



**“ANÁLISIS DE LA NORMA DE GANANCIA DE CAPITAL EN VENTAS
INDIRECTAS CONSIGNADA EN EL ARTÍCULO 10 DE LA LIR”**

**AFE PARA OPTAR AL GRADO DE
MAGISTER EN TRIBUTACIÓN**

PARTE I

Alumno:

Felipe Salinas Valenzuela

Profesor guía:

Christian Delcorto Pacheco

Santiago, Octubre 2019

TABLA DE CONTENIDOS

<u>CAPÍTULO</u>	<u>PÁGINA</u>
1. RESUMEN EJECUTIVO.....	4
2. TABLA DE ABREVIATURAS.....	5
3. INTRODUCCIÓN.....	6
4. OBJETIVOS.....	7
4.1 OBJETIVOS GENERALES.....	7
4.2 OBJETIVOS ESPECÍFICOS.....	7
5. HIPOTESIS.....	8
6. METODOLOGÍA DE ESTUDIO.....	9
7. ANÁLISIS DEL HECHO GRAVADO.....	9
8. MARCO CONCEPTUAL.....	11
8.1 ANÁLISIS HISTÓRICO.....	11
8.2 CASO DISPUTADA LAS CONDES.....	11
8.3 CASO VODAFONE.....	12
8.4 LEY N° 19.840: INTRODUCCIÓN DEL HECHO GRAVADO.....	14
8.5 LEY N° 20.630: AMPLIACIÓN DEL HECHO GRAVADO.....	15
8.6 Ley N° 20.780: RESPONSABILIDAD SOLIDARIA.....	16
8.7 PROYECTO REFORMA TRIBUTARIA 2018.....	17
9. NORMA LOCAL.....	18
9.1 DEFINICIONES.....	18
9.2 ENAJENACIÓN INDIRECTA.....	18
9.3 RESIDENCIA.....	19
9.4 DOMICILIO.....	19
9.5 COSTO TRIBUTARIO Y BASE IMPONIBLE.....	19
9.6 TASA.....	20
10. CONVENIOS PARA EVITAR LA DOBLE TRIBUTACIÓN INTERNACIONAL.....	21
11. MODELOS DE CONVENIO.....	22
12. PRINCIPIOS ESCENCIALES DE LOS CONVENIOS Y MARCO JURÍDICO.....	23
13. CONVENIO OCDE PARA EVITAR LA DOBLE TRIBUTACIÓN INTERNACIONAL.....	24
14. ESTRUCTURA Y CRITERIOS DE LOS CONVENIOS OCDE PARA SU INTERPRETACIÓN Y APLICACIÓN.....	25
15. GANANCIAS DE CAPITAL CONTENIDAS EN EL ARTÍCULO 13 DEL CONVENIO OCDE.....	26

16.	TRANSFERENCIA INDIRECTA EN LOS CDTI FIRMADOS POR CHILE.....	27
17.	CASO COMPARATIVO: DEVOLUCIÓN DE CAPITAL PARA EVITAR VENTA INDIRECTA.....	32
18.	NECESARIEDAD DE REPOSICIÓN DE IMPUESTO ÚNICO.....	33
18.1	PRINCIPIOS REFORMA TRIBUTARIA.....	34
18.2	TRIBUTACIÓN COMPARADA: PANORAMA REGIONAL.....	34
18.3	COMPETITIVIDAD.....	37
18.4	BARRERAS DE ENTRADA Y SALIDA.....	37
18.5	LEGISLACIÓN COMPARADA: PANORAMA OCDE.....	38
19.	CONCLUSIÓN HIPÓTESIS: NECESARIEDAD DE LA REPOSICIÓN DEL IMPUESTO ÚNICO.....	39
23.	ANEXOS.....	43

1. RESUMEN EJECUTIVO

En el contexto de un mundo cada vez más globalizado y un país el cual a través de las últimas décadas se ha mostrado interesado en ser parte de este proceso, es nuestro objetivo analizar la tributación de la enajenación de activos en el exterior cuyo valor radica en activos subyacentes en territorio nacional, es decir; Enajenación (o transferencia) indirecta.

Al respecto, la Ley sobre Impuesto a la Renta regula en su Artículo N° 10 la potestad tributaria sobre la renta que generen no domiciliados ni residentes en Chile respecto de las enajenaciones de ciertos títulos o derechos representativos del capital de una entidad o patrimonio constituido en el extranjero cuando parte o todo el valor de estos reside en activos chilenos, los cuales son considerados “Activos Subyacentes”.

El presente estudio contempla un breve análisis histórico de la norma, la descomposición de los elementos del tributo, un análisis acotado de la legislación comparada pertinente y un esquema de la tributación que afecta a las enajenaciones indirectas en el país.

Finalmente, se generará una propuesta que permita identificar puntos críticos de la norma respecto a su aplicación en el país y las respectivas consideraciones que la norma local e interpretaciones deban considerar para que el tributo en cuestión tenga una mejor aplicabilidad.

PALABRAS CLAVE: Venta Indirecta, Transferencia Indirecta, Enajenación de activos subyacentes, BEPS¹, CDTI²

2. TABLA DE ABREVIATURAS

1 Base Erosion and Profit Shifting (BEPS, por sus siglas en inglés)

2 Convenio para evitar la Doble Tributación Internacional

CDTI	Convenio para Evitar la Doble Tributación Internacional
LIR	Ley sobre Impuesto a la Renta
OCDE	Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico
PV	Precio de Venta
CT	Costo Tributario
BEPS	Base Erosion and Profit Shifting
ONU	Organización de las Naciones Unidas
CV DT	Convención de Viena Sobre el Derecho de los Tratados

3. INTRODUCCIÓN

Actualmente la economía globalizada ha exigido a las diferentes legislaciones un intercambio cada vez más expedito respecto de conocimiento, tecnología, productos, servicios, entre otros.

Dentro de este contexto, se ha generado un aumento en las transacciones transfronterizas, derivando en un desafío para las diferentes legislaciones, las cuales deben regular estas interacciones y, en definitiva, establecer normas de interrelación entre estas; tratados comerciales, humanitarios, políticos, entre otros, son sólo ejemplos de normas jurídicas de carácter internacional que diversos estados acuerdan entre si con el fin de establecer reglas o beneficios entre países.

En este marco, cobra vital relevancia el estudio de la tributación sobre las “Ventas Indirectas”, las cuales corresponden a la enajenación de activos extranjeros cuyo valor es explicado por uno o más activos ubicados en territorio nacional, en este sentido y a modo de ejemplo, podríamos observar a un residente de España, que enajena acciones de una empresa ubicada en el mismo país, y a su vez esta última tiene una participación del 50% en una empresa nacional, en este caso, es evidente que parte del valor de la empresa Europea reside en los activos ubicados en Chile, en cuyo caso, nos encontramos ante una venta indirecta por cuanto habría que estudiar como la normativa local puede o no gravar este hecho.

Sumado a lo anterior, es necesario mencionar que Chile cuenta actualmente con 32 CDTI y es actualmente miembro de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), organización que cuenta con

el plan BEPS (Base Erosion and Profit Shifting) el cual busca, entre otras cosas, “eliminar la doble no imposición/reducción de la tributación causada por desajustes entre los distintos sistemas tributarios”³.

Lo anterior da cuenta que cuando nos referimos a tributación la ganancia de capital en las ventas indirectas, nos encontramos ante un hecho gravado complejo, para lo cual, en primera instancia explicaremos este hecho gravado de para luego referirnos al análisis de las hipótesis que desarrollaremos referentes a la tributación y armonía del hecho entre los CDTI y la norma local, y además a la tributación del hecho respecto de una eventual modificación en la tasa del gravamen con el fin de analizar si la carga impositiva que considera la normativa nacional es coherente o competitiva con el marco internacional sobre este mismo hecho gravado.

4. OBJETIVOS

4.1 OBJETIVOS GENERALES

Los objetivos generales de los autores se enfocarán en realizar un estudio de la norma que permita al lector, además de comprender el hecho gravado que se desarrollará, entender los elementos del tributo desde una mirada nacional e internacional.

4.2 OBJETIVOS ESPECÍFICOS

Para cumplir los objetivos generales precedentes, el presente trabajo buscará brindar al lector una explicación del contexto internacional en materia impositiva, explicar la evolución del tributo en cuestión en la legislación chilena

³ Jiménez A.M & Calderón M.J. (2014). *El Plan de Acción de la OCDE para eliminar la erosión de bases imponibles y el traslado de beneficios a otras jurisdicciones (“BEPS”): ¿el final, el principio del final o el final del principio?* El Derecho, 16.

para así en su conjunto comprender los hechos históricos que dieron paso a la regulación de la tributación de la enajenación indirecta de activos subyacentes.

Adicionalmente, se explicarán los conceptos relativos al hecho gravado, los elementos de la base, formas de tributar y otros elementos accesorios para generar un entendimiento adecuado.

5. HIPOTESIS

ANÁLISIS DE LA NECESARIEDAD DE LA REPOSICIÓN DEL IMPUESTO ÚNICO A LA VENTA DE DERECHOS SOCIALES Y ACCIONES INCORPORADO EN EL PROYECTO DE REFORMA TRIBUTARIA 2018

La legislación local, regula el gravamen sobre las “ventas indirectas” fijándose tasa ascendente a 35% para no domiciliados ni residentes en Chile, es decir, la tasa general de Impuesto Adicional.

Sin embargo, el mensaje de reforma tributaria enviada a la Cámara de Diputados el 23 de agosto de 2018, incluye dentro de sus modificaciones una tasa de impuesto en carácter de única y sustitutiva ascendente al 20%⁴ que, en caso de aprobarse, será aplicable para el caso de las ganancias de capital por ventas indirectas a las cuales se refiere el presente estudio.

Lo anterior, genera la interrogante sobre si es necesaria o no la modificación de la tasa aplicable a este gravamen, analizando para estos efectos la normativa local, así como también la carga impositiva aplicable en otros países comparables con el fin de identificar si existen aspectos en la

4 Artículo N° 17 letra a) numeral iv) “el mayor valor que se determine conforme a los literales anteriores se afectará con un impuesto único y sustitutivo de 20% [...]”

legislación local que puedan afectar o no a la competitividad⁵ o si pueden incidir en el desplazamiento de ganancias desde jurisdicciones con una tasa elevada a jurisdicciones con una tasa menor⁶.

En este mismo sentido, es menester comparar la tributación del mayor valor en la ganancia de capital al cual se refiere este documento (venta del continente⁷) en contraste con efectuar distribuciones de dividendos o retiros, extrayendo de esta forma el contenido de una empresa, en cuyo caso, la tasa de tributación ascendería a 35%, el impuesto final se ve disminuido por el derecho a crédito al Impuesto de Primera Categoría que podría existir a favor del no residente o domiciliado en Chile.

6. METODOLOGÍA DE ESTUDIO

Para efectos del presente trabajo, los autores utilizarán principalmente los métodos de investigación deductivo e histórico, lo anterior para poder asistir al lector en el entendimiento de los elementos del impuesto para posteriormente introducir en los problemas detectados.

7. ANÁLISIS DEL HECHO GRAVADO

Teniendo en consideración que el hecho gravado sobre las ventas o transferencias indirectas es un gravamen relativamente reciente en la legislación tanto nacional como internacional, es que, para mejor entendimiento

5 Zodrow.G. R & Echavarría J.J. (2005, agosto). *Impuestos a las Utilidades e Inversión Extranjera Directa en Colombia*. n/a, 37.

6 Gravelle J.G. (2017, Julio 24). *Base Erosion and Profit Shifting (BEPS): OECD Tax Proposals*. Congressional Research Service, R44900, 30.

7 Los autores ocupan la palabra continente para referirse a los derechos sociales y acciones que contienen dentro a una determinada empresa o negocio.

de las siguientes secciones, los autores se referirán al hecho gravado de manera general.

Cuando se hace referencia a “Venta indirecta” o “Transferencia indirecta⁸”, para efectos del presente documento, a las ventas o enajenaciones de acciones u otros títulos representativos de capital de una entidad, inscritas o pertenecientes a un país, cuyo valor intrínseco radica en activos que se encuentran establecidos en un segundo país, en dicho caso, el enajenante podría generar una utilidad en su país de residencia, cuando el adquirente lo que está comprando es la totalidad de esos títulos, es decir, la ganancia de capital generada en esa operación radica en todos sus activos.

A mayor abundamiento, la figura referida en el párrafo anterior se puede ejemplificar de la siguiente forma: Una persona natural en Argentina, propietaria de una sociedad de su país “Sociedad Argentina S.A.” (cuyo único activo en su Estado de Situación Financiera es una inversión que esta sociedad mantiene en “Sociedad Santiago Ltda”, una fábrica nacional que funciona exclusivamente en Santiago) es enajenada a un inversionista de nacionalidad irlandesa. En este caso, es evidente que si bien es cierto la operación se realiza fuera del país, entre personas físicas residentes en el extranjero, la operación se realiza en virtud del interés de enajenar o adquirir la inversión en territorio nacional.

El caso descrito anteriormente (así como muchas otras figuras que se podrían generar y que se explicarán en capítulos posteriores) ha tenido diversas dificultades al momento de ser legisladas, lo anterior ya que nos

⁸ Transferencias Indirectas es la denominación que se le da mayoritariamente en España y otros países de habla hispana.

encontramos frente a situaciones generadas cuando las legislaciones no contemplaban estas figuras, y, adicionalmente, en el marco de operaciones de compañías transfronterizas que han utilizado estas estructuras para disminuir su base imponible global, es decir; para erosionar su base fiscal, una de las situaciones que diversos organismos internacionales buscan evitar o mitigar.

8. MARCO CONCEPTUAL

8.1 ANÁLISIS HISTÓRICO

Además de haber definido de manera introductoria el hecho gravado del presente estudio, es menester indicar los antecedentes históricos que han dado origen⁹ y forma al hecho gravado a las enajenaciones o transferencias indirectas.

8.2 CASO DISPUTADA LAS CONDES

Si bien es cierto, actualmente Chile es un país que a juicio de los autores es altamente globalizado, hasta antes del año 2002 la legislación nacional no contaba con una norma que pudiera considerar como hecho gravado de tributación local, las enajenaciones que se efectuaran fuera del territorio nacional.

Por lo anterior nace la pregunta; ¿por qué el legislador quiso regular este hecho para que el mismo fuera gravado con tributación local?, y para responder esta pregunta, es necesario hacer referencia a Exxon Mobil Corporation¹⁰, un holding con inversiones en diversos rubros, entre los cuales destacan la extracción de recursos naturales. Esta empresa para el año 2002 era dueña de la Compañía Minera Disputada Las Condes, la cual estuvo en el

9 Anexos – Línea de tiempo nacional

10 <https://corporate.exxonmobil.com/>

ojo del huracán por diversos motivos dentro del plano nacional, dentro de los cuales los autores destacan que cuando Exxon Mobil Corporation se propuso vender un porcentaje de su participación en Disputada Las Condes, existían acuerdos donde Codelco tenía derecho a participar en la compra, sin embargo, la norteamericana optó por enajenar a la multinacional sudafricana Anglo American por un monto de MMUSD\$ 1.300 en el año 2002¹¹.

Cabe destacar, que esta enajenación, fue estructurada en el exterior del país con el fin de que la operación no quedase gravada con el Impuesto Adicional respectivo.

Producto de lo anterior, parlamentarios añadieron en la legislación nacional el concepto de enajenación indirecta, generando de esta manera un nuevo hecho gravado en la Ley sobre Impuesto a la Renta.

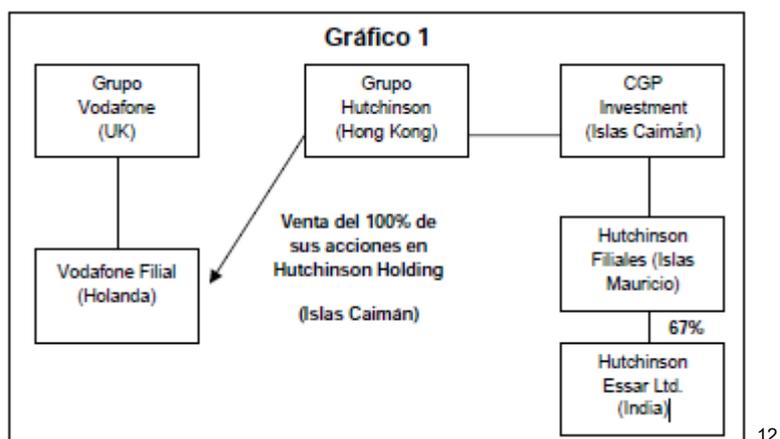
8.3 CASO VODAFONE

Existe una similitud en el origen y características en las normas de venta indirecta entre Chile y otros países. En efecto, al ser considerada como una norma de control, su origen radica en casos considerados elusivos en países como India, Perú, Panamá, Ecuador y República Dominicana, entre otros.

Uno de los casos más bullados y controversiales acaeció el año 2007, en India, conocido como Vodafone, el cual motivó la dictación de normas de venta indirecta en ese país con efecto retroactivo a partir de 1961.

11J. Ríos, E. Maldonado y N. Saavedra. (2011). La historia oculta de la Disputada. 2019, de Caso disputada Sitio web: <http://www.quepasa.cl/articulo/negocios/2011/11/16-6994-9-la-historia-oculta-de-la-disputada.shtml/>

El Grupo Hutchinson vendió las acciones de una sociedad, CGP Investment, ubicada en Islas Caimán y que poseía indirectamente a través de filiales constituidas en Islas Mauricio, el 67% de Hutchinson Essar Ltd, ubicada en India; a Vodafone International Holdings BV, ubicada en Holanda.



El problema radicaba en determinar si la ganancia de capital generada en la venta de las acciones de la filial CGP Investment (Islas Caimán) y obtenida por el Grupo Hutchinson se encontraba gravada por India o no, pues involucraba la venta como activo subyacente de la inversión en sociedad Hutchinson Essar Ltd.(India).

En primera instancia, la Corte superior de Bombay resolvió que la referida ganancia de capital se encontraba gravada en la india, atendiendo al hecho de que se estaban transfiriendo acciones de una sociedad ubicada en India, sin perjuicio que ninguna de las partes implicadas en la operación de venta (la enajenante, la adquirente o la sociedad que era enajenada) se encontraba domiciliada en la india.

12 Fernando Núñez Ciallella y Efraín Rodríguez Alza. (2013). Análisis crítico del régimen de enajenación indirecta de acciones. *ius et veritas*, 47, 281-282.

Dicho pronunciamiento, fue revocado por la Corte suprema la cual resolvió que la india no tenía la potestad tributaria para gravar las referidas rentas.

8.4 LEY N° 19.840¹³: INTRODUCCIÓN DEL HECHO GRAVADO

En noviembre del año 2002, se incorporó por primera vez en Chile el concepto de enajenación indirecta de activos cuyo valor subyacente se encuentra explicado por activos en territorio nacional.

En este sentido, se añadió a la Ley sobre Impuesto a la Renta el siguiente inciso 2° en el Artículo 10 de dicha Ley:

*“Asimismo, **son rentas de fuente chilena las que se originen en la enajenación de acciones o derechos sociales o representativos del capital de una persona jurídica constituida en el extranjero, efectuada a una persona domiciliada, residente o constituida en el país, cuya adquisición le permita, directa o indirectamente, tener participación en la propiedad o en las utilidades de otra sociedad constituida en Chile. En todo caso, no constituirá renta la suma que se obtenga de la enajenación de las acciones o derechos sociales referidos, cuando la participación, que se adquiere directa o indirectamente de la sociedad constituida en Chile, represente un 10% o menos del capital o de las utilidades o se encuentre el adquirente bajo un socio o accionista común con ella que, directa o indirectamente, posea o participe en un 10% o menos del capital o de las utilidades.**”*

¹³ Ley N° 19.840 publicada el 23 de noviembre de 2002

Es decir, se añade como hecho gravado en la legislación nacional las enajenaciones de acciones o derechos sociales de una persona jurídica extranjera efectuada a un domiciliado en Chile.

8.5 LEY N° 20.630¹⁴: AMPLIACIÓN DEL HECHO GRAVADO

Si bien es cierto, el hecho gravado de enajenación indirecta ya se había incorporado hacia el año 2002, el mismo había sido establecido de una manera acotada por el legislador, ya que sólo se gravaban las enajenaciones que un extranjero realizaba a un residente en el país, dejando completamente excluidas en el hecho acaecido a las enajenaciones o transferencias que se realizaban completamente fuera del país.

Dicho de otro modo, la norma seguía con problemas de aplicabilidad plena, ignorando totalmente las enajenaciones que un no domiciliado o residente en Chile realizada a otro no domiciliado o residente en el país.

En consecuencia, en el año 2012 (noviembre) se amplía el hecho gravado sobre las enajenaciones o transferencias indirectas, incluyendo las enajenaciones que un no residente y, en general, son considerados como hecho gravado tres casos:

- a) Cuando un 20% del valor de la enajenación proviene de activos subyacentes en territorio chileno y la enajenación de la entidad extranjera haya sido de al menos un 10% de su propiedad.
- b) Cuando activos subyacentes en Chile tienen un valor (en la proporción que le corresponde directa o indirectamente al enajenante) igual o

¹⁴ Ley 20.630 publicada el 27 de septiembre de 2012

superior a 210.000 unidades tributarias anuales (UTA) y la enajenación de la entidad extranjera haya sido de al menos un 10% de su propiedad.

- c) Cuando los títulos enajenados en el extranjero hayan sido emitidos por uno de los países o jurisdicciones del N° 2 del artículo 41 D de la Ley sobre Impuesto a la Renta, es decir, paraísos fiscales o regímenes fiscales preferenciales nocivos por la Organización de Cooperación y Desarrollo Económico.

En definitiva, el hecho gravado que se modificó no solo incluye venta de títulos desde un no residente o domiciliado en Chile hacia un residente en el país, sino que incluirá toda enajenación de títulos cuyo valor (total o en parte) reside en activos subyacentes ubicados o inscritos en el país.

8.6 Ley N° 20.780¹⁵: RESPONSABILIDAD SOLIDARIA

Como ya se explicó anteriormente, el hecho gravado del Artículo N° 10 de la Ley sobre Impuesto a la Renta se amplió para ser aplicable en las enajenaciones indirectas de activos subyacentes chilenos que efectúen los no residentes o domiciliados en Chile sin importar la residencia del comprador e incorporando más precisiones a la norma, añadiendo también el gravamen sobre enajenaciones indirectas en países de nula o baja tributación sin importar el porcentaje de participación.

Por lo anterior, la Ley N° 20.780 vino a incluir la responsabilidad solidaria del Impuesto, incluyendo para estos efectos, a la empresa que se está enajenando indirectamente como responsable solidaria del impuesto, responsabilidad la cual en caso de que una Holding chilena tenga participación en más empresas del país, recaería en la primera de acuerdo con lo

¹⁵ Ley N° 20.780 publicada el 29 de septiembre de 2014

interpretado por el Servicio de Impuestos Internos en el Oficio N° 2602 del 07.12.2017.

8.7 PROYECTO REFORMA TRIBUTARIA 2018

Con fecha 23 de agosto de 2018, el presidente Sebastián Piñera Echeñique envía a la Cámara de Diputados el proyecto de reforma tributaria, donde uno de sus ejes principales, es la modernización tributaria, la cual busca “una mirada de futuro para un Chile que busca el desarrollo integral, sustentable e inclusivo, con reglas claras y certeras¹⁶”

De esta forma, es necesario destacar que el proyecto de reforma sólo modifica (en lo que a este análisis se refiere) el inciso final del Artículo 58 de la Ley sobre Impuesto a la Renta, eliminando de esta forma, la solidaridad del impuesto. A mayor abundamiento, el proyecto de reforma elimina el siguiente texto del inciso final del Artículo 58 N° 3 de la LIR:

“Con todo, responderá solidariamente sobre las cantidades señaladas, junto con el adquirente de las acciones, la entidad, empresa o sociedad emisora de los activos subyacentes a que se refiere el literal (i) del inciso tercero del artículo 10, o la agencia u otro establecimiento permanente en Chile a que se refiere el literal (ii) de la citada disposición.”

Cabe destacar, que esta modificación si bien es cierto podría generar problemas para que la autoridad fiscal pueda recaudar impuestos, a juicio de los autores, esta modificación se alinea con el mensaje de la reforma en cuanto

¹⁶ Mensaje del S.E. el presidente de la república con el que inicia el proyecto de ley que moderniza la legislación tributaria, Santiago, 23 de agosto de 2018

a generar mayor certeza jurídica para los contribuyentes nacionales, ya que, la solidaridad de la recaudación del impuesto puede afectar principios de justicia y equidad tributaria toda vez que se hace responsable del gravamen a una entidad que puede no tener participación en cuanto a decisión o utilidades sobre una operación que se realiza en otra jurisdicción, donde la capacidad y mecanismos para repercutir contra el sujeto pasivo del gravamen no se aclara dentro de la misma normativa.

9. NORMA LOCAL

9.1 DEFINICIONES

Para efectos de un mejor entendimiento de las materias expuestas en el presente estudio, es necesario definir los siguientes conceptos.

9.2 ENAJENACIÓN INDIRECTA

Para estos efectos, nos referiremos a la definición que genera la OCDE¹⁷, donde define:

Transferencia indirecta: La enajenación de un derecho de participación indirecta en un activo, en su totalidad o en parte

Transferencia indirecta transnacional: Transferencia indirecta en la que el transferente del derecho de participación indirecta es residente de un país diferente del país en el que se encuentra ubicado el activo en cuestión.

9.3 RESIDENCIA

17 <http://documents.worldbank.org/curated/en/322921531421551268/pdf/128321-v1-WP-PUBLIC-11-7-2018-17-9-8-IndirectOffshoreTransfersVENGLISH.pdf>

El Código tributario define residente en el artículo N° 8 n° 8 como “Toda persona natural que permanezca en Chile más de seis meses en un año calendario, o más de seis meses en total, dentro de dos años tributarios consecutivos¹⁸”.

9.4 DOMICILIO

Para estos efectos, entenderemos la definición que nos brinda el código civil en su artículo N° 59; “consiste en la residencia, acompañada, real o presuntivamente, del ánimo de permanecer en ella”. Para efectos de las personas jurídicas, entenderemos el domicilio como el lugar de inscripción de asentamiento de la sociedad¹⁹.

9.5 COSTO TRIBUTARIO Y BASE IMPONIBLE

Para determinar el mayor valor de la operación y en consecuencia la base imponible del hecho gravado en estudio hay que tener presente que la renta gravada será (a elección del enajenante) cualquiera de las letras (a) y (b) del Artículo N° 58 n° 3 de la LIR²⁰.

18 El Servicio de Impuestos Internos sostiene el criterio que estos seis meses deben ser consecutivos, sin embargo, la Ley no menciona la palabra “consecutivos” o alguna similar, por lo cual, destacamos el criterio de la Corte Suprema donde en una casación en el fondo, sentencia respecto que el Art 8 n° 8 del Código tributario utiliza la palabra “Total”, por lo cual la suma de varias partes que computen 6 o más meses dentro de dos años calendarios es suficiente para adquirir residencia (rol N° 1.058-2003)

19 En este sentido, el artículo N° 61 del código civil establece “el domicilio civil es relativo a una parte determinada del territorio del Estado.”

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

Ambos métodos son descritos por los autores con los siguientes esquemas:

$$(a) \quad (PVe - CVe) \times \frac{VCn}{PVe}$$

$$(b) \quad \left[\frac{VCn}{Pve} \times PVe \right] - CT$$

Donde:

- 1- PVe: Precio de venta de los activos en el extranjero
- 2- CVe: Costo de adquisición que el enajenante tiene en los activos enajenados
- 3- CVn: Valor corriente en plaza de los activos subyacentes ubicados en Chile
- 4- CT: Costo tributario de los activos subyacentes en Chile

9.6 TASA

Habiendo ya definido el hecho gravado y la forma de determinar la base imponible, es necesario definir que la tasa de este gravamen es la definida en el Inciso primero del Artículo 58 de la LIR, es decir; 35%.

Adicionalmente, el contribuyente (enajenante extranjero) podrá decidir optativamente tributar según el régimen de tributación “*que habría*

referidas acciones, cuotas, títulos o derechos extranjeros, rebajado el costo tributario de los activos subyacentes situados en Chile del o los dueños extranjeros directos de los mismos y que se adquieren indirectamente con ocasión de la enajenación correspondiente.

correspondido aplicar de haberse enajenado directamente los activos subyacentes situados en Chile²¹

Lo anterior, cobra relevancia del punto de vista que el Artículo N° 17 letra a) párrafo iv) incorpora la posibilidad que el mayor valor pueda tributar con un impuesto único y sustitutivo con tasa de 20%, situación que será analizada posteriormente para evaluar si la actual tasa (35%) podría o no motivar la desviación de beneficios tributarios a jurisdicciones de menor carga tributaria²² o si existe incertidumbre sobre la competitividad de este gravamen²³

10. CONVENIOS PARA EVITAR LA DOBLE TRIBUTACIÓN INTERNACIONAL

La razón principal del surgimiento y utilización de Modelos de Convenio para evitar la doble tributación Internacional²⁴ deriva de razones económicas, pues entre otros efectos, genera problemas en el funcionamiento del mercado; desincentivos a la inversión y trabas al intercambio comercial entre Estados con diferentes tasas tributarias y criterios de gravamen de rentas²⁵.

Los objetivos de los tratados, en términos generales, son los siguientes:

1. Buscar reducir la carga tributaria total.
2. Asignar respectivos derechos de imposición a los estados contratantes.
3. Establecer mecanismos que ayuden a prevenir la erosión fiscal.
4. Establecer mecanismos que ayuden a evitar la doble tributación.

21 Parte pertinente, Inciso final Artículo 58 LIR

22 James R Hines Jr. (1989). Repatriation behavior in 1984: Evidence from micro data. En dividend repatriation by US multinationals(21-26). Cambridge, EEUU: n/a.

23 Zodrow.G.R & Echavarría J.J . (2005,Agosto). Impuestos a las Utilidades e Inversión Extranjera Directa en Colombia. n/a, 37

24 La doble imposición internacional es entendida como la imposición de gravámenes por parte de dos o más Estados sobre los mismos ingresos en una misma persona y en un mismo periodo de tiempo.

25 <http://idibe.org/wp-content/uploads/2013/09/39.-Carlos-Pedrosa.pdf> El instrumento esencial en la fiscalidad internacional: Los Convenios de Doble...Carlos Pedroza.

Los tratados, según la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados de 1969, son reconocidos como fuente del derecho internacional, y como medio para desarrollar la cooperación pacífica entre las naciones, sean cuales fueren sus regímenes constitucionales y sociales.

Estos principios son recogidos para su aplicación por la Convención de Viena en sus Artículos, el que es entendido como un régimen jurídico que regula los actos jurídicos celebrados por los estados en sus relaciones con otros estados y que permite asegurar el cumplimiento de las obligaciones contraídas, así como la estabilidad de las relaciones internacionales.

Resulta de especial relevancia comprender que los CDTI se construyen respetando los principios y observancias universalmente aceptados por el derecho internacional y se rigen por la Convención de Viena. Al respecto, dos Artículos especialmente importantes: el Artículo 26²⁶, 27²⁷ y el 31²⁸, que recogen el principio de buena fe en el cumplimiento de las obligaciones contraídas considerando la primacía del derecho internacional sobre el derecho interno.

11. MODELOS DE CONVENIO

26 “Pacta Sunt Servanda”, señala que todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe.

27 El derecho interno y la observancia de los tratados. “Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46”

28 Principio de carácter jurídico, en el que cada estado contratante está obligado a introducir en su legislación interna las modificaciones necesarias para asegurar la ejecución de los compromisos adquiridos.

En la actualidad existen 3 Modelos principales de Convenios: El Modelo de Convenio de la OCDE²⁹, Modelo de las Naciones Unidas sobre la doble tributación entre países desarrollados y países en desarrollo (ONU) y el Modelo Tipo para evitar la doble tributación entre los países miembros y otros Estados ajenos a la Comunidad Andina³⁰.

Los Modelos de Convenio de la OCDE y de la ONU son los más extendidos entre todos los países. Estos son frecuentemente utilizados como prototipos o guías para redactar los convenios bilaterales para eliminar la doble imposición y prevenir la evasión fiscal entre los Estados.

12. PRINCIPIOS ESCENCIALES DE LOS CONVENIOS Y MARCO JURÍDICO

Entre las características más importantes, podemos nombrar los tres principios esenciales en los que se basan los modelos de Convenio, que son:

- 1) **El Principio de reciprocidad en el intercambio de información y en la asistencia mutua**, el que se basa en la idea de un intercambio de información entre las Administraciones tributarias de los Estados contratantes.
- 2) **El Principio de procedimiento amistoso**: El que establece que cualquier residente en dichos Estados puede instar un acuerdo amistoso interestatal cuando considere que cualquiera de los Estados

29 La ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICOS (sus siglas, "OCDE") es "un foro único en el que las Administraciones trabajan conjuntamente con el fin de afrontar los retos económicos, sociales y medioambientales de la globalización". Así lo define el Modelo de Convenio Tributario sobre la Renta y sobre el Patrimonio, pagina 3, publicado por primera vez en 1992. DAR FORMATO

30 En 1969, cinco países sudamericanos, Bolivia, Colombia, Chile Ecuador y Perú firmaron el Pacto de Cartagena mediante el cual se constituía la Comunidad Andina con el fin de mejorar e incrementar la integración y la cooperación económica y social

contratantes ha adoptado una medida que implique una aplicación indebida del convenio.

- 3) **El Principio de no discriminación:** El que por medio de la firma del convenio o acuerdo bilateral, los Estados *se obligan* a dar un trato análogo a los residentes fiscales en cada uno de los Estados, con independencia de su nacionalidad.

13. CONVENIO OCDE PARA EVITAR LA DOBLE TRIBUTACIÓN INTERNACIONAL

En concreto, la OCDE se ha pronunciado desde 1955 en materias tributarias, con su primera Recomendación relativa a la doble imposición, mediante convenios bilaterales o de medidas unilaterales. Dichos convenios han servido de base para establecer un modelo sobre la renta y sobre el patrimonio³¹ que ofrece los medios para resolver, sobre una base uniforme, los problemas que se plantean con mayor frecuencia en el campo de la doble imposición jurídica. Así las cosas, cuando los países miembros firman nuevos Convenios bilaterales o revisan los existentes, deben ajustarse a este Convenio Modelo, a sus Comentarios y teniendo en cuenta las reservas que comprende. En este contexto, los países miembros³² reconocen la conveniencia de aclarar, normalizar y garantizar la situación fiscal de los contribuyentes que efectúen operaciones comerciales, industriales, financieras o de otra naturaleza en otros

31 El 30 de julio de 1963 el Consejo de la OCDE adoptó una Recomendación sobre la eliminación de la doble imposición y exhortó a los Gobiernos de los países miembros para que siguieran el Proyecto de Convenio cuando concluyeran o revisaran entre ellos convenios bilaterales. Dicho proyecto se convirtió en un Modelo “dinámico” que permite actualizaciones y modificaciones anuales, sin esperar una modificación completa, atendiendo al contexto globalizado y altamente cambiante que regula.

32 Los países miembros de la OCDE a la fecha, son: Alemania, Australia, Austria, Bélgica, Canadá, Chile, Corea, Dinamarca, Eslovenia, España, Estados Unidos, Finlandia, Francia, Grecia, Hungría, Irlanda, Islandia, Italia, Japón, Luxemburgo, México, Noruega, Nueva Zelanda, Países Bajos, Polonia, Portugal, Reino Unido, República Checa, República Eslovaca, Suecia, Suiza y Turquía.

países mediante la aplicación, por todos ellos, de soluciones comunes en idénticos supuestos de doble imposición. En efecto, la existencia del Convenio Modelo ha jugado un papel fundamental para facilitar las negociaciones bilaterales entre los países miembros y hecho posible la armonización de sus convenios bilaterales en beneficio de los contribuyentes y de las administraciones nacionales.

14. ESTRUCTURA Y CRITERIOS DE LOS CONVENIOS OCDE PARA PARA SU INTERPRETACIÓN Y APLICACIÓN

El Convenio OCDE establece criterios para determinar la potestad tributaria de los estados contratantes: el criterio de imposición en el estado de la fuente o residencia respecto de las diferentes categorías de renta (tratados en los artículos 1 al 21) y de patrimonio (artículo 22). A su vez, para determinados elementos de renta y de patrimonio se puede atribuir un derecho exclusivo de imposición a uno de los Estados contratantes que puede ser al Estado de Fuente o Residencia³³. En este caso, uno de los estados contratantes no puede gravar las rentas afectas en el otro estado. Por otro lado, cuando el derecho no es exclusivo, se limita la cuantía del impuesto exigible al estado de la fuente, el que puede ser pleno o limitado. Luego el Estado de residencia deberá permitir una desgravación con el fin de evitar la doble imposición; esta es la finalidad de los artículos 23A) y 23B). El Convenio deja a los Estados contratantes la elección entre dos métodos de desgravación, el de exención y el de imputación o crédito.³⁴

33 En general, este derecho exclusivo de imposición se otorga al Estado de residencia.

34 Imposición de la renta y del patrimonio.

<http://www.globbal.co/wp-content/uploads/2018/04/Modelo-de-CDI-OCDE-versi%C3%B3n-abreviada.pdf> . Página 14. DARLE FORMATO APA

15. GANANCIAS DE CAPITAL CONTENIDAS EN EL ARTÍCULO 13 DEL CONVENIO OCDE

Atendiendo los criterios de potestad tributaria mencionados y respecto a las ganancias de capital derivadas de rentas y patrimonio reguladas en el Artículo 13, el modelo de Convenio OCDE señala, de manera genérica, que pueden gravarse sin ninguna limitación en el Estado de la fuente o residencia.

Respecto al artículo en comento, establece, en su párrafo IV que:

“Las ganancias obtenidas por un residente de un Estado contratante por la enajenación de acciones o de intereses comparables, tales como intereses en una sociedad o fideicomiso, pueden someterse a imposición en el otro estado contratante si, en cualquier momento durante los 365 días anteriores a la enajenación, estas acciones o intereses comparables derivaban más del 50 por ciento de su valor directa o indirectamente de bienes inmuebles, tal como se define en el artículo 6, situados en ese otro estado.”

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

Como vemos, el párrafo IV del artículo 13 del Modelo OCDE se refiere exclusivamente a la enajenación indirecta de propiedad inmobiliaria, dejando de gravar las rentas obtenidas por la enajenación de acciones u otros derechos corporativos en sus compañías. Lo anterior, se condice con la postura histórica de nuestro país, que producto de su economía basada en la extracción de sus recursos naturales, mantiene una tendencia en su legislación tributaria interna que conlleva cada vez se amplíe más la tributación por transferencia indirecta de activos chilenos.

16. TRANSFERENCIA INDIRECTA EN LOS CDTI FIRMADOS POR CHILE

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

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

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

Una norma similar a la anterior corresponde a la establecida en el Convenio suscrito con Argentina, cuya diferencia radica en que se incorpora específicamente al artículo 13, el párrafo 5 sobre Enajenación Indirecta.³⁵

Otra parte de los convenios internacionales suscritos por Chile y que se encuentran vigentes, entre los que se encuentran China, Dinamarca, Ecuador, Malasia, Noruega, Paraguay, Perú, Polonia, Rusia, República Checa, Sudáfrica y Tailandia, contienen una norma similar a la anterior, de acuerdo a la cual, se reconoce el derecho al país de la fuente para gravar las rentas provenientes de la enajenación indirecta tanto de la propiedad inmobiliaria como la obtenida por la enajenación de títulos u otros derechos representativos del capital de una sociedad situada en Chile, sin límites.

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

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

Entre los anteriores se encuentra el Convenio entre Chile y República Checa, que regula la enajenación indirecta de derechos en una sociedad, sin limitación.³⁶

Mención aparte merece, en este grupo de Convenios, los suscritos entre Chile y Ecuador o Perú, cuyos párrafos 4 y 5 del artículo 13³⁷, en los que se verifica que no incorporan -en ningún caso- la enajenación indirecta de activos subyacentes, lo que no deja de llamar la atención, teniendo presente que ambos países sí la contienen en su norma interna. En definitiva, si se transfieren acciones en una sociedad domiciliada en Perú, cuyo activo principal corresponda a un bien inmueble situado en Chile, habría que analizar si podría aplicar esta norma del artículo 13 de los Convenios, o bien, regiría la norma residual contenida en el artículo 21 de los mismos, que se refiere a “otras rentas”, debido a que la norma no hace referencia a las rentas obtenidas por la enajenación indirecta.

36 El que señala que: “Las ganancias que un residente de un Estado Contratante obtenga de la enajenación directa o indirecta de acciones, intereses similares u otros derechos en una sociedad residente del otro Estado Contratante pueden someterse a imposición en ese otro Estado.”

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

37 Artículo 13. Ganancias de capital: Las ganancias que un residente de un Estado Contratante obtenga por la enajenación de títulos u otros derechos representativos del capital de una sociedad o de cualquier otro tipo de instrumento financiero situados en el otro Estado Contratante pueden someterse a imposición en ese otro Estado Contratante.

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

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

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

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

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

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

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

La excepción a lo anterior, la constituiría la transferencia indirecta de bienes inmuebles, según el cual, el país que tendrá la potestad para gravar la renta corresponderá al país de la fuente. En este caso, si más del 50% del valor patrimonial de la transferencia representa bienes inmuebles situados en el otro país, dará derecho a ese otro país a gravar dicha transferencia, sin limitación. Excepcionalmente también el país de la fuente podrá gravar las rentas en caso de transferencia de derechos sociales o acciones, con un tope.

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

Ahora bien, lo que llama la atención de estos cuatro convenios que mantienen la aplicación de la norma sobre Enajenación Indirecta, es que tres de ellos fueron firmados con anterioridad a la incorporación de la Ley N°19.840, y solo uno de ellos fue firmado en el año 2003, de lo que podríamos concluir que la aplicación de la norma en el caso de los CDTI no ha sido una prioridad para el gobierno.

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

En definitiva, la idea que prima en los CDTI suscritos por Chile respecto de la legitimación que tiene el país de la fuente para gravar el mayor valor, se

refiere en mayor medida a la propiedad inmobiliaria, en menor grado a las participaciones sociales, y solo en 4 casos respecto de cualquier activo subyacente.

17. CASO COMPARATIVO: DEVOLUCIÓN DE CAPITAL PARA EVITAR VENTA INDIRECTA

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

Este caso particular no contemplado en la normativa local y difícil de fiscalizar, por cierto, considerando que los procesos de reorganización se realizan fuera de Chile, suponen un esfuerzo por parte del Estado para primero, evaluar si debiera ser considerado parte de la norma como venta indirecta cuando se verifiquen ciertos requisitos de traspaso de activos y por otro lado, el control del ente fiscalizador que esto conlleva.

18. NECESARIEDAD DE REPOSICIÓN DE IMPUESTO ÚNICO

Para analizar si es necesaria la inclusión o no de una norma especial para la tributación de las ganancias de capital, en particular sobre la enajenación indirecta a la cual se refiere este documento, nos enfocaremos en analizar tres posiciones:

- a. Principios de la reforma tributaria: Hay que tener presente que todo proyecto de reforma legislativa se encuentra inmerso en posiciones políticas e intenciones del ejecutivo, por lo cual, para este punto abordaremos si el mensaje de reforma tributaria o intención del legislativo es congruente con este régimen especial
- b. Comparativo regional: Analizaremos las legislaciones comparadas de países seleccionados de América del Sur con el fin de esclarecer si el hecho gravado en cuestión se encuentra legislado o no en este grupo de países y adicionalmente se mostrará, en caso de aplicar, la alícuota que aplique para este caso en particular.
- c. Factores de competitividad: Finalmente, si bien es cierto los principios de la reforma tributaria y el estudio de legislación comparada puede dar indicios sobre si el régimen de tributación de excepción es o no congruente, los autores consideran que Chile se ha posicionado como un país robusto para el ingreso de inversión al territorio nacional, por lo cual, los factores de competitividad adquieren vital relevancia para el presente análisis.

18.1 PRINCIPIOS REFORMA TRIBUTARIA

Para poder evaluar la necesidad o no de una tasa diferenciada para el hecho gravado en análisis, es necesario analizar la propia intención del proyecto de ley, donde el mensaje presidencial del proyecto de reforma tributaria, incorpora el factor de **competitividad de los tributos** como uno de los cinco principios rectores de la modificación legal, iniciando el discurso como sigue: “Es esencial que nuestro sistema tributario genere las bases para que los inversionistas apuesten por nuestro país, por sus reglas del juego claras, estables, en definitiva, para desarrollar nuevos proyecto”.

Por lo anterior, vemos coherente la reposición del impuesto único como una tasa rebajada para la tributación de las ganancias de capital en las ventas indirectas consignadas en el artículo N° 10 de la Ley sobre Impuesto a la Renta.

Lo anterior, guarda consistencia con la agenda Pro Crecimiento que se ha dado en el país, donde incluso para el año 2003, el Servicio de Impuestos Internos afirmaba que es positivo mitigar la tributación de los inversores que decidan invertir “en” o “a través” de Chile³⁸.

18.2 TRIBUTACIÓN COMPARADA: PANORAMA REGIONAL

Por otro lado, cuando se analiza la tributación de las ganancias de capital los autores consideran relevante analizar el panorama regional (américa del sur) respecto de la existencia o no del hecho gravado especial sobre la enajenación indirecta, de la tasa de gravamen que se aplica respecto de las

38 Servicio de Impuestos Internos. (2003). Bajando las Barreras Tributarias para Promover las Inversiones desde y hacia Chile . 2019, de Servicio de Impuestos Internos Sitio web: <http://www.sii.cl/pagina/actualizada/noticias/2003/090103noti01aa.htm>

ganancias de capital y si las legislaciones contemplan o no una tasa rebajada respecto de estos beneficios.

Al respecto, cabe señalar que si bien es cierto la política nacional tiene la potestad tributaria para establecer las tasas de impuesto a conveniencia, estas no pueden estar exentas de un análisis internacional, puesto que los tributos nacionales inciden directamente en la competitividad económica del país en cuanto a la recepción de inversión extranjera, lo cual en el caso de Chile se ha visto afectado tras los consecutivos aumentos de impuesto corporativo de las modificaciones tributarias que se han dado en la última década, generando de esta forma un riesgo respecto de la competitividad internacional³⁹.

Sumado a lo anterior, la tributación de la enajenación indirecta de títulos representativos de capital debe ser analizada respecto de si el país foráneo ha reclamado potestad tributaria sobre la fuente de la renta y, en caso de aplicarlo el gravamen a la transacción.

En consecuencia, es necesario analizar la tributación sobre este tipo de ganancias de capital en otras legislaciones, por lo cual, y teniendo en consideración el panorama de América del Sur, se propone dar un énfasis en los países con mayor nivel de inversión directa pasiva y activa en Chile, destacando entre estos para efectos comparativos la legislación de Argentina, Colombia, Perú, Uruguay y Brasil⁴⁰.

Para Brasil, el impuesto establecido a las ganancias de capital de inversores no residentes en el país tiene cuotas progresivas, siendo la tasa

39 Ricardo Raineri. (2018). ¡Los impuestos corporativos nos dejan fuera del juego!. 2018, de Impuestos Sitio web: <https://claseejecutiva.emol.com/articulos/ricardo-raineri/los-impuestos-corporativos/>

40 En Anexo N° 3 se muestra la selección de países.

más alta aplicable un 22,5% sobre la ganancia que supere los 30 millones de reales⁴¹.

Argentina, por otro lado, incorporó a través de la Ley N° 27.430 (del 29.12.2017) el hecho gravado especial sobre las enajenaciones indirectas (Artículo N° 13 Ley sobre Impuesto a las Ganancias), incorporando para este gravamen una tasa que fluctúa entre 15 y 13,5% (dependiendo si se tributa bajo ganancia neta real o ganancia neta presunta).

Perú, como parte del análisis, norma en su Ley de Impuesto a la Renta en su Artículo N° 10 la tributación de las enajenaciones indirectas, las cuales vale destacar, tributarán con una tasa especial del 30% según lo normado en el Artículo 54 letra d) del mismo cuerpo legal.

Uruguay, a través del Decreto sobre el Impuesto a las Rentas de las Actividades Económicas (IRAE) en su artículo 3 bis, también incorpora como de fuente uruguaya las enajenaciones indirectas, para lo cual establece un gravamen ascendente a 25% para los contribuyentes no domiciliados ni residentes en Chile según la tributación para los no domiciliados ni residentes en el país (IRNR por sus siglas utilizadas en Uruguay).

Finalmente, Colombia también introdujo en su legislación la tributación sobre la enajenación indirecta de activos en Colombia, normando de esta forma en el artículo 90-3 del Estatuto Tributario⁴² el tributo aplicable a la enajenación indirecta de acciones en sociedades, derechos o activos ubicados en territorio colombiano, estableciendo para estos casos, un gravamen ascendente al 35%⁴³.

41 Instrucción Normativa N° 1732 de 2017 publicada en el Diario Oficial de la Unión, introduciendo cambios a la Instrucción Normativa N° 1455 de 2014.

42 Adicionado por el artículo N° 54 de la Ley 1943 de 2018 de Colombia

43 Artículo N° 277 Estatuto Tributario de Colombia

18.3 COMPETITIVIDAD

Como se adelantó anteriormente, si bien es cierto Chile hace una década contaba con una tasa de Impuesto Corporativo de 17%⁴⁴ y el hecho gravado sobre las ventas indirectas no se encontraba perfeccionado, hoy en día nos encontramos en un escenario diferente, por un lado la tasa de Impuesto de Primera Categoría asciende a un 27% y por otro, el hecho gravado especial en comento se ha perfeccionado como se ha indicado en apartados anteriores.

18.4 BARRERAS DE ENTRADA Y SALIDA

Si bien es cierto, al iniciar un proyecto de inversión es común ponderar de manera minuciosa las barreras de entrada de una legislación determinada respecto de los costos impositivos, así como también las regulaciones específicas de cada rubro, igual de importante son las barreras de salir, sobre todo en economías globalizadas donde los flujos de inversión pueden viajar entre múltiples países antes de llegar a territorio nacional.

En este contexto, se considera relevante destacar que las barreras de entrada y salida a nivel de regulaciones específicas del rubro⁴⁵, pueden mermar el retorno de la inversión en un proyecto determinado, también pueden incidir los impuestos de salida, lo anterior ya que encarece la decisión de vender un determinado negocio o sección del mismo, lo anterior es relevante, ya que *“Las barreras para salir igualmente no deben ser excesivas, para permitir que las firmas salgan de los mercados cuando no pueden operar de manera efectiva. De la misma*

44 Desde 2004 a 2010 la tasa de Impuesto de Primera Categoría ascendió a 17%

45 Stephen L. Parente y Edward C. Prescott. . (1999). 7. En Barriers to Riches(67-72). University of Lausanne: Third Walras-Pareto Lecture.

manera, por ejemplo, se debe evitar que los consumidores estén capturados y enfrenten altos costos de salida al cambiar de proveedor de un servicio⁴⁶.

18.5 LEGISLACIÓN COMPARADA: PANORAMA OCDE

Anteriormente, dentro del análisis los autores se enfocaron en la legislación comparada de países de similares características a Chile en una región compartida como lo es América del Sur, sin embargo, es necesario estudiar también las legislaciones de otras regiones, en particular, de los países que teniendo un stock de inversión más significativo en Chile, tienen una posición relevante a nivel del PIB Bruto en la OCDE.

En este contexto, en el anexo N° 4 del presente documento, se muestran los países con mayor stock de inversión pasiva en Chile, es decir, no quienes son competencia de Chile a nivel de recepción de inversión, sino que los países que se encuentran invirtiendo de manera activa y pasiva en el cono sur de nuestro continente.

De este modo, podemos ver como Estados Unidos, país N° 1 en PIB bruto de la OCDE y también el mayor inversor pasivo en Chile considera una tasa de impuesto corporativo equivalente a la tasa de impuesto en el caso de las ganancias de capital (21%), misma situación la comparten Países Bajos con una tasa del 25%

Por otro lado, Canadá presenta una tasa corporativa de 38%, disminuyendo el gravamen en las ganancias de capital a un 50%, es decir 19%,

46 Ricardo Raineri. (2019). ¡No olvidemos el desarrollo de mercados más competitivos!. 2019, de El Mercurio Sitio web: <https://claseejecutiva.emol.com/articulos/ricardo-raineri/no-olvidemos-el-desarrollo-de-mercados-mas-competitivos/>

España cuenta con una tasa general de 25%, gravando de una manera reducida las ganancias de capital con una tasa del 19%, y finalmente, Brasil que como ya se mencionó anteriormente, cuenta con una tasa 2,5% puntos reducida entre el impuesto corporativo al impuesto a la ganancia de capital.

19. CONCLUSIÓN HIPÓTESIS: NECESARIEDAD DE LA REPOSICIÓN DEL IMPUESTO ÚNICO

Teniendo en consideración el estudio realizado de la legislación comparada regional e internacional, y los factores de competitividad que atañen al presente documento, es que los autores si bien es cierto no se refieren a una tasa óptima relativa al gravamen sobre las enajenaciones indirectas, si consideran necesario el debate y la inclusión de una tasa diferenciada para las ganancias de capital, en particular sobre las rentas provenientes del hecho gravado especial del Artículo N° 10 inciso 2, lo anterior con el fin de establecer consecuencia con el mensaje presidencial sobre la reforma tributaria publicado el año 2018, potenciar los factores competitivos del territorio nacional que permitan potenciar la inversión en terreno nacional y en definitiva, seguir siendo considerado un país atractivo del punto de vista de atracción de la inversión para países que incluso dentro de sus legislaciones consideran tasas corporativas y de ganancia de capital reducidas.

20. BIBLIOGRAFÍA

FMI, OCDE, ONU, GMB. (n/a). Tributación de las transferencias indirectas transnacionales – Una guía práctica. 2018, Diciembre, de FMI, OCDE, ONU, GMB Sitio web: <https://www.imf.org/~media/Files/News/press-release/pr17308s.ashx>

OECD (2013), Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting, OECD Publishing. (Cita textual)

Zodrow.G. R & Echavarría J.J. (2005, agosto). Impuestos a las Utilidades e Inversión Extranjera Directa en Colombia. n/a, 37.

Gravelle J.G. (2017, Julio 24). Base Erosion and Profit Shifting (BEPS): OECD Tax Proposals. Congressional Research Service, R44900, 30.

Jiménez A.M & Calderón M.J. (2014). *El Plan de Acción de la OCDE para eliminar la erosión de bases imponibles y el traslado de beneficios a otras jurisdicciones ("BEPS"): ¿el final, el principio del final o el final del principio?* El Derecho, 16.

Fernando Núñez Ciallella y Efraín Rodríguez Alza. (2013). *Análisis crítico del régimen de enajenación indirecta de acciones.* ius et veritas, 47, 281-282.

J. Ríos, E. Maldonado y N. Saavedra. (2011). La historia oculta de la Disputada. 2019, de Caso disputada Sitio web: <http://www.quepasa.cl/articulo/negocios/2011/11/16-6994-9-la-historia-oculta-de-la-disputada.shtml/>

Sepúlveda Correa, Héctor (2001): “El impuesto adicional de la ley de la renta”, Manual de consultas tributarias Año XXIV N° 28 (Santiago, Lexisnexus)

Mensaje del S.E. el presidente de la república con el que inicia el proyecto de ley que moderniza la legislación tributaria, Santiago, 23 de agosto de 2018

Decreto N° 374, de 1934, sobre el Código de Derecho Internacional Privado, del Ministerio de Relaciones Exteriores, DE 10 DE ABRIL DE 1934. Diario Oficial, 25 de abril de 1934.

Vargas Carreño, Edmundo (2012): Derecho internacional público de acuerdo a las normas y prácticas que rigen en el Siglo XXI (Santiago Editorial Jurídica de Chile).

Vergara Quezada, Gonzalo (2016): Factores de Conexión en el Impuesto Adicional (Revista Centro de Estudios Tributarios, Universidad de Chile)

Ricardo Raineri. (2018). ¡Los impuestos corporativos nos dejan fuera del juego!. 2018, de Impuestos Sitio web: <https://claseejecutiva.emol.com/articulos/ricardo-raineri/los-impuestos-corporativos/>

Stephen L. Parente y Edward C. Prescott. (1999). Barriers to Riches. University of Lausanne: Third Walras-Pareto Lecture.

Ley N° 19.840 publicada el 13 de noviembre de 2012

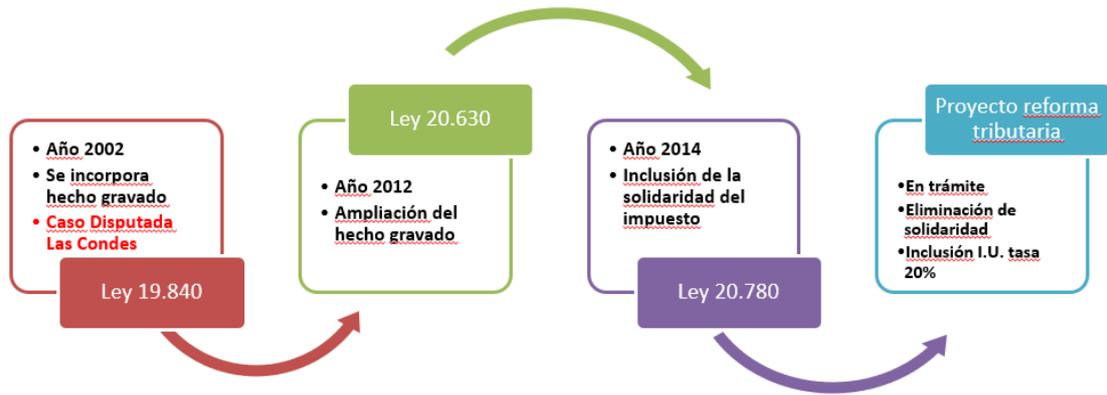
Ley N° 20.630 publicada el 24 de septiembre de 2012

Ley N° 20.780 publicada el 26 de septiembre de 2014

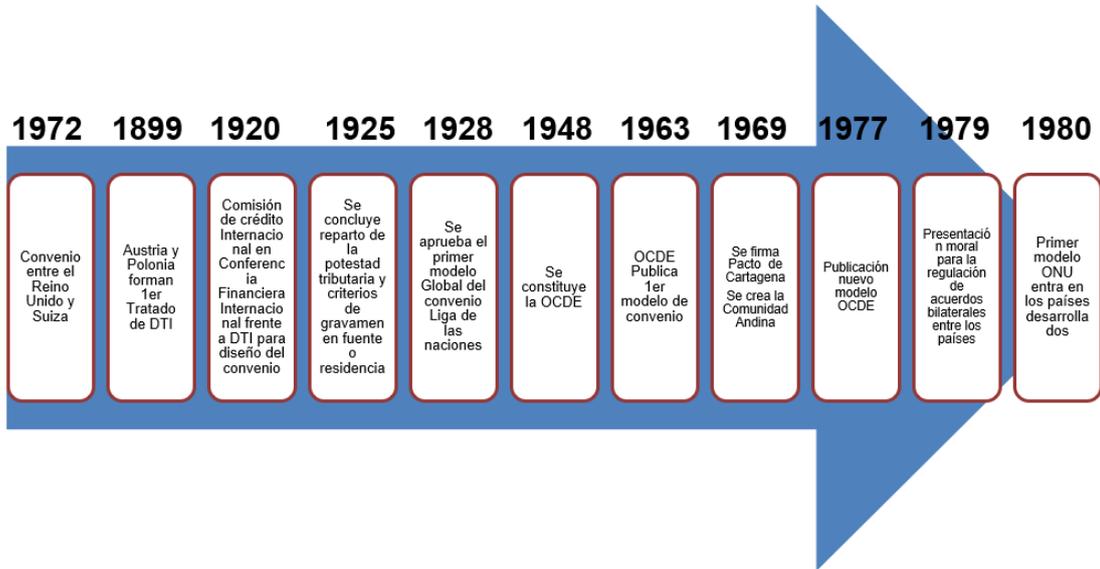
Circular del Servicio de Impuestos Internos N° 14 del 7 de marzo de 2014

23. ANEXOS

1- Línea de tiempo nacional



2- Línea de tiempo internacional



3- Selección de países con inversión directa pasiva y activa

De acuerdo al último informe estadístico del Banco Central⁴⁷, respecto a las inversiones extranjeras directas efectuadas en Chile durante el año 2017 (criterio de stock de inversión directa pasiva⁴⁸), los sectores receptores de mayor inversión en Chile son los Servicios Financieros, con USD MM \$ 5.308.-; el Comercio, con USD MM \$ 1.247.- y la Industria Manufacturera, con USD MM \$ 1.247.-

Considerando este criterio y las bases estadísticas presentadas por el Banco Central y el Comité de Inversiones Extranjeras del Gobierno de Chile, hemos seleccionado los países con mayor inversión directa pasiva en Chile durante el año 2017, con el fin de analizar y cuantificar los efectos tributarios de la aplicación de los CDTI vigentes respecto de la norma local a través de casos comparativos en la enajenación indirecta de acciones o derechos sociales.

47 La compilación de la inversión extranjera directa en Chile se basa en dos fuentes principales, que son el Capítulo XIV y el Decreto Ley 600, administrados por el Banco Central y el Comité de Inversiones Extranjeras, respectivamente. Este documento tiene como propósito describir sus características, así como explicar la conciliación y trayectoria de las cifras de ambas instituciones para efectos de compilar la balanza de pagos chilena, según las orientaciones del Manual del Fondo Monetario Internacional.
<https://si3.bcentral.cl/estadisticas/Principal1/Estudios/SE/BDP/ied.html>
<https://si3.bcentral.cl/estadisticas/Principal1/Estudios/SE/BDP/see109.pdf>

48 IED Pasiva. El criterio activo/pasivo corresponde al método tradicional de presentación de la información (Manual de Balanza de Pagos del FMI versión 6, MBP6). En los activos, se consideran las inversiones de residentes chilenos en empresas receptoras ubicadas en el exterior. En los pasivos con el exterior, se consideran las inversiones de entidades no residentes (matriz u otras empresas relacionadas con ella) en entidades receptoras residentes en Chile. Asimismo, los totales indicados por año corresponden a los publicados en la Cuenta Financiera y la Posición de Inversión Internacional. La información con la que se han realizado los cálculos está actualizada al 31 de octubre de 2018. La información se basa en reportes de empresas enviados al Banco Central de Chile. En los pasivos, los datos provienen de la encuesta anual de Inversión Extranjera Directa en Chile levantada por el Banco Central de Chile. La información de transacciones y stocks es revisada, depurada e imputada estadísticamente para mejorar la coherencia y cobertura de la muestra. En tanto, la línea no asignados incluye la diferencia entre el total de flujos (o stocks) de la cuenta financiera (o PII) a nivel agregado y la información distribuida por sector.

País	Flujos de Inversión Directa Activa (USD MM)	Flujos de Inversión Directa Pasiva (USD MM)	CDT I	Impuesto Corporativo	Ganancia de capital (Venta Indirecta)	Posición OCDE
Italia	Sin datos	4.738,79	Sí	0,24	13,95% (*)	6
Reino Unido	45,66	2.260,39	Sí	0,19	19% (**)	4
Islas Vírgenes Británicas	-30,738	1.893,65	No	0	0	N/A
Brasil	1.382,65	1.105,29	Sí	25% (***)	Hasta 22,5%	N/A
Colombia	838,514	569,824	Sí	0,33	0,35	N/A
Suiza	615,404	405,85	Sí	0,085	N/A	14
Perú	871,341	-0,542	Sí	0,295	0,3	N/A
Uruguay	594,811	-12,904	Sí	0,25	0,25	N/A
Argentina	1.043,12	-307,9	Sí	0,3	0,3	N/A

(*) Tasa efectiva

(**) Se exige si son enajenaciones de participaciones significativas

(***) 15% para ganancias fiscales inferiores a USD 73.000 aproximadamente

Fuente: Elaboración propia con datos obtenidos de banco central, sitio web www.sii.cl, EY Tax Guide 2018 y legislación interna de cada país.

4- Selección de países con inversión directa pasiva y activa

País	Stock Inversión pasiva	Impuesto Corporativo	Ganancia de capital (Venta Indirecta)	Posición OCDE / PIB
EEUU	32.266	0,21	0,21	1
Canadá	26.961	38% (*)	0,19	7
España	22.281	0,25	0,19	10
Países Bajos	17.931	0,25	0,25	12
Brasil	10.038	25% (**)	Hasta 22,5%	N/A

(*) Tasa puede ser reducida por estados

(**) 15% para ganancias fiscales inferiores a USD 73.000 aproximadamente

Fuente: Elaboración propia con datos obtenidos de datosmacro.expansion.com