstancias comparables, considerando por ejemplo, las características de los mercados relevantes, las funciones asumidas por las partes, las características específicas de los bienes o servicios contratados y cualquier otra circunstancia razonablemente relevante. Cuando tales operaciones no se hayan efectuado a sus precios, valores o rentabilidades normales de mercado, el Servicio podrá impugnarlos fundadamente, conforme a lo dispuesto en este artículo” (el énfasis ha sido añadido).

Con esto, Chile incorpora el principio de plena competencia a su legislación local, principio que es el estándar internacional de precios de transferencia promovido por la OCDE. Todo en el contexto de su incorporación como miembro pleno de esta organización.

El principio de plena competencia alude a que los precios pactados en operaciones llevadas a cabo entre entidades relacionadas, debe equipararse a los precios que habrían pactado terceros independientes en circunstancias comparables.

Por tanto, y en línea con lo anteriormente señalado, todo análisis de precios debe imperiosamente desarrollar un análisis de comparabilidad, ya que es mandatorio que ambas transacciones (la operación controlada, llevada a cabo entre relacionados y la operación entre

terceros, utilizada para la comparación) se desarrollen en circunstancias que puedan ser comparables.

Adicionalmente, cabe hacer mención al impacto que pueden llegar a tener las fiscalizaciones de precios de transferencia en el negocio de los contribuyentes. Cuando estas fiscalizaciones atañan operaciones rutinarias llevadas a cabo por las empresas, entendiendo rutinario como transacciones que son llevadas a cabo periódicamente, las fiscalizaciones de precios de transferencia pueden llegar a implicar una completa revisión del modelo de negocio con el cual operan las empresas y los grupos multinacionales en un país, y por tanto, sus implicancias no solo pueden acotarse al año que está siendo revisado.

ii. Los factores de comparabilidad

Las directrices OCDE ahondan en los denominados cinco factores de comparabilidad, los que sirven de guía para el desarrollo de los análisis de precios de transferencia en el mundo y en el país⁸:

1. **Características de los bienes y/o servicios:** Las características del tipo de bien y/o servicio en un análisis de precios de transferencia es relevante, en especial si éste conlleva una comparación directa de precios. En este tipo de análisis, una pequeña variación de la característica del bien y/o servicio puede explicar alguna variación en el precio, considerando que en los restantes factores de comparabilidad tampoco existan diferencias significativas.
2. **Análisis Funcional:** Las funciones desempeñadas, los activos empleados, y los riesgos involucrados, pueden explicar los precios y/o rentabilidades que pacten y/u obtengan las partes intervinientes. Los análisis funcionales suelen predominar en buena parte de los análisis de precios de transferencia que se realizan en la práctica, ya que gran cantidad

⁸ La Circular N°29 del año 2013, también aborda los cinco factores de comparabilidad expuestos en las Directrices OCDE.

de ellos tienden a preponderar la rentabilidad obtenida por alguna de las partes, situación en la cual el análisis funcional de la entidad cumple un rol importante.

3. **Cláusulas contractuales:** Las cláusulas contractuales suelen ser un punto de partida para un detallado entendimiento de la operación analizada, ya que suelen proveer vasta información de las características acordadas por las partes intervinientes. No obstante, dadas las peculiares características que suelen rodear a las transacciones llevadas a cabo entre entidades relacionadas, los contratos y/u acuerdos no siempre reflejan fielmente las reales características de la operación (incluso muchas veces ni siquiera existe un contrato que conste por escrito), por lo que, si bien es primordial analizarlos, siempre se deben contrastar con la aplicación práctica (hechos) de las situaciones que configuran la ejecución del negocio en su día a día.

Es preciso destacar que no es el objeto de la práctica de precios de transferencia cuestionar o recalificar cláusulas contractuales legalmente celebradas por las partes, si no que hacer notar las reales características de la operación con el propósito de poder efectuar una comparación que permita obtener el precio que en dichas condiciones hubiesen pactado terceros independientes.

4. **Circunstancias económicas:** No es lo mismo vender un bien, o prestar un servicio, en China o hacerlo en Chile. Muchas veces las características de ciertos mercados, derivados de los niveles de competencia presentes o regulaciones locales existentes, por ejemplo, pueden hacer variar los precios que acordaría terceros independientes. A su vez, los volúmenes acordados, crisis económicas existentes, preferencias de los consumidores, etc., pueden incidir en los precios, valores o rentabilidades obtenidas.
5. **Estrategias empresariales:** Incluso en transacciones llevadas a cabo entre entidades relacionadas, es legítimo desarrollar ciertas estrategias de negocio tal cual como lo harían terceros independientes. Por ejemplo, realizar descuentos en ciertos mercados para desarrollar estrategias de penetración podría perfectamente ser desarrollado entre entidades relacionadas.

Es evidente la mención literal en la ley de al menos tres de los cinco factores de comparabilidad establecidos en las Directrices OCDE (las características de los mercados relevantes, las funciones asumidas por las partes y las características específicas de los bienes o servicios contratados) dejando los restantes factores comprendidos en la frase “(...) *cualquier otra circunstancia razonablemente relevante*”.

A diferencia de lo que muchas veces suelen suponer algunos, los factores de comparabilidad son realmente la piedra angular de los análisis de precios de transferencia, ya que éstos se anteponen a los métodos y suponen un entendimiento detallado de la operación controlada que se está analizando. A juicio de este trabajo, los factores de comparabilidad son el verdadero recetario que debe manejar todo profesional que se desarrolle en el área de los precios de transferencia, ello con el propósito de ejecutar un correcto análisis en el cual se sustente la transacción analizada.

iii. Los métodos de Precios de Transferencia

El número 2 del artículo 41 E de la LIR, expone los métodos de precios de transferencia:

a) Método de Precio Comparable no Controlado: Es aquel que consiste en determinar el precio o valor normal de mercado de los bienes o servicios, considerando el que hayan o habrían pactado partes independientes en operaciones y circunstancias comparables;

b) Método de Precio de Reventa: Consiste en determinar el precio o valor normal de mercado de los bienes o servicios, considerando el precio o valor a que tales bienes o servicios son posteriormente revendidos o prestados por el adquirente a partes independientes. Para estos efectos, se deberá deducir del precio o valor de reventa o prestación, el margen de utilidad bruta que se haya o habría obtenido por un revendedor o prestador en operaciones y circunstancias comparables entre partes independientes. El margen de utilidad bruta se determinará dividiendo la utilidad bruta por las ventas de bienes o prestación de servicios en operaciones entre partes independientes. Por su parte, la utilidad bruta se determinará deduciendo de los ingresos por ventas o servicios en operaciones entre partes independientes, los costos de ventas del bien o servicio;

c) Método de Costo más Margen: Consiste en determinar el precio o valor normal de mercado de bienes y servicios que un proveedor transfiere a una parte relacionada, a partir de sumar a los costos directos

e indirectos de producción, sin incluir gastos generales ni otros de carácter operacional, incurridos por tal proveedor, un margen de utilidad sobre dichos costos que se haya o habría obtenido entre partes independientes en operaciones y circunstancias comparables. El margen de utilidad sobre costos se determinará dividiendo la utilidad bruta de las operaciones entre partes independientes por su respectivo costo de venta o prestación de servicios. Por su parte, la utilidad bruta se determinará deduciendo de los ingresos obtenidos de operaciones entre partes independientes, sus costos directos e indirectos de producción, transformación, fabricación y similares, sin incluir gastos generales ni otros de carácter operacional;

d) Método de División de Utilidades: Consiste en determinar la utilidad que corresponde a cada parte en las operaciones respectivas, mediante la distribución entre ellas de la suma total de las utilidades obtenidas en tales operaciones. Para estos efectos, se distribuirá entre las partes dicha utilidad total, sobre la base de la distribución de utilidades que hayan o habrían acordado u obtenido partes independientes en operaciones y circunstancias comparables;

e) Método Transaccional de Márgenes Netos: Consiste en determinar el margen neto de utilidades que corresponde a cada una de las partes en las transacciones u operaciones de que se trate, tomando como base el que hubiesen obtenido partes independientes en operaciones y circunstancias comparables. Para estos efectos, se utilizarán indicadores operacionales de rentabilidad o márgenes basados en el rendimiento de activos, márgenes sobre costos o ingresos por ventas, u otros que resulten razonables, y

f) Métodos residuales: Cuando atendidas las características y circunstancias del caso no sea posible aplicar alguno de los métodos mencionados precedentemente, el contribuyente podrá determinar los precios o valores de sus operaciones utilizando otros métodos que razonablemente permitan determinar o estimar los precios o valores normales de mercado que hayan o habrían acordado partes independientes en operaciones y circunstancias comparables. En tales casos calificados el contribuyente deberá justificar que las características y circunstancias especiales de las operaciones no permiten aplicar los métodos precedentes”.

No es objeto del presente trabajo realizar un análisis detallado de cada uno de los métodos de precios de transferencia. Sin embargo, cabe hacer presente que los cinco primeros métodos detallados en la norma citada de la LIR adscriben fielmente a las metodologías de precios de

transferencia recomendadas por las Directrices OCDE, siendo el último “método” un agregado de la legislación local.

Este último “método”, si bien no es método particular, es una alternativa que permite tanto a los contribuyentes como a la autoridad tributaria, poder desarrollar análisis de precios de transferencia alternativos, mientras ellos sean razonables, con la clara intención de acotar el marco de acción de los contribuyentes (y por consiguiente ampliar el del SII) de poder refugiarse en la posición consistente en que debido a la inexistencia de operaciones comparables, no se puede realizar un análisis de las operaciones controladas del caso en particular que se esté tratando.

Por otra parte, se destaca que cuatro de los cinco métodos conllevan un análisis de las utilidades obtenidas en las operaciones objeto de estudio, ya sea a nivel bruto⁹ como a nivel operativo¹⁰; por lo que estos métodos involucran el análisis del resultado obtenido por la compañía en un determinado periodo de tiempo.

En relación a esto último, conviene recalcar que la norma de precios de transferencia se circunscribe y toma lugar en la Ley sobre Impuesto a la Renta, en donde en el caso de Chile; un balance y/o determinación de resultados debe practicarse al 31 de diciembre, según lo expresa el artículo 16 del Decreto Ley N°830, norma que contiene el Código Tributario (en adelante “CT”).

Por tanto, cualquier análisis que se desarrolle, debe realizarse con la información financiera obtenida por los contribuyentes al 31 de diciembre de cada año (en un periodo de 12 meses), no existiendo la posibilidad de que la autoridad tributaria pueda parcelar y/o dividir un análisis en otro periodo de tiempo que no se ajuste a la forma de determinación de los balances de los

⁹ Se entiende por nivel bruto aquella utilidad que se obtiene por la diferencia entre los ingresos operativos y los costos directamente involucrados en la generación del ingreso.

¹⁰ Se entiende por nivel operativo aquella utilidad que se obtiene por la diferencia entre los ingresos operativos y los costos directos e indirectos involucrados en la generación del ingreso, así como también cualquier otro gasto relacionado con la rutinaria operación de las empresas (gastos de recursos humanos, administración, etc.).

contribuyentes, y por consiguiente, a su información financiera utilizada para el pago de su impuesto a la renta.

De lo contrario, el SII podría sesgadamente aplicar divisiones arbitrarias a lo largo del año para efectuar sus análisis, en donde empresas que dado las características particulares de sus negocios, concentran ya sea ingresos y/o costos en algún período específico del año, pudiendo éstas verse perjudicadas con una parcelación arbitraria del tiempo por parte de la autoridad tributara, en cuanto al período a ser revisado.

En definitiva, la facultad de impugnación que se le otorga a la autoridad fiscal es sobre un hecho gravado complejo, lo cual implica que tal facultad es sobre un hecho gravado que se compone por más de un acto jurídico, y que puede ejercerse una vez acontece el último acto que lo compone (al cierre de los balances de la empresa).

Por tanto, el SII solo puede fiscalizar el resultado obtenido por los contribuyentes al término de su año comercial, registrado en sus estados financieros, especialmente si tales revisiones se efectúan mediante comparaciones con las rentabilidades obtenidas por empresas seleccionadas como comparables (para las que también se considerará su información financiera). Esto hace aún más sentido si consideramos que la norma de precios de transferencia se incorporó a la Ley de Impuesto a la Renta y, por tanto, su alcance y campo de acción se limita al resultado financiero que sirve como base para el pago del impuesto corporativo (Impuesto de Primera Categoría, en adelante el “IDPC”).

Un ejemplo que respalda lo anteriormente expuesto, es el análisis de las variaciones que ha registrado la tasa del IDPC en los últimos años en Chile, en donde a modo de ejemplo, la Ley 20.780, publicada en el mes de septiembre del año 2014, modificó el IDPC, aumentándolo de 20% a 21% respecto a las rentas obtenidas en el mismo año comercial en el cual se publicó la ley.

Este aumento del IDPC pudo solo efectuarse dado el carácter de hecho gravado complejo de la renta líquida imponible sobre la cual se calcula el impuesto a la renta, lo cual le otorga un sustento

jurídico a la validez de aplicar cambios en la tasa durante el mismo año, bajo la tesis de que dicho hecho gravado solo emerge una vez ha acontecido el último acto jurídico que lo compone¹¹.

iv. Aplicación del artículo 21 de la LIR a las diferencias detectadas

En caso de detectarse que el contribuyente no pactó precios de mercado en sus transacciones con entidades relacionadas del exterior, el SII podrá aplicar, sobre la diferencia, el Impuesto Único del inciso primero del artículo 21 de la LIR¹².

Al respecto, el N°4 del artículo 41 E de la LIR, estipula respecto al ajuste de precios de transferencia que:

“Si el contribuyente, a juicio del Servicio, no logra acreditar que la o las operaciones con sus partes relacionadas se han efectuado a precios, valores o rentabilidades normales de mercado, éste último determinará fundadamente, para los efectos de esta ley, tales precios, valores o rentabilidades, utilizando los medios probatorios aportados por el contribuyente y cualesquiera otros antecedentes de que disponga, incluyendo aquellos que hayan sido obtenidos desde el extranjero, debiendo aplicar para tales efectos los métodos ya señalados.

Determinados por el Servicio los precios, valores o rentabilidades normales de mercado para la o las operaciones de que se trate, se practicará la liquidación de impuestos o los ajustes respectivos, y la determinación de los intereses y multas que correspondan, considerando especialmente lo siguiente:

Cuando en virtud de los ajustes de precios, valores o rentabilidades a que se refiere este artículo, se determine una diferencia, esta cantidad se afectará en el ejercicio a que corresponda, sólo con el impuesto único del inciso primero del artículo 21.

En los casos en que se liquide el impuesto único del inciso primero del artículo 21, se aplicará además una multa equivalente al 5% del monto de la diferencia, salvo que el contribuyente haya cumplido debida y oportunamente con la entrega de los antecedentes requeridos por el Servicio durante la fiscalización. El Servicio determinará mediante Circular los antecedentes mínimos que deberá aportar para que la multa no sea procedente (el énfasis ha sido añadido).”

¹¹ Esta tesis ha sido ratificada por la Exc.ª. Corte Suprema.

¹² A partir del año 2016, la tasa del inciso primero del artículo 21 de la LIR subió desde 35% a 40%.

En relación a legislación expuesta, es correcto concluir que Chile se desmarca de la aplicación de la normativa de precios de transferencia en gran parte de los países de la región¹³, en los cuales las diferencias detectadas en los procesos de fiscalización gatillan el pago del impuesto corporativo correspondiente (sumados a los intereses y multas que cada legislación contemple)¹⁴, debiendo realizarse las modificaciones correspondientes en las respectivas declaraciones de renta.

v. Otras consideraciones del artículo 41 E

La definición y detalle de lo que se entienda como relación es fundamental para la norma de precios de transferencia. El concepto en cuestión (“relación”), desarrollado en el número 1 del artículo 41 E - será abordado detalladamente respecto de uno de los casos que serán analizados en el presente trabajo, por lo procederemos a resumir de manera bastante breve los restantes puntos que señala la ley:

Estudios o informes de precios de transferencia¹⁵:

Este número otorga la posibilidad a los contribuyentes de acompañar un estudio de precios de transferencia para sustentar los precios pactados en sus transacciones con entidades extranjeras relacionadas.

Aun cuando pareciera ser una posibilidad otorgada a los contribuyentes de carácter no obligatorio por lo mencionado en el primer inciso, el inciso siguiente estipula la obligación del contribuyente de mantener todos los antecedentes que sustenten las metodologías seleccionadas para sustentar las operaciones. Y justamente dicho soporte, no es otro que un estudio respecto a la materia.

¹³ Ejemplo de ello son Argentina y Perú.

¹⁴ Este punto implica importantes características que hacen de Chile un caso particular en la aplicación de la norma de precios de transferencia, que como se expondrá más adelante, en algunos casos trae consecuencias insospechadas.

¹⁵ Número 3 del artículo 41 E de la LIR.

En definitiva, la norma establece la obligación de los contribuyentes de mantener a disposición de la autoridad tributaria los estudios de precios de transferencia que sustenten los precios pactados en las transacciones mantenidas con entidades relacionadas domiciliadas en el exterior.

Posibilidad de Reclamación¹⁶:

El contribuyente podrá reclamar en contra de las liquidaciones emitidas por el SII, de conformidad al procedimiento establecido en el Libro III del Código Tributario. Por tanto, la norma de precios de transferencia se acopla con los procedimientos de reclamación generales establecidos en nuestra norma tributaria.

Declaración Jurada de Precios de Transferencia¹⁷:

El número 6 del artículo 41 E de la LIR establece que anualmente los contribuyentes deberán presentar una declaración jurada informando el detalle de sus transacciones mantenidas con entidades relacionadas del exterior. El detalle de la información solicitada y el establecimiento de la Declaración Jurada de precios de transferencia (N° 1907), fue regulado posteriormente por medio de la Resolución N° 14 del 31 de enero del 2013, la cual fue posteriormente derogada y reemplazada por la Resolución N° 126 del 27 de diciembre del 2016. A continuación una selección de la información más relevante que se solicita respecto de cada operación:

- Monto de la transacción;
- Entidad relacionada del exterior con la que se mantuvo la transacción;
- Moneda en la que se pactó la operación;
- Metodología de precios de transferencia¹⁸;
- Rentabilidad operativa global.

¹⁶ Número 5 del artículo 41 E de la LIR.

¹⁷ Número 6 del artículo 41 E de la LIR.

¹⁸ Para las transacciones con montos superiores a los CLP 200 millones. Adicionalmente, a contar del año tributario 2019, las operaciones de intereses deberán informar todo su detalle, no importando su monto.

Posteriormente, dependiendo del tipo de operación y monto, deberá ser informado el detalle del análisis de precios de transferencia, entre los que se establecen: rentabilidad obtenida, parte analizada, precio de la transacción analizada y precio comparable, tasa de interés, tipo de tasa de interés, etc.

Considerando todo lo anterior, y dado que el estudio de precios de transferencia no es requerido por la autoridad tributaria, salvo que se inicie un proceso de fiscalización; la Declaración Jurada N° 1907 pasa a ser la principal fuente de información con la cual el SII establece qué contribuyentes serán objetos de alguna fiscalización vinculada a esta materia.

Adicionalmente, en esta parte de la norma (41 E, N°6) se detallan las sanciones por incumplimientos asociados a esta declaración (no presentación, presentación errónea, incompleta o extemporánea), estableciendo multas que van desde 10 a 50 UTA¹⁹, con un límite máximo del 15% del capital propio tributario o del 5% de su capital efectivo. El detalle de la aplicación de estas sanciones fue regulado en la Circular N°31 del año 2016, emitida por el SII

vi. Hitos posteriores a la Ley 20.630

Las principales modificaciones que se han aplicado a la norma y práctica de precios de transferencia desde su incorporación a la LIR a la fecha, se pueden resumir en los siguientes puntos:

Resolución Ex. N° 110 del 24 de diciembre del 2015:

Establece la Declaración Jurada N° 1913, de caracterización tributaria global a los contribuyentes, que tiene por objeto el lugar y condiciones donde el contribuyente desarrolla sus negocios, la cuantía de sus de sus transacciones con entidades relacionadas domiciliadas en Chile y/o en el exterior.

¹⁹ Unidad Tributaria Anual.

Resolución N° 126 del 27 de diciembre del 2016:

Establece la obligación para las matrices chilenas de grupos multinacionales de presentar el Country by Country Report (CbCr), en el cual se detalla la información financiera y/o tributaria de todas las empresas que componen el grupo multinacional. Esta declaración se enmarca dentro del plan de acción BEPS (*Base Erosion and Profit Shifting*) liderado por la OCDE.

Ley 21.047²⁰:

Se deroga del artículo 41 D de la LIR, y se procede a reemplazar su mención en la norma de precios de transferencia por el artículo 41 H de la LIR. Con ello, se modifica las jurisdicciones que serán consideradas relacionadas (entidades domiciliadas en dichas jurisdicciones) –para efectos de precios de transferencia – a una entidad chilena, aun cuando no pertenezcan al mismo grupo empresarial del contribuyente chileno.

Dado el más amplio alcance del artículo 41 H de la LIR, este cambio implicó que muchos contribuyentes sin transacciones con entidades del exterior pertenecientes al mismo grupo empresarial, tuvieron que presentar la Declaración Jurada N°1907 solo por llevar a cabo transacciones con algún tercero independientes domiciliado en algún país del artículo 41 H²¹.

Proyecto de Reforma Tributaria²²:

Actualmente en el proyecto de reforma tributaria se estipula una sustancial modificación del artículo 64 del Código Tributario, el cual detalla más acuciosamente las metodologías y facultades de fiscalización otorgadas al SII para la fiscalización de transacciones llevadas a cabo entre entidades domiciliadas en Chile. Esto hace pensar que en los próximos años podría haber un mayor foco de fiscalización en este tipo de transacciones, precisando que dicha modificación circunscribe, de correcta forma, el foco solo cuando dicha transacción genere algún perjuicio fiscal.

²⁰ Promulgada el 27 de noviembre del año 2017.

²¹ El SII emitió la Resolución Ex. SII N°55 del 05 de Julio del 2018, con un listado de países eventualmente afectos.

²² Se encuentra actualmente siendo discutido.

Es con todos los antecedentes descritos anteriormente, que el presente trabajo expondrá un análisis descriptivo relacionado con los primeros años de aplicación de dicha norma, enfocándose principalmente en exponer casos prácticos emblemáticos en materia de precios de transferencia. Para dicho cometido, se ha realizado una interpretación de la norma que tiene por propósito poner ciertos temas en discusión en relación a esta materia de la LIR.

III. Modelo matemático de Precios de Transferencia

El campo de acción de precios de transferencia puede ser expuesto por medio de un modelo matemático. Supongamos que un grupo multinacional está compuesto solo por dos empresas (Empresa A y Empresa B), y que cada una de ellas solo tienen un ingreso (I) y un costo (C). De esta forma, las utilidades obtenidas por estas compañías en un año pueden ser expresadas por las siguientes fórmulas:

$$(1) \pi_A = I_A - C_A$$

$$(2) \pi_B = I_B - C_B$$

Ahora bien, la utilidad obtenida por el grupo multinacional puede ser expresada sumando las ecuaciones (1) y (2), de la siguiente forma:

$$(3) \pi_G = I_A - C_A + I_B - C_B$$

Corresponde a continuación agregar a nuestro modelo la variable de los impuestos. Considerando que en el país de la Entidad A se paga cierta tasa de impuesto (T_A) y que en el país de la Entidad B se paga otra tasa (T_B), la fórmula (3) quedaría de la siguiente forma:

$$(4) \pi_G = [(I_A - C_A) (1 - T_A)] + [(I_B - C_B) (1 - T_B)]$$

Ahora supongamos que la Entidad A es la encargada de distribuir todos los productos en un determinado país que produce la Entidad B. Esto implicaría que el ingreso de la Entidad B sería igual que el costo de la entidad A (suponiendo, afectos de simplificar el modelo, que todos los productos adquiridos son vendidos en el mismo año):

$$(5) C_A = I_B = X$$

Esta transacción de ingresos para la Entidad B y de costo para la Entidad A, es lo que la teoría de precios de transferencia denomina como transacción controlada, ya que es una transacción llevada a cabo entre entidades relacionadas.

Finalmente, si incorporamos la ecuación (5) en la ecuación (4), y posteriormente la simplificamos, obtenemos:

$$(6) \pi_G = (I_A - C_A - I_A T_A + C_A T_A) + (I_B - C_B - I_B T_B + C_B T_B)$$

$$(7) \pi_G = I_A (1 - T_A) - C_A (1 - T_A) + I_B (1 - T_B) - C_B (1 - T_B)$$

$$(8) \pi_G = I_A (1 - T_A) - C_B (1 - T_B) + X (1 - T_B) - X (1 - T_A)$$

$$(9) \pi_G = I_A (1 - T_A) - C_B (1 - T_B) + (X - X T_B - X + X T_A)$$

$$(10) \quad \pi_G = I_A (1 - T_A) - C_B (1 - T_B) + X T_A - X T_B$$

La ecuación (10) es el resultado de la simplificación de la ecuación (4), e implica la siguiente aseveración: la utilidad del grupo multinacional se encuentra en función de la transacción intercompañía (X), cuyo valor paradójicamente puede ser auto-determinado por el mismo grupo multinacional. En otras palabras, una variable que está al completo arbitrio del grupo empresarial puede afectar las utilidades que el mismo grupo obtiene.

Es así como se vuelve relevante analizar cómo la transacción controlada (y específicamente el precio que se establece) afecta la utilidad del grupo multinacional. Para ello, matemáticamente corresponde aplicar la derivada de (X), con la cual obtenemos las siguientes dos ecuaciones:

$$(11) \quad \frac{\partial \pi_G}{\partial X} = T_A - T_B$$

$$(12) \quad \frac{\partial \pi_G}{\partial X} = 0 \rightarrow T_A = T_B$$

Las ecuaciones (11) y (12) nos otorgan las conclusiones más determinantes respecto a precios de transferencia, ya que en resumen exponen que:

- i) Siempre que exista un diferencial entre las tasas de impuestos que afecten a las entidades relacionadas que lleven a cabo transacciones, el grupo multinacional podrá aumentar sus utilidades manipulando los precios de la transacción controlada; y,
- ii) Solo cuando las tasas de impuestos son iguales, el grupo multinacional no puede manipular su utilidad por medio de los precios de transferencia y, por tanto, deja de tener incentivos para pactar precios que no sean de mercado.

IV. Interpretando la norma tributaria

Las normas tributarias son parte del ordenamiento jurídico nacional, y como tal, están sujetas a las normas de interpretación que circunscriben al sistema jurídico en su totalidad. Lo anterior se vuelve latente según lo estipulado en el artículo 2 del Código Tributario:

“En lo no previsto por este Código y demás leyes tributarias, se aplicarán las normas de derecho común contenidas en leyes generales o especiales (el énfasis ha sido añadido) ”.

La norma de precios de transferencia no es una excepción a la regla y, por tanto, debe ser interpretada en primer lugar, con las normas de interpretación establecidas en los artículos 19 al 24 de nuestro Código Civil y con las reglas de hermenéutica desarrolladas por la doctrina y que han sido recogidas por nuestros tribunales de justicia durante los años de aplicación que ha tenido la norma tributaria²³.

Son cuatro los elementos que se deben considerar al momento de interpretar la ley (gramatical, lógico, sistémico e histórico), los cuales deben ser desarrollados en conjunto a efectos de tener una correcta interpretación de las normas.

²³ Ver Vergara Quezada (2016) pp. 101-115 para una revisión del debate técnico sobre la materia.

En ningún caso se adscribe a la interpretación del inciso 1° del artículo 19 del código civil que estipula que solo ante pasajes oscuros y/o ambiguos de la ley se deba recurrir a los restantes elementos de interpretación distintos al gramatical. Por el contrario, el presente trabajo adscribe a que dicho inciso solo busca acotar y restringir la eventual intención que pudiera tener quien interpreta una norma legal de torcer su espíritu solo por medio de la búsqueda y desarrollo de artificios jurídicos y espíritus ficticios no demostrables empíricamente. Por tanto, al momento de interpretar la norma de precios de transferencia, al igual que para cualquier otra norma de nuestro ordenamiento jurídico, todos los elementos de interpretación deben necesariamente confluir.

El presente trabajo no pretende inmiscuirse en el debate técnico que ha tenido la interpretación de la ley tributaria en Chile, si no que entregar un marco general del tema, con el fin de poder responder diversas interrogantes y escenarios no debatidos en lo exclusivamente relacionado a la aplicación de la norma de precios de transferencia a la fecha.

V. Análisis de Casos

i. Aplicación del Ajuste de Precios de Transferencia ante un ingreso mayor o un egreso menor

Uno de los puntos que han sido debatidos y vastamente consultados por los contribuyentes en la consultoría de precios de transferencia es respecto a si el SII podría aplicar un ajuste de precios de transferencia cuando el contribuyente no pactó un precio, valor o rentabilidad normal de mercado; y esto derivó en el reconocimiento de un ingreso mayor y/o un gasto menor por parte del contribuyente en Chile.

La pregunta parece poco intuitiva, pero se deriva de un correcto análisis gramatical de la norma, la cual no estipula ninguna limitación a la autoridad fiscal para poder efectuar un ajuste de precios de transferencia aun cuando el precio pactado en la transacción controlada haya derivado en un aumento de la tributación fiscal en el país.

En efecto, la facultad de impugnación de los precios otorgada a la autoridad tributaria se materializa en el caso de las transacciones llevadas a cabo con entidades relacionadas del exterior, a saber, “(...) *no se hayan efectuado a precios, valores o rentabilidades normales de mercado*”, lo cual podría llevar a interpretar que la norma también podría sancionar las conductas no alineadas con los precios pactados por terceros independientes en circunstancias comparables, aun cuando ellos hayan implicado una mayor recaudación fiscal.

Este análisis estrictamente literal de la normativa, junto con el perfil generalmente más conservador que tiene la consultoría al momento de resolver las inquietudes de los contribuyentes (asesorías basadas en una elevada aversión al riesgo respecto a no descartar nada sobre lo cual no se tenga certeza jurídica de que no va a ocurrir), ha llevado a la noción de que no se podría descartar una actuación en esta línea por parte de la autoridad tributaria.

Corresponde por tanto que amplíemos el análisis a fin de profundizar el tema en cuestión.

En la Historia de Ley 20.630 (en adelante “HL 20.630”), se puede apreciar que el objeto de la incorporación de la ley de precios de transferencia es adecuar la normativa nacional a prácticas internacionales y dotar al SII de mejores herramientas de fiscalización en la materia, lo cual permite incorporar nuevos recursos a las arcas fiscales²⁴. Esto porque la norma de precios de transferencia es en sí una norma especial anti-elusión, puesto que impide la erosión artificial de la base imponible como consecuencia de planificaciones tributarias agresivas que eventualmente pudieran adoptar grupos multinacionales por medio de la manipulación de los precios que pacten en las transacciones mantenidas entre las entidades que conforman dicho grupo.

Es más, aun cuando la Circular N°65 de 2015 fue derogada, el SII aseveró en ella de correcta manera que el artículo 41 E consiste en una norma especial anti-elusiva.

Por tanto, en el contexto y debate asociado a la creación de la norma, resalta el hecho de que el objetivo de ésta era poder otorgar mayores herramientas a la autoridad tributaria para poder

²⁴ Historia de la Ley 20.630, Pag. 9.

atacar la evasión fiscal presumiblemente efectuada por los grupos multinacionales, con el respectivo menoscabo recaudatorio para el país.

A mayor abundamiento, la HL 20.630 señala que el Ministro de Hacienda de la época, Sr. Felipe Larraín, en la Comisión de Hacienda deja expresa constancia que se incorporan nuevos métodos de ajuste o valoración de precios de transferencia en concordancia con las recomendaciones efectuadas por la OCDE²⁵, lo cual, también queda en evidencia cuando se considera que los métodos detallados en el artículo 41 E de la LIR son prácticamente una copia de las Directrices OCDE²⁶.

Por su parte, el SII en la Circular N°29 del año 2013, se apoya literalmente en las Directrices OCDE para interpretar la normativa en donde existen al menos cuatro menciones expresas a dichos lineamientos.

Es así como en la práctica las Directrices OCDE cobran un valor fundamental como fuente de información para interpretar la norma de precios de transferencia en Chile, y se vuelve la primera estación para aquellos que se encuentran en el desarrollo de esta práctica en nuestro país.

Así, relacionado con el objeto de la norma de precios de transferencia, las Directrices OCDE disponen lo siguiente:

“1.3 Cuando los precios de transferencia no responden a las fuerzas del mercado y al principio de plena competencia, podría darse una distorsión en las deudas tributarias de las empresas asociadas y en la recaudación tributaria de los países receptores de la inversión. Por tanto, los países miembros de la OCDE han acordado que, a efectos fiscales, los beneficios de empresas asociadas puedan ajustarse en la medida necesaria para corregir tales distorsiones y asegurar de este modo que se cumple el principio de plena competencia. Los países miembros de la OCDE consideran que el ajuste apropiado se logra determinando las condiciones de las relaciones comerciales y financieras susceptibles de encontrarse entre empresas independientes, en operaciones y circunstancias comparables. (el énfasis ha sido añadido)”

²⁵ Historia de la Ley 20.630, Pag. 94.

²⁶ Capítulo II: Metodología para la determinación de los precios de transferencia.

De la lectura de la norma se puede concluir que el objetivo de la norma de precios de transferencia no es otro que buscar la correcta tributación de aquellas empresas que, perteneciendo a grupos multinacionales, llevan a cabo transacciones con entidades del mismo grupo domiciliadas en el exterior.

La tributación de las entidades pertenecientes a grupos multinacionales debe ser llevada a cabo de igual manera a como hubiese sido efectuada con terceros independientes (siempre en circunstancias comparables).

En la Circular N°29 del año 2013, el SII no se trató directamente esta materia. No obstante lo anterior, en la página 9 del documento aludido se evidencia un pequeño atisbo de la posición adoptada por el SII respecto al tema en cuestión:

“Cuando este Servicio establezca los precios, valores o rentabilidades normales de mercado para la o las operaciones incorporadas en la Citación respectiva, y éstos resulten diferentes a los utilizados por el contribuyente, ya sea por corresponder a un menor costo, gasto o desembolso o a un mayor ingreso o utilidad del contribuyente domiciliado o residente en Chile, dicha diferencia se afectará como una mayor utilidad de dicho contribuyente en el ejercicio en que realizó tales operaciones, gravándose con el Impuesto Único de 35%, establecido en el inciso 1° del artículo 21 de la LIR. (el énfasis ha sido añadido)”

En el párrafo citado, la autoridad tributaria hace expresa mención de que los ajustes de precios de transferencia se aplicarán solo cuando, en la instancia de fiscalización respectiva, el análisis de precios de transferencia establezca que si el contribuyente hubiera pactado sus precios con entidades relacionadas del exterior tal como hubieran sido pactados entre terceros independientes en circunstancia comparables, un menor costo y/o gasto o un mayor ingreso hubiera sido registrado por el contribuyente nacional.

Finalmente, conviene también hacer presente el mandato que tiene el SII en el desarrollo de sus funciones, el cual converge con la razón y marco que dio lugar a la incorporación de la norma

de precios de transferencia en Chile. Es así, como el artículo N°1 de la Ley Orgánica del Servicios de Impuestos Internos²⁷ dispone lo siguiente

“Corresponde al Servicio de Impuestos Internos la aplicación y fiscalización de todos los impuestos internos actualmente establecidos o que se establecieren, fiscales o de otro carácter en que tenga interés el Fisco y cuyo control no esté especialmente encomendado por la ley a una autoridad diferente (el énfasis ha sido añadido)”.

En definitiva, basado en las normas y argumentos expuestos de manera previa, resulta prudente sostener que la facultad de impugnación otorgada al SII en el artículo 41 E de la LIR, está circunscrita al hecho de que en una transacción entre entidades relacionadas la tributación a la renta del contribuyente domiciliado en Chile es mermada, debiendo por tanto limitarse exclusivamente a esta campo de acción.

ii. El límite de deducibilidad del artículo 31 N°12 de la LIR

Los pagos por conceptos de royalties han sido una de las transacciones más cuestionadas por parte de la autoridad tributaria desde que comenzaron las fiscalizaciones de precios de transferencia. Es más, si bien no se cuenta con un estricto inventario de las auditorías llevadas a cabo a la fecha, desde la experiencia personal, no se podría descartar incluso que sea el tipo de transacción más escrutada en los primeros años de implementación de la normativa.

Estas transacciones están mayormente relacionadas al uso de marcas y know-how efectuado por contribuyentes chilenos pertenecientes a grandes grupos multinacionales. En muchas ocasiones este tipo de intangibles son parte de los modelos de negocio desarrollados por estos grupos en todo el mundo, y en la mayoría de los casos, gozan de un sólido sustento económico.

Así, por ejemplo, si un contribuyente chileno acuerda una regalía sobre ventas de un 10% con su entidad relacionada del exterior por el uso y explotación de una determinada marca en Chile, ésta debía remunerar con CLP\$1.000 millones a la entidad licenciataria en caso de registrar ventas anuales de CLP\$10.000 millones en el año.

²⁷ Decreto con Fuerza de Ley N°7, de Hacienda, de 30 de septiembre de 1980.

En este caso, el SII podría cuestionar la cuantía de la transacción acordada entre las entidades relacionadas esgrimiendo que terceros independientes en circunstancias comparables habrían acordado un 5% (por ejemplo) para el caso en cuestión y, por tanto, aplicar el impuesto de 40% del artículo 21 de la LIR sobre la diferencia. Es decir, podría efectuar la siguiente liquidación de impuestos²⁸:

$$i. \quad ((10\% - 5\%) * CLP\$10.000 \text{ millones}) * 40\% = CLP\$200 \text{ millones}$$

De esta forma, el SII ha auditado y fiscalizado este tipo de transacciones por medio del artículo 41 E de la LIR, cuestionando principalmente el porcentaje de la regalía sobre ventas acordada en la transacción.

Sin embargo, hay casos que la autoridad fiscal ha soslayado las restricciones que la misma legislación contempla para la aplicación del artículo 21 de la LIR, obviando el elemento sistémico que toda aplicación de la norma tributaria debiera tener.

Los pagos por royalties pueden eventualmente tener un límite de deducibilidad del 4% sobre las ventas, de acuerdo con el artículo 31 N°12 de la LIR, el cual señala lo siguiente:

“La renta líquida de las personas referidas en el artículo anterior se determinará deduciendo de la renta bruta todos los gastos necesarios para producirla que no hayan sido rebajados en virtud del artículo 30, pagados o adendados, durante el ejercicio comercial correspondiente, siempre que se acrediten o justifiquen en forma fehaciente ante el Servicio (...).”

“Especialmente procederá la deducción de los siguientes gastos, en cuanto se relacionen con el giro del negocio (...):”

“12°. - Los pagos que se efectúen al exterior por los conceptos indicados en el inciso primero del artículo 59 de esta ley, hasta por un máximo de 4% de los ingresos por ventas o servicios, del giro, en el respectivo ejercicio.

²⁸ A efectos de simplificar el análisis se han omitido reajustes, intereses y multas.

El límite establecido en el inciso anterior no se aplicará cuando, en el ejercicio respectivo, entre el contribuyente y el beneficiario del pago no exista o no haya existido relación directa o indirecta en el capital, control o administración de uno u otro. Para que sea aplicable lo dispuesto en este inciso, dentro de los dos meses siguientes al del término del ejercicio respectivo, el contribuyente o su representante legal, deberá formular una declaración jurada en la que señale que en dicho ejercicio no ha existido la relación indicada. Esta declaración deberá conservarse con los antecedentes de la respectiva declaración anual de impuesto a la renta, para ser presentada al Servicio cuando éste lo requiera. El que maliciosamente suscriba una declaración jurada falsa será sancionado en conformidad con el artículo 97, número 4, del Código Tributario.

Tampoco se aplicará el límite establecido en el inciso primero de este número, si en el país de domicilio del beneficiario de la renta ésta se grava con impuestos a la renta con tasa igual o superior a 30%. El Servicio de Impuestos Internos, de oficio o a petición de parte, verificará los países que se encuentran en esta situación.

Para determinar si los montos pagados por los conceptos indicados en el inciso primero de este número se encuentran o no dentro del límite allí indicado, deberán sumarse en primer lugar todos los pagos que resulten de lo dispuesto en los incisos segundo y tercero. Los restantes pagos se sumarán a continuación de aquéllos (el énfasis ha sido añadido)”.

En definitiva, el límite de deducibilidad no se aplicará cuando el contribuyente cumpla con alguna de las siguientes hipótesis:

1. Cuando entre el contribuyente y el beneficiario del pago no exista o no haya existido relación directa o indirecta en el capital, control o administración de uno u otro.
2. Cuando en el país de domicilio del beneficiario de la renta ésta se grava con impuestos a la renta con tasa igual o superior a 30%.

Así, suponiendo que, en nuestro ejemplo, el contribuyente sí se vio sujeto al límite de deducibilidad, contemplado en el artículo 31 N°12 de la LIR, en el pago de su impuesto a la renta anual debiera efectuar el siguiente agregado²⁹:

²⁹ Se supondrá que la tasa de impuesto de primera categoría corresponde a 27%, y que se han efectuado los pagos a efectos de poder deducir el gasto, de acuerdo con lo estipulado en inciso 3° del artículo 31 de la LIR.

ii. $((10\% - 4\%) * CLP\$10.000 \text{ millones}) * 27\% = CLP\162 millones

Finalmente, también se supondrá que correctamente se han realizado los pagos por el royalty asociado por el uso y explotación de la marca en Chile, y bajo el supuesto que dichos pagos no son realizados a una jurisdicción con la cual Chile tenga suscrito un convenio para evitar la doble imposición (CDTI), se ha supuesto aplicar la tasa de 30% estipulada en el artículo 59 de la LIR sobre dichas partidas:

iii. $(10\% * CLP\$10.000 \text{ millones}) * 30\% = CLP\300 millones

Es así como en algunos casos, más usuales de lo que uno podría suponer, debido a las características particulares que existen en este tipo de transacciones, la operación analizada (puesta como ejemplo) podría llegar a tributar con una tasa total de 55,40% (se ha descontado la cantidad que sí se ha podido rebajar como gasto), en donde incluso analizando la tributación que afectó al monto de la partida que se encuentra entre el 5% y 10% del royalty acordado, matemáticamente se podría aseverar que las afectó una tasa del 97%.

Se ha intentado ser cauto con la redacción utilizada, recalcando que el análisis anterior habla sobre la transacción, la partida analizada y las correspondientes tributaciones que la afectan; sin distinguir el sujeto pasivo de la misma ya que se tiene plena conciencia de que el impuesto adicional que afecta a la partida sujeta a análisis - detallado en el artículo 59 de la LIR - es un impuesto al contribuyente no residente en Chile.

Es más, en la práctica, el SII en instancias informales ha utilizado justamente este argumento, para defender su actuar en las ocasiones en que se le ha planteado lo poco lógico que le resultaría a un grupo multinacional intentar erosionar su base imponible por medio de regalías que se ven sujetas al límite de deducibilidad del artículo 31N°12 de la LIR y que pagan la correspondiente tasa de impuesto adicional.

No obstante el argumento expuesto por el contribuyente, la autoridad tributaria solo se ha dedicado a esgrimir el argumento técnico (“desafortunadamente correcto”) de que el menos la tasa de impuesto adicional es de cargo del contribuyente extranjero, echando por la borda

cualquier defensa que pretenda utilizar el argumento del impuesto adicional que paga el gasto una vez se efectúa su pago en las discusiones relacionadas a temas de precios de transferencia.

Sin embargo, la frase “desafortunadamente correcto” no ha sido utilizada al azar, ya que esta defensa técnica soslaya el hecho de la trascendencia que tienen las fiscalizaciones de precios de transferencia en el modelo de negocio de un contribuyente. En efecto, considerando nuestro ejemplo, si el contribuyente no modifica su tasa de regalía de 10%, anualmente recibirá liquidaciones de impuestos por parte de la autoridad tributaria, por lo que estas fiscalizaciones muchas veces “obligan” a los contribuyentes a modificar sus modelos de negocio.

En estos casos, el SII desafortunadamente no ha actuado bajo el mandato que le otorga su Ley Orgánica, que es el resguardar el interés fiscal, ya que el simple hecho de obligar al contribuyente a disminuir su tasa de regalía a 5% conlleva una merma en la recaudación fiscal (con un merma fiscal de consideración ya que el cambio se produce por todos los años venideros, o como se diría matemáticamente, al infinito).

En el ejemplo, si el contribuyente disminuyera su tasa de regalía a 5%, se producirían las siguientes modificaciones en los impuestos involucrados:

iv. Precios de Transferencia: $((5\% - 5\%) * CLP\$10.000 \text{ millones}) * 40\% = 0$

v. Artículo 31 N°12 $((5\% - 4\%) * CLP\$10.000 \text{ millones}) * 27\% = CLP\27 millones

vi. IA: $(5\% * CLP\$10.000 \text{ millones}) * 30\% = CLP\150 millones

En el ejemplo, y obviando el ajuste de precios de transferencia, en términos de impuesto adicional se produce una merma de CLP\$150 millones para la recaudación fiscal, y en términos del límite de deducibilidad del artículo 31 N°12 de la LIR, se produce una merma de CLP\$135 millones, solo analizando un año tributario, ya que, si contemplamos que el modelo de negocio se modifica para todos los años venideros, la pérdida es incuantificable.

Para pesar del interés nacional, casos así han sucedido en la realidad. Sin embargo, una vez ya puesto sobre la mesa el problema anterior, es el propósito de este trabajo evidenciar al menos la

discrepancia técnica que se mantiene con el SII, al menos en el actuar relacionado a la aplicación del impuesto del artículo 21 de la LIR a una partida que se ha visto sujeta al límite de deducibilidad del artículo 31 N°12 de la LIR.

Como se señaló anteriormente, el ajuste de precios de transferencia, conforme lo establece el N°4 del artículo 41 E, aplica a las diferencias que detecte el SII en las transacciones mantenidas por el contribuyente con entidades relacionadas del exterior. Al respecto, la norma en comento establece que:

“Cuando en virtud de los ajustes de precios, valores o rentabilidades a que se refiere este artículo, se determine una diferencia, esta cantidad se afectará en el ejercicio a que corresponda, sólo con el impuesto único del inciso primero del artículo 21. (el énfasis ha sido añadido)”.

Sin embargo, el artículo 21 de la LIR estipula claramente una norma de excepción a su aplicación en los siguientes casos:

“No se afectarán con este impuesto, ni con aquel señalado en el inciso tercero siguiente: (i) los gastos anticipados que deban ser aceptados en ejercicios posteriores; (ii) el impuesto de Primera Categoría; el impuesto único de este artículo; y el impuesto territorial, todos ellos pagados; (iii) los intereses, reajustes y multas pagados al Fisco, Municipalidades y a organismos o instituciones públicas creadas por ley; (iv) los pagos a que se refiere el número 12, del artículo 31 y el pago de las patentes mineras, en ambos casos en la parte que no puedan ser deducidos como gasto, y (...) (el énfasis ha sido añadido)”.

Lo anterior implica un límite en la aplicación del Impuesto Único del artículo 21 (en adelante el “IU”), cuya lógica dice relación justamente con no afectar tanto con IU como con IDPC a una misma partida, la cual esta vez sí conlleva la aplicación de un impuesto al mismo sujeto pasivo (el contribuyente chileno). Para ahondar en dicho punto, reparemos en el elemento histórico de esta norma.

La incorporación del artículo 31 N°12 de la LIR fue efectuada por la Ley N°19.506, promulgada el 18 de julio de 1997. Junto a dicha incorporación, la mencionada ley mediante la N°2 de su artículo 1° efectuó la modificación del artículo 21 de la LIR, detallando que:

“En el artículo 21, inciso primero, agregase, a continuación de la expresión "creadas por ley" la frase ", los pagos a que se refiere el artículo 31, número 12º, en la parte que no puedan ser deducidos como gasto".”

Respecto de esta incorporación, en la HL N°19.506 figura la siguiente mención en la Comisión de Hacienda que introdujo la norma en cuestión:

“El señor Director Nacional explicó que esta modificación está relacionada con la del número 3, letra b), y tiene por objeto dejar sólo afecto al impuesto de primera categoría, la parte de la remesa al exterior que se rechace como gasto según se explica en dicho número. De no hacer esta excepción, debería aplicarse el impuesto de 35%, en el caso de sociedades anónimas, o el impuesto global complementario o adicional, en el caso de personas naturales o sociedades de personas.”

Es necesario precisar que el artículo 21 de la LIR, previo a las modificaciones que lo afectaron mediante la Ley 20.630, establecía un IU de 35% para el caso de sociedades anónimas y la aplicación del IGC y/o IA, según correspondiera, para el caso de personas naturales o sociedades de personas.

Por tanto, queda de manifiesto que dicha norma de restricción se condice con su acepción literal, esto es, en cuanto busca que las partidas que se ven sujetas al límite de deducibilidad del artículo 31 N°12 de la LIR no se vean impactadas tanto con el IU del artículo 21 como con el IDC de la LIR, sino que solo con éste último.

Más aún, este análisis también es recogido en la Circular N°61 del año 1997 emitida por el SII, en donde se menciona lo siguiente:

“La modificación introducida a este Artículo, consistente en agregarle en su inciso primero la expresión "los pagos a que se refiere el Artículo 31, número 12, en la parte que no puedan ser deducidos como gasto", ha tenido por objeto dejar expresamente establecido en la Ley que los excesos de gastos que resulten por aplicación de la norma legal antes mencionada, cualquiera que sea la condición jurídica del contribuyente de que se trate, no se afectarán con la tributación que dispone el Artículo 21 de la Ley del ramo. Lo anterior, es sin perjuicio de que tales desembolsos se rebajen del FUT para los efectos de la determinación del saldo de las utilidades tributables, por tratarse de partidas que no son susceptibles de distribución o retiro por parte de las empresas a sus propietarios, socios o accionistas. En todo caso, el impuesto de Primera Categoría que

haya afectado al exceso de dichos gastos no dará derecho a su recuperación por no existir norma legal que autorice tal beneficio. (el énfasis ha sido añadido)”.

Es así como, las actuaciones de la autoridad tributaria relacionadas con aplicar la sanción de la norma de precios de transferencia a partidas que se han visto afectadas por el límite de deducibilidad del artículo 31 N°12 de la LIR; han sido efectuadas en contra del texto de ley, y aún más, dichas actuaciones incluso no se condicen con la misma jurisprudencia administrativa emitida por el propio SII.

Para otro debate quedará el problema técnico que implica aplicar la sanción del artículo 21 de la LIR en el contexto de aplicación de la normativa de precios de transferencia a las partidas de egresos que han pagado el correspondiente IA, considerando que la interacción de ambas normativas debiera contemplarse en futuras modificaciones legales que apunten a evitar problemas de doble tributación internacional.

Sin embargo, ya sería un avance sustancial en el desarrollo de la aplicación de la normativa de precios de transferencia al menos descartar la idea de aplicar una triple tributación a la misma partida, que conlleva que una misma renta se vea afectada tanto por el IDPC, IA e IU.

iii. Norma de relación: Una interpretación restrictiva

La definición de relación es uno de los aspectos trascendentales de la norma de precios de transferencia, dado que su campo de acción está restringido a las operaciones que se llevan a cabo entre entidades relacionadas. Es por esto por lo que la definición de “relación” incide directamente en la amplitud con la que pueda llegar a ejercer la autoridad tributaria la facultad de impugnación que dicha norma le otorga.

La definición de relación está contenida en el N°1 del artículo 41 E de la LIR:

“Normas de relación.

Para los efectos de este artículo, las partes intervinientes se considerarán relacionadas cuando:

a) *Una de ellas participe directa o indirectamente en la dirección, control, capital, utilidades o ingresos de la otra, o*

b) *Una misma persona o personas participen directa o indirectamente en la dirección, control, capital, utilidades o ingresos de ambas partes, entendiéndose todas ellas relacionadas entre sí.*

Se considerarán partes relacionadas una agencia, sucursal o cualquier otra forma de establecimiento permanente con su casa matriz; con otros establecimientos permanentes de la misma casa matriz; con partes relacionadas de esta última y establecimientos permanentes de aquellas.

También se considerará que existe relación cuando las operaciones se lleven a cabo con partes residentes, domiciliadas, establecidas o constituidas en un país o territorio o jurisdicción a los que se refiere el artículo 41 H, salvo que dicho país o territorio suscriba con Chile un acuerdo que permita el intercambio de información relevante para los efectos de aplicar las disposiciones tributarias, que se encuentre vigente.

Las personas naturales se entenderán relacionadas, cuando entre ellas sean cónyuges, convivientes civiles o exista parentesco por consanguinidad o afinidad hasta el cuarto grado inclusive.

Igualmente, se considerará que existe relación entre los intervinientes cuando una parte lleve a cabo una o más operaciones con un tercero que, a su vez, lleve a cabo, directa o indirectamente, con un relacionado de aquella parte, una o más operaciones similares o idénticas a las que realiza con la primera, cualquiera sea la calidad en que dicho tercero y las partes intervengan en tales operaciones.”

Interpretando y resumiendo la norma de relación detallada en el N°1 del artículo 41 E de la LIR, un contribuyente domiciliado y residente en Chile, se encontrará relacionada con su contraparte domiciliada en el exterior cuando se cumpla alguna de las siguientes hipótesis³⁰:

1. Cuando una de las partes participe directa o indirectamente en la dirección, control, capital, utilidades o ingresos de la otra;
2. Cuando una misma persona o personas participen directa o indirectamente en la dirección, control, capital, utilidades o ingresos de ambas partes, entendiéndose todas ellas relacionadas entre sí;

³⁰ Esta interpretación y enumeración es igualmente recogida por el SII en la Circular N° 29 del año 2013.

3. Cuando una agencia, sucursal o cualquier otra forma de establecimiento permanente con su casa matriz; con otros establecimientos permanentes de la misma casa matriz; con partes relacionadas de esta última y establecimientos permanentes de aquellas;
4. Cuando las operaciones se lleven a cabo con partes residentes, domiciliadas, establecidas o constituidas en un país o territorio o jurisdicción a los que se refiere el artículo 41 H, salvo que dicho país o territorio suscriba con Chile un acuerdo que permita el intercambio de información relevante para los efectos de aplicar las disposiciones tributarias, que se encuentre vigente;
5. Las personas naturales se entenderán relacionadas, cuando entre ellas sean cónyuges, convivientes civiles o exista parentesco por consanguinidad o afinidad hasta el cuarto grado inclusive; y,
6. Cuando entre los intervinientes una parte lleve a cabo una o más operaciones con un tercero que, a su vez, lleve a cabo, directa o indirectamente, con un relacionado de aquella parte, una o más operaciones similares o idénticas a las que realiza con la primera, cualquiera sea la calidad en que dicho tercero y las partes intervengan en tales operaciones.

Las primeras tres hipótesis de relación fueron recogidas de los lineamientos contenidos en las Directrices OCDE, nuevamente en el contexto de incorporación de la norma de precios de transferencia a nuestro país. En este sentido, las Directrices OCDE disponen lo siguiente:

"11. En la aplicación de estos principios a las multinacionales, una de las cuestiones más difíciles que se han planteado es la determinación de unos precios de transferencia que resulten apropiados a efectos fiscales. Los precios de transferencia son los precios a los que una empresa transmite bienes materiales y activos intangibles, o presta servicios, a empresas asociadas. A los efectos de estas Directrices, una "empresa asociada" es una empresa que cumple las condiciones determinadas en el artículo 9, apartado 1, letras a) y b) del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE. Conforme a estas condiciones, dos empresas están asociadas si una de ellas participa directa o indirectamente en la dirección, el control o el capital de la otra; o si "las mismas personas participan directa o indirectamente en la dirección, el control o el capital" de ambas empresas (es decir, si ambas empresas están sometidas a un control común). Las cuestiones abordadas en

estas Directrices se plantean igualmente en el contexto de los establecimientos permanentes, como se analiza en el Informe sobre la atribución de beneficios a los establecimientos permanentes, aprobado por el Consejo de la OCDE en julio de 2008, que sustituye al Informe de la OECD Modelo de Convenio Tributario: Atribución de rentas a establecimientos permanentes (1994). También pueden encontrarse indicaciones útiles en el Informe de la OCDE Elusión y Evasión Fiscal Internacional (1987) (el énfasis ha sido añadido).”

Por otra parte, las definiciones de las primeras dos hipótesis de relación plantean serios desafíos en lo que se refiere a su interpretación y aplicabilidad, más aun considerando que son las dos hipótesis más relevantes de la norma en virtud de la amplitud de transacciones que pueden llegar a abarcar.

La definición legal de “relación” nos obliga a realizar una detallada revisión de la siguiente frase que es utilizada en ambas hipótesis:

“Participa directa o indirectamente en la dirección, control, capital, utilidades o ingresos de la otra.”

Participa directa o indirectamente:

Dado que palabra “participa” no se encuentra definida en nuestra legislación tributaria ni tampoco en el ordenamiento jurídico nacional, nos debemos atener a la definición que nos otorga la Real Academia Española (RAE), que en su acepción N°4 la define como: *“Tener parte en una sociedad o negocio o ser socio de ellos.”* A su vez, la RAE define “parte” como: *“Porción que le corresponde a alguien en cualquier reparto o distribución”*.

Es así como nada se menciona respecto a un grado mínimo de participación que se deba ostentar en alguna sociedad para delimitar el campo de acción de la norma citada. Más aún, cuando dicha participación pueda ser de modo directo o indirecto, amplía a un universo infinito las posibilidades de caso o situaciones donde sería factible sostener que una empresa pueda ser relacionada de otra, lo que a juicio de este trabajo genera un problema que se trata de evitar en cualquier rama del derecho, esto es, la incertidumbre jurídica

Dirección, control, capital, utilidades o ingresos de la otra:

Los conceptos de dirección aluden al cierto nivel de injerencia que se puede tener en la administración de una compañía. La RAE lo define como la “acción y efecto de dirigir”.

Por otro lado, el concepto de control alude algún grado de injerencia más preponderante en la administración de una empresa (o un grupo de ellas). La Ley del Mercado de Valores (Ley N°18.045) brinda una definición de este concepto a través de su artículo N°97 que expresa lo siguiente:

“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 (el énfasis ha sido añadido)”.

De esta forma, mientras el concepto de **dirección** alude principalmente a una mera participación en la dirección de una compañía, el concepto de **control** aludiría a una influencia más preponderante en la dirección de una sociedad que una mera participación, en donde quien ostenta el control pueda ejercer e influir sustancialmente en la administración.

Los conceptos de capital, utilidades e ingresos son más comunes e interpretativamente menos controversiales en materia tributaria y, en consecuencia, no se estima necesario ahondar en sus definiciones al menos para efectos de lo que concierne a la interpretación de la norma.

A su vez, la frase analizada al menos en su interpretación literal nos lleva a comprender de que cuando se cumpla alguno de los supuestos de hecho que la norma contiene (participación directa y/o indirecta en la dirección, control, capital, utilidades o ingresos del otro), se daría por cumplida la hipótesis de relación.

Esta conclusión del análisis gramatical llevaría a la siguiente conclusión: no importa en nivel de participación que se tenga en la dirección, control, capital, utilidades o ingresos de alguna empresa, solo bastaría con tener una mínima porción o parte para que se detone el factor de la “relación”. La pregunta al respecto es ¿Habría tenido esto en consideración el legislador al momento de incorporar esta normativa?

Analicemos ejemplos prácticos de la situación en Chile: Las Administradoras de Fondos de Pensiones (en adelante “AFP”) son las entidades privadas encargadas de administrar e invertir los aportes de todos los trabajadores chilenos por medio del sistema de capitalización individual, con el objeto de poder suministrar una pensión en el momento en que dichos trabajadores jubilen. Las AFP invierten en instrumentos de renta fija y/o variable tanto en Chile como en el extranjero, en donde parte de sus inversiones las destinan a la compra de acciones de empresas abiertas en bolsa.

La interpretación literal de las dos primeras hipótesis contenidas en la norma de relación del artículo 41 E de la LIR, nos llevaría a la conclusión que bastaría con que alguna AFP invirtiera una porción de sus fondos, por ejemplo, en Apple y Entel³¹, para que cualquier venta de equipos celulares efectuada directamente por Apple (o algunas de sus filiales domiciliadas en el exterior) a ENTEL, se entienda que dicha operación es susceptible de aplicarle las normas de precios de transferencia.

Una directa consecuencia de ello sería que Entel se vería obligada a detallar en su respectiva Declaración Jurada N°1907, el detalle de todas las transacciones consistentes en la adquisición de equipos suministrados por Apple y la metodología de precios de transferencia utilizada que acredite que dichas transacciones fueron llevadas acorde a como hubieran sido efectuadas entre terceros independientes en circunstancias comparables.

¿Esto parece lógico?

³¹ Empresa Nacional de Telecomunicaciones S.A.

Otro punto del análisis literal de la norma, es que, si el concepto de control pareciera ser más amplio que el concepto de dirección, y siempre bajo el entendido que cualquiera de los dos debe cumplirse: ¿Para qué el legislador se molestó en incorporar el segundo?

Lamentablemente las Directrices de la OCDE no ahondan en este punto. No obstante, se estima poco lógico ceñirse a una interpretación literal que parece imposible de implementar, y que además no se condice con el espíritu de la norma de precios de transferencia que pretende justamente otorgar una facultad de fiscalización al SII para casos en que efectivamente dos empresas no llevan a cabo sus transacciones bajo parámetros de mercado, lo que solo ocurre cuando el interés de un algún actor con injerencia en la administración de ambas compañías está arriba de la mesa.

Si cualquier persona comprara una acción de Apple y otra de Entel: ¿Qué nivel de injerencia podría tener en la administración de ambas compañías para poder instar a una manipulación en los precios de las transacciones que ambas empresas lleven a cabo entre sí? La respuesta es simple. Ninguno.

El Tribunal Tributario y Aduanero (TTA) de Puerto Montt, en uno de los pocos fallos existentes a la fecha respecto de la materia de precios de transferencia (aunque en el marco del antiguo artículo 38 de la LIR), se pronunció al respecto.

El antiguo artículo 38 de la LIR estipulaba en su inciso tercero:

“Cuando los precios que la agencia o sucursal cobre a su casa matriz o a otra agencia o empresa relacionada de la casa matriz, no se ajusten a los valores que por operaciones similares se cobren entre empresas independientes, la Dirección Regional podrá impugnarlos fundadamente, tomando como base de referencia para dichos precios una rentabilidad razonable a las características de la operación, o bien los costos de producción más un margen razonable de utilidad. Igual norma se aplicará respecto de precios pagados o adeudados por bienes o servicios provistos por la casa matriz, sus agencias o empresas relacionadas, cuando dichos precios no se ajusten a los precios normales de mercado entre partes no relacionadas, pudiendo considerarse, además, los precios de reventa a terceros de bienes adquiridos de una empresa asociada, menos el margen de utilidad observado en operaciones similares con o entre empresas independientes”.

Basado en la facultad legal que dicho artículo otorgaba a la autoridad tributaria, el SII comenzó a realizar las primeras fiscalizaciones de precios de transferencia en el país. De esta manera, el propio artículo 38 en su inciso sexto y séptimo estipulaban la norma de relación que establecía su campo de acción:

“Lo dispuesto en los tres incisos anteriores se aplicará, también, cuando una empresa constituida en el extranjero participe directa o indirectamente en la dirección, control o capital de una empresa establecida en Chile, o viceversa. En igual forma se aplicará cuando las mismas personas participen directa o indirectamente en la dirección, control o capital de una empresa establecida en Chile y en una empresa establecida en el extranjero.

Asimismo, se presumirá que existe la relación del inciso anterior respecto de empresas que pacten contratos de exclusividad, acuerdos de actuación conjunta, tratamientos preferenciales, dependencia financiera o económica, o depósitos de confianza. Igual presunción procederá cuando las operaciones se hagan con empresas que se encuentren constituidas en un país o territorio incorporado en la lista referida en el N°2 del artículo 41 D (el énfasis ha sido añadido)”.

Como se evidencia, es enorme la similitud de la norma de relación contenida en el antiguo artículo 38 de la LIR, al menos en este punto, con la detallada en el artículo 41 E de la LIR.

Respecto a esta norma de relación, y específicamente al pasaje mencionado, el TTA de Puerto Montt se manifestó al respecto.

Como un breve resumen del caso, Maderas Anchile Limitada es una empresa domiciliada en Chile dedicada a la exportación de astillas de las especies Nitens y Globulus, que en el periodo 2008-2009 llevó a cabo exportaciones a Itochu Corporation, sociedad domiciliada en el extranjero (Japón).

Al respecto, Itochu Corporation poseía de forma indirecta, un 9,8499% de Maderas Anchile (por medio de Forestal Anchile Ltda.), por lo que solo considerando el elemento gramatical de la normativa vigente en aquella época (antiguo artículo 38 de la LIR), esta transacción se encontraba dentro su alcance.

Por su parte, Maderas Anchile quería acogerse a lo dispuesto en la Circular N°3 del año 1998, en la cual la autoridad tributaria había estipulado lo siguiente:

“Por último, se hace presente que, para los efectos de esta Circular, no se considerarán empresas independientes; pero sí se entenderán empresas asociadas o que una de ellas participa directa o indirectamente en la dirección, control o capital en la otra, cuando se den los presupuestos a que se refieren los artículos 86 y 87 de la Ley N° 18.046, y los artículos 97 y 98 de la Ley N° 18.045, los cuales fueron reproducidos en la Circular N° 61, de 15 de Octubre de 1997 (el énfasis ha sido añadido)”.

El texto citado era de relevancia para el contribuyente, puesto que el artículo 87 de la Ley N°18.046, estipulaba que:

“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 1997 (el énfasis ha sido añadido)”.

Con ello, dado el nivel de participación indirecta de Itochu Corporation sobre Maderas Anchile, se podría concluir que en realidad estas entidades no eran relacionadas, descartando como válida la facultad de impugnación del SII sobre el precio pactado.

Por su parte, la autoridad tributaria se desligó de su propio pronunciamiento, señalando que lo esgrimido en la dicha era meramente de carácter enunciativo y que ningún pronunciamiento administrativo podía limitar lo señalado en la misma ley.

Enfrentado a este dilema, el TTA de Puerto Montt se vio obligado a realizar un análisis hermenéutico de la norma legal, a efectos de poder determinar lo que las partes habían controvertido.

Al respecto el TTA de Puerto Montt indicó lo siguiente:

“De este modo, si bien nos encontramos ante tres términos aparentemente equivalentes – “Dirección”, “Control” y “Capital”-, la interpretación teleológica de la norma nos obliga a su jerarquización, donde se hace evidente que tanto el concepto de “Dirección” como el de “Capital” -para la realización de la hipótesis

fijada por la ley-, suponen la idea de “Control”, en términos tales que si bien no parece posible la existencia de “Dirección” sin control, si es admisible la idea de que pueda existir “Capital” sin “Control” y—diríamos, extremando nuestro estudio- “Capital” sin “Dirección”, donde encontraremos siempre a los pequeños accionistas. Esto último parece relevante a este sentenciador, pues pretender que cualquier relación de capital, por mínima que esta sea, sin la concurrencia de otros elementos que demuestren la existencia de “Control” tanto por vías formales como informales, nos llevaría a una interpretación extensiva de la norma que en ningún caso ha sido querida por el legislador y que, a mayor abundamiento, es claramente opuesta al buen juicio (el énfasis ha sido añadido)”.

El análisis expuesto por el TTA citado, dispone que el elemento lógico que debe contener toda interpretación de las normas tributarias tiene una relevancia clave. En concreto, se establece que la norma de precios de transferencia no tiene por objetivo evaluar aquellas transacciones mantenidas entre entidades que podrían tener socios y/o accionistas sin relevancia en la administración de una de las sociedades involucradas, siendo casi imposible que un socio y/o accionista sin relevancia en el control de una empresa pueda influir en la determinación de los precios de la entidad a la que pertenece.

Si bien es importante tener en claro al ámbito de acción de la norma de precios de transferencia para este tipo de operaciones, es también crucial identificar la frontera en la cual comienza el universo de transacciones que sí son susceptibles de ser impugnadas por la autoridad fiscal.

Para ello, el TTA citado esgrime lo siguiente:

“Más allá de estos argumentos, es sin embargo el parecer de este sentenciador, que no existiendo a la época de las operaciones fiscalizadas ninguna definición de relacionamiento específica para el ámbito tributario, haciendo aplicación de lo indicado en el artículo 22 inciso 2º del Código Civil —norma ésta relativa a la interpretación de la ley-, que señala que “Los pasajes oscuros de una ley pueden ser ilustrados por medio de otras leyes, particularmente si versan sobre el mismo asunto”, el Tribunal considera apropiado recurrir a los estatutos de relacionamiento establecidos en otras leyes de nuestro ordenamiento jurídico, cuyas normas fundamentales han sido fijadas por las leyes 18.045 y 18.046, y que corresponden a las disposiciones que ya han sido transcritas en este mismo considerando (el énfasis ha sido añadido)”.

No siendo parte de este trabajo discutir acerca de la legalidad de que una Circular emitida por el SII pueda delimitar el campo de acción de una ley utilizando las reglas de interpretación del

Código Civil; el TTA aludido interpretó la norma legal en comento apoyándose por otras leyes que se pronuncian sobre los mismos hechos.

De esta manera, el tribunal realiza una interpretación restrictiva de la norma de relación estipulada en el antiguo artículo 38 de la LIR.

Así, se concluye que existe un sólido argumento para aseverar que, por las similitudes expuestas anteriormente, esta interpretación restrictiva de la norma de relación contenida en el antiguo artículo 38 de la LIR sería absolutamente extensible a la norma de relación actualmente vigente en el artículo 41 E de la LIR.

iv. La importancia de los resultados globales del Grupo Multinacional en los análisis de precios de transferencia

Existen diversos métodos para efectuar evaluaciones y análisis de precios de transferencia, y procedimientos bastante rigurosos expuestos en las Directrices OCDE en donde se exponen los factores de comparabilidad y las metodologías de precios de transferencias, entre otros.

Gran parte de los análisis desarrollados en la práctica de precios de transferencia, implican valoraciones de la rentabilidad operativa de las entidades involucradas en la transacción analizada, ello, a efectos de corroborar si tal rentabilidad se encuentra dentro del rango de mercado definido por los resultados obtenidos por las empresas seleccionadas como comparables.

En estos análisis, el entorno económico al que se ven enfrentadas las entidades es relevante de considerar, en especial, si se puede encontrar información fidedigna al respecto. En todos los casos, los Estados Financieros consolidados del grupo multinacional son una fuente de información de relevancia.

En primer lugar, se debe destacar que en toda consolidación de estados financieros, las transacciones intercompañía mantenidas entre las entidades que están siendo consolidadas deben ser eliminadas. Ahora bien, si se corrobora que no hay transacciones significativas mantenidas con entidades relacionadas no eliminadas de la consolidación, los estados financieros

consolidados expondrán las utilidades reales obtenidas por el grupo. Esta información en la mayoría de los casos, queda sujeta a un proceso de auditoría, lo que implica que terceros han validado sus metodologías y corroborado su fiabilidad.

Es así como, los estados financieros consolidados reflejan la realidad económica del Grupo, evidenciando sus reales resultados.

¿Pero en qué caso pudiera ser útil esta información?

Buena parte de las fiscalizaciones de precios de transferencia son detonadas por pérdidas operativas y/o rentabilidades bajas registradas por contribuyentes chilenos. Recordemos que, independiente de las metodología de precios de transferencia utilizadas y registradas en la Declaración Jurada N°1907; siempre debe informarse la rentabilidad global obtenida por la empresa.

Bajo estos lineamientos, la autoridad tributaria ha desarrollado análisis por medio de la selección de empresas comparables y la obtención de rangos de rentabilidades de mercado, en donde se puede tener una aproximación respecto a si los contribuyentes domiciliados en Chile (ya sea con pérdidas operativas y/o rentabilidades bajas) cumplen con el principio del operador independiente.

Sin embargo, si el grupo multinacional al cual pertenece el contribuyente presenta resultados bajos, o incluso pérdidas, difícilmente se podría esperar que las entidades que lo conforman tengan rentabilidades altas.

Si bien hay que considerar que la distribución de las utilidades entre las entidades que conforman un grupo multinacional depende del perfil funcional que tenga cada de ellas (funciones realizadas, activos empleados y riesgos asumidos), los resultados globales registrados por el grupo multinacional son un buen punto de partida para entender la verdadera realidad económica que se ha debido enfrentar.

Por lo que, si en los últimos años un grupo multinacional ha venido registrando rentabilidades significativamente más bajas con relación a sus principales competidores a nivel mundial, se

podría inferir que desde una perspectiva de negocios el margen de rentabilidad que registrarán sus filiales con relación al mercado (entidades comparables) también presentará diferencias similares a las registradas por el grupo con respecto a sus competidores.

Por lo tanto, en estos casos, sería necesario efectuar algún tipo de ajuste que refleje cual hubiera sido la rentabilidad de la filial de no existir la desviación existente entre la rentabilidad registrada por el grupo con relación al mercado (competidores).

El artículo 41 E de la LIR, como se mencionó anteriormente, es bastante preciso al señalar que se debe considerar *“cualquier otra circunstancia razonablemente relevante”* para evaluar las operaciones comparables en los análisis de precios de transferencia. Así, los resultados obtenidos por el grupo sin duda son una circunstancia económica razonable al momento de desarrollar un análisis de precios de transferencia.

Por otro lado, no debería ser objeto de precios de transferencia cuestionar la rentabilidad de mercado obtenida por el grupo en sus estados financieros consolidados. En efecto, en estricto sentido, ni siquiera debiera ser estrictamente necesario exponer las razones por las cuales un grupo multinacional podría estar atravesando una delicada situación financiera. En tal sentido, los resultados financieros consolidados son un dato que, mientras no esté contaminado por transacciones intercompañía significativas no eliminadas, debería aceptarse sin cuestionamiento alguno.

Las Directrices de la OCDE señalan, en referencia al ajuste correlativo, pero extrapolable a cualquier ajuste de precios de transferencia, que éste *“no tiene por finalidad procurar a un grupo multinacional un beneficio superior al que hubiera resultado de operaciones vinculadas realizadas desde el principio en condiciones de plena competencia”(el énfasis es añadido)”*

Por tanto, lo que buscan los análisis de precios de transferencia es perseguir las utilidades mal asignadas a los diversos participantes involucrados en una cadena de valor, y en consecuencia, estos análisis no pueden crear utilidades donde no las hay, y de forma aún más errada, hacerlas tributar.

Las Directrices de la OCDE también se manifiestan en relación al tema de las pérdidas:

“(1.70) Cuando una empresa asociada incurre en pérdidas constantemente mientras que el grupo multinacional en su conjunto es rentable, cabe plantearse realizar un examen especial en lo relativo a la determinación de los precios de transferencia (el énfasis ha sido añadido)”.

Lo anterior indica que, en el caso de pérdidas, y también extrapolable al caso de rentabilidades bajas, hay que considerar los resultados (rentabilidades) obtenidas por el grupo al cual pertenece la entidad sujeta a revisión; a efectos de poder identificar si efectivamente estamos frente a una erosión de la base imponible producto de la manipulación de precios pactados en transacciones intercompañía, o bien, estamos frente a circunstancias económicas y/o de negocios que han incidido en los resultados registrados.

En definitiva, para un correcto análisis de precios de transferencia, es necesario tener en cuenta el contexto económico que envuelve al grupo multinacional al cual pertenece la entidad que está siendo objeto de estudio. Por lo tanto, en la medida en que los resultados del grupo se vean afectados por factores de mercado u otros aspectos, los resultados de su filial podrían verse igualmente afectados, y lo que aún más importante, dicha situación no se debiera configurar como un problema de precios de transferencia.

VI. Conclusiones

En el presente trabajo se ha buscado dilucidar ciertas interrogantes frecuentemente presentadas en el desarrollo de la práctica de precios de transferencia, en los pocos años de implementación que ha tenido la norma en nuestro país.

Sin duda quedan muchos temas pendientes, algunos de ellos bastante complejos. Solo por nombrar algunos se encuentra, por ejemplo, el tratamiento de los denominados auto ajustes de precios de transferencia realizados por los propios contribuyentes. También se podría considerar la utilización de medidas de tendencia central como parámetro para establecer el rango de mercado, o la utilización de la mediana para practicar el ajuste del artículo 21 de la LIR.

Sin embargo, más allá de que es de esperar de que este trabajo pueda ser de ayuda en lo que respecta a los casos que han sido analizados, lo realmente importante es poder ser un punto de partida para evidenciar una discusión jurídica **sobre la interpretación y aplicación de la norma en materia de precios de transferencia**, tema de escaso debate jurídico a la fecha.

De esta forma, se podría ayudar a todos los actores involucrados en esta materia, a saber, contribuyentes, asesores, autoridad tributaria, tribunales, entre otros; ello, con el propósito de mejorar la práctica y, disminuir la incertidumbre jurídica respecto al tema, tomando en consideración que estamos frente un tema técnico que estará de manera permanente en nuestra legislación tributaria, y se espera que, cada vez de forma más preponderante.

Bibliografía

1. Circular N° 29, de fecha 14 de Junio 2013, del Servicio de Impuestos Interno
2. Circular N° 31, de fecha 12 de Mayo 2016, del Servicio de Impuestos Internos s.
3. Circular N° 45, de fecha 23 de Septiembre 2013, del Servicio de Impuestos Internos
4. Resolución Ex. N° 14, de fecha 31 de Enero 2013, del Servicio de Impuestos Internos.
5. Resolución Ex. N° 126, de fecha 27 de Diciembre 2016, del Servicio de Impuestos Internos.
6. Resolución Ex. SII N°55 de fecha 05 de Julio del 2018, del Servicio de Impuestos Internos.
7. Historia de la Ley 20.630.
8. Historia de la Ley 19.506.
9. Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting, OECD.
10. “Directrices en Materia de Precios de Transferencia de la OCDE para Empresas Multinacionales y Administraciones Tributarias”, 2017.
11. “Economía”, Fisher, Dornbusch and Schmalensee, Agosto 1989.
12. “Norma Antielusiva General: Sobre los Fines en Nuestra Leyes Tributarias”, Gonzalo Vergara Quezada, Agosto 2016.
13. “Precios de Transferencia: Análisis técnico y metodológico para su aplicación en Chile”, Jose Luis Eguía, Junio 2013.