

UNIVERSIDAD DE VALPARAÍSO
FACULTAD DE CIENCIAS ECONÓMICAS Y ADMINISTRATIVAS
ESCUELA DE AUDITORIA

**ANÁLISIS DEL EFECTO DE LAS NUEVAS NORMAS SOBRE
EXCESO DE ENDEUDAMIENTO EN LA CARGA TRIBUTARIA DE
LAS EMPRESAS CHILENAS RELACIONADAS CON LOS
INVERSIONISTAS EXTRANJEROS.**

**TESIS PARA OPTAR AL TÍTULO DE CONTADOR PÚBLICO AUDITOR Y AL
GRADO DE LICENCIADO EN SISTEMAS DE INFORMACIÓN FINANCIERA Y
CONTROL DE GESTIÓN.**

ALUMNOS: CARMEN SALINAS, FERNANDO MEJÍAS
PROFESORA GUÍA: XIMENA NIÑO.

VALPARAÍSO, 2004

INDICE

CONTENIDOS	Nº PÁGINA
<u>RESUMEN</u>	3
<u>MARCO TEORICO</u>	4
I. <u>Sistema Tributario Chileno</u>	4
II. <u>Tributación de los intereses con el impuesto adicional</u>	16
III. <u>Modificación contenida en la ley 19738</u>	17
IV. <u>Modificación contenida en la ley 19879</u>	24
V. <u>Principios de la inversión extranjera</u>	26
<u>PROBLEMA</u>	42
<u>OBJETIVOS GENERALES</u>	44
<u>OBJETIVOS ESPECIFICOS</u>	44
<u>METODOLOGIA</u>	45
<u>RESULTADOS Y DISCUSION</u>	46
I. <u>Leyes relacionadas con el exceso del endeudamiento</u>	46
II. <u>Pronunciamientos del servicio respecto al Tema</u>	60
III. <u>Posibles efectos de las modificaciones en las Empresas Chilenas</u>	75
IV. <u>Conclusiones Generales de la Tesis</u>	84
<u>BIBLIOGRAFIA</u>	86
<u>GLOSARIO</u>	88
<u>ANEXO I</u>	90
<u>ANEXO II</u>	94
<u>ANEXO III</u>	97

RESUMEN

Con la reforma tributaria del año 2001, nace una serie de modificaciones al artículo 59 de la ley de la Renta en su parte correspondiente a la regulación de endeudamiento con el exterior, tendiente a disminuir la elusión producida al financiar las empresas matrices extranjeras a sus filiales con préstamos en vez de capital.

Con esta nueva forma de tributación y una reciente modificación, el contribuyente se enfrenta a una serie de dudas de interpretación e implementación ante un posible endeudamiento relacionado con el exterior. En el presente estudio se analizará y comparará la normativa tributaria para lograr el entendimiento de ella, y mediante casos hipotéticos proponer modalidades de aplicación. También se hará alusión a la interpretación que hasta el momento ha emitido el organismo competente.

Al término del análisis se concluye que la normativa es compleja y que se modifica para contrarrestar sus efectos negativos, que si bien permite resguardar el interés estatal también puede desincentivar al inversionista pudiendo incluso influirlo negativamente al momento de decidir si invertir o no en nuestro país.

MARCO TEÓRICO

I. SISTEMA TRIBUTARIO CHILENO.

Definiciones:

Sistema tributario corresponde al conjunto racional y armónico de los tributos vigentes en un estado, en una época determinada.

Entre los requisitos de un sistema tributario racional, cabe mencionar los siguientes:

- Neutralidad: El sistema tributario no debe incidir negativamente en la asignación de los recursos por los agentes económicos.
- Equidad: La carga tributaria que se impone al contribuyente no debe ser gravosa, sino justa y necesaria.
- Simplicidad: Los distintos tributos que conforman el sistema deben ser simples, es decir, no complejos.
- Eficiencia: se deben emplear los mínimos recursos para obtener la máxima recaudación.
- Suficiencia: La recaudación tributaria debe ser suficiente para financiar las diversas actividades estatales.(Vergara, Samuel, 2002)

Tenemos que en todo sistema tributario nos encontramos con dos ámbitos que son fundamentales.

- La creación de los tributos: En Chile se realiza mediante ley, es decir, el poder tributario de estado es de carácter legal, toda vez que la ley es la causa inmediata de la obligación tributaria.
- La administración y fiscalización de los tributos: Aquí nos encontramos con normas formales o adjetivas, que algunos llaman derecho tributario General. La administración y fiscalización de los tributos en nuestro ordenamiento jurídico, está entregado al Servicio de Impuestos Internos, en adelante “El Servicio”, el cual cuenta con variadas atribuciones para poder llevar a cabo su labor (Rivas, Norberto, 2000). El artículo 6 del Código tributario señala que corresponde al Servicio el ejercicio de las atribuciones que le confiere su estatuto orgánico, el código tributario , las leyes y en especial, la aplicación y fiscalización administrativa de las disposiciones tributarias.(Vergara, Samuel, 2002)

Los tributos pueden ser clasificados en Impuestos, Tasas y Contribuciones especiales.

- **Impuesto:** Es toda prestación obligatoria que exige el estado en ejercicio de su potestad tributaria, en virtud de ley, sin que se obligue a una contraprestación respecto del contribuyente.
- **Tasa:** Es toda prestación obligatoria exigida por el estado, en virtud de una ley, en ejercicio de su potestad tributaria, como contraprestación de un servicio o una actividad estatal que beneficia particularmente al contribuyente, para cubrir todo o parte de los costos de dicha prestación estatal.
- **Contribución especial:** Es toda prestación obligatoria que el estado exige al contribuyente en el ejercicio de su potestad tributaria, en virtud de ley, por beneficios individuales o grupos sociales, derivados de la realización de obras, gastos públicos o especiales actividades estatales. (Vergara, Samuel, 2002)

El Sistema Tributario Chileno y en particular el impuesto a la renta, contiene normas que incentivan al ahorro e inversión en las empresas, ayudando al crecimiento y desarrollo económico del país. La reforma tributaria que cambió la forma como se pagan los impuestos a la renta en Chile, nace en el año 1984, período que se caracterizó por altos índices de cesantía, bajos niveles de ahorro e inversión y quiebras masivas de empresas. Este sistema de incentivo se traduce en instaurar un impuesto a la renta aplicado en dos fases, la primera, por la vía de la aplicación de un impuesto a la renta denominado Impuesto de Primera Categoría que afecta a las utilidades devengadas por las empresas, las cuales se gravan con una tasa del 17%, la segunda, por la aplicación del impuesto a la renta a nivel de los propietarios de las empresas, los cuales se afectarán con un impuesto denominado Impuesto Global Complementario, si el dueño es una persona natural con domicilio y residencia en Chile y se grava sobre las rentas percibidas, este es un impuesto progresivo con tasas que van desde un 0% hasta un 45% . Al comparar estas tasas con el sistema que estaba vigente hasta el 31 de diciembre de 1983, se puede apreciar que la carga tributaria disminuye de manera importante, si los propietarios deciden no retirar las utilidades que se van generando en sus empresas. Se presume que las utilidades se destinarán al crecimiento de las empresas, a absorber mayor cantidad de mano de obra, a la renovación de tecnologías, etc. Además el sistema tributario vigente al 31 de diciembre de 1983 obligaba al pago del impuesto, tanto para la empresa como sus propietarios, a base devengada lo que significaba un pago anual de impuesto de aproximadamente la mitad de las utilidades obtenidas.

Es evidente entonces, que existe un ámbito de decisión respecto del cuando y por cuanto el contribuyente propietario de empresas se quiere afectar con el Impuesto Global Complementario o el Impuesto Adicional, si se trata de dueños o inversionistas extranjeros,

sin domicilio ni residencia en Chile, quienes están obligados a pagar un 17% de impuestos sobre sus utilidades devengadas, respecto al impuesto del segundo nivel que los afecta, el Impuesto Adicional, rige con tasa 35%, pero aplicable sólo si existen remesas al exterior. Además, se debe tener presente que el inversionista extranjero se puede acoger a la normativa especial del DL. N° 600 sobre inversión extranjera, con otros beneficios adicionales.

Otra característica relevante de estos niveles de tributación es que el impuesto del primer nivel, el Impuesto de Primera Categoría, es un crédito respecto de los impuestos del segundo nivel, por lo cual se considera al Impuesto de Primera Categoría un anticipo de los impuestos del segundo nivel. Entre estos impuestos, el más importante es el Impuesto de Primera Categoría que grava las rentas del capital en los distintos sectores económicos con una tasa única del 17%. Opera sobre la base de utilidades devengadas en el caso de las empresas que tributan de acuerdo a su renta efectiva. La excepción la constituyen los pequeños y medianos contribuyentes de los sectores agrícola, minero y transporte, que tributan en base a renta presunta, en la cual el legislador se desatiende de la utilidad real, llegando a presumirla.

A objeto de facilitar el pago de impuesto de la empresa se contempla un sistema de pagos a cuenta del Impuesto de Primera Categoría dividido en dos:

- Pagos provisionales obligatorios: Estos corresponden a los pagos obligatorios que se deben realizar a cuenta del Impuesto anual de Primera Categoría, se estructura a base de una tasa fija anual, aplicada sobre los ingresos afectos a impuestos de las empresas.
- Pagos provisionales voluntarios: Estos corresponden a pagos que puede realizar voluntariamente el contribuyente a cuenta de su Impuesto anual de Primera Categoría, si estima que con los pagos obligatorios no va a ser suficiente para cubrir su tributación. (Rivas, Norberto, 2000).

Después de esta revisión general del Sistema Tributario Chileno consideremos la inversión extranjera en Chile, comenzando por sus formas de materialización.

Materialización De La Inversión Extranjera En Chile

Existen diversas maneras de materializar la inversión extranjera en Chile, a continuación se indican algunas, con una breve explicación de referencia:

- Agencia en Chile: Establecimiento permanente de empresa extranjera corresponde a las personas naturales extranjeras que no tengan residencia ni domicilio en Chile y las sociedades o personas jurídicas constituidas fuera del país, incluso las que se constituyen conforme a las leyes chilenas y fijan su domicilio en Chile, que tenga en el país cualquier clase de establecimiento permanente, tales como sucursales, oficinas, agentes representantes.
- Constitución de empresa en Chile: Corresponden a extranjero (s) que crea (n) una empresa en Chile, ya sea como persona natural o como una entidad jurídica. Especial mención corresponde hacer al DL. 600, instrumento que permite una tributación especial para aquellos inversionistas extranjeros que deseen invertir y constituir empresas en Chile, el cual también se denomina, Estatuto de la Inversión Extranjera.
- Socio de empresa chilena: Corresponde al extranjero, sea persona natural o entidad jurídica, que invierte en la calidad de socio de una empresa constituida en Chile, es decir, invierte en una empresa que ya existe.
- Mercado de capitales: Está referido a la inversión que pueda realizar el extranjero en Chile, en depósitos, valores accionarios o en bienes Inmuebles, en ciertos casos presentan tratamientos tributarios especiales.
- Créditos externos: Se define como cualquier acto, convención o contrato, en virtud del cual una de las partes entrega o se obliga a entregar, a otra, con domicilio y residencia en Chile, divisas provenientes del exterior. La parte del contrato que recibe las divisas se obliga a devolver el crédito, con o sin intereses, en cualquier otro momento pactado en el contrato, así como también con o sin reajustes.
- Aportes de Capital: Es todo acto, contrato o convención, por el cual una parte entrega divisas provenientes del exterior, cuyo destino es constituir o aumentar el capital de una persona jurídica, con domicilio en Chile, con el propósito de aumentar la capacidad de producción de bienes o servicios, de la sociedad que recibe el aporte.
- Fondo de inversión: Bajo la legislación del Fondo de Inversión el Inversionista extranjero puede también optar por un impuesto especial reducido, el requisito para este beneficio es la obligación de mantener la inversión en Chile por lo menos 5 años.
(www.sii.cl/contribuyentes/investors/inversionistas.htm)

Al conocer la forma en que se materializa la inversión extranjera en Chile, debemos también considerar la situación tributaria general de la inversión extranjera.

Régimen Tributario De La Inversión Extranjera

Régimen Común

▪ Impuesto a la Renta

La ley del impuesto a la renta, en adelante LIR, establece que toda persona no residente en Chile, estará sujeta al impuesto sobre las rentas cuya fuente esté dentro del país.

Impuesto de Primera Categoría: En la actualidad el sistema tributario aplicable a las rentas de primera categoría, para el caso de empresas que demuestren resultados reales mediante contabilidad completa, establece un tributo del 17% aplicable a las rentas devengadas por la empresa y un tributo del 35%, cuando estas rentas sean remesadas a sus propietarios en el exterior, o al Impuesto Global Complementario, cuando éstos tengan domicilio o residencia en Chile, dándose como crédito en contra de ambos tributos, el Impuesto de Primera Categoría pagado por la sociedad en la época de la generación de la renta.

En concordancia con lo anterior, el Impuesto de Primera Categoría que deben pagar las empresas por las utilidades obtenidas en el año comercial respectivo, constituye una especie de crédito o anticipo a cuenta del Impuesto Global Complementario o adicional de los dueños de dichas utilidades, crédito que incluso les puede ser devuelto en virtud de lo dispuesto en artículo 97° de la LIR. En ciertas circunstancias puede la propia empresa que lo pagó u otra que registre pérdida tributaria, solicitar su devolución de conformidad a lo establecido en el artículo 31° N°3, inciso segundo de la citada norma legal.

Por todo lo anterior, y considerando los distintos regímenes de tributación que enfrentan las utilidades a partir del 1° de enero de 1984, con relación al Impuesto Global Complementario o Adicional, se hizo necesario establecer un debido control de la determinación y registro de las utilidades acumuladas en la empresa que se encontraban pendientes de reparto o distribución a este registro se le denomina Fondo de Utilidades Tributables, en adelante FUT. En el caso de distribución o remesas al exterior, la renta está gravada con el Impuesto Adicional con una tasa del 35%, teniendo como crédito el Impuesto de Primera Categoría, lo que implica que la carga impositiva es del 20%.

La tributación que afecta a los inversionistas extranjeros depende de la forma jurídica de la empresa y del carácter de las rentas que retiran, remesan o distribuyan:

Tratándose de las sociedades de personas, sociedades en comandita por acciones respecto de los socios gestores y contribuyentes del artículo 58 N° 1 de la LIR, la imputación se realiza al FUT., se efectúa del siguiente modo:

A las utilidades tributables gravadas con el Impuesto Adicional de los artículos 58° N° 1, 60° inciso 1 y 61° de la LIR; comenzando por las más antiguas, las que quedan afectas al Impuesto Adicional; dándose de crédito el tributo de Primera Categoría según tasa con que se afectó la renta que se está remesando; A las rentas exentas e ingresos no gravados, que no quedan afectas al Impuestos Adicional.

Tratándose de sociedades anónimas y en comandita por acciones respecto de los accionistas, la imputación debe hacerse de la siguiente manera:

A las rentas o utilidades tributables afectas al Impuesto Adicional del artículo 58° n°2 de la LIR, comenzando por las más antiguas, las que tributan con el Impuesto Adicional; A las rentas exentas e ingresos no gravados, que no quedan afectas al Impuestos Adicional; A las utilidades financieras o de balance retenidas en exceso de las tributables, las que quedan gravadas con el Impuesto Adicional.

El artículo 74° N° 4 de la LIR, establece que están sometidos a retención los contribuyentes que remesen, retiren, distribuyan o paguen rentas afectas al Impuesto Adicional de acuerdo con los artículos 58°, 59°, 60° y 61° de la misma Ley.

- Artículo 21 de la LIR. en los inversionistas extranjeros.

Empresarios Individuales y Socios Extranjeros.

Los gastos rechazados a que se refiere el artículo 21° inciso 1 de la LIR, que tuvieren las sociedades de personas constituidas en Chile, corresponde atribuirse a los socios, los cuales si son inversionistas extranjeros, quedan afectos al Impuesto Adicional de acuerdo a los artículos 60° inciso 1 y 61° de la ley de impuesto a la renta; la tasa del impuesto es del 20% y tiene carácter de provisional, siendo el pago definitivo del 35%, dándose como abono el impuesto retenido.

Los socios de sociedades de personas, sin domicilio ni residencia en Chile, que sean personas naturales o jurídicas, deben declarar los préstamos que le hayan efectuado dichas sociedades durante el ejercicio correspondiente, ya que estas partidas conforme a lo establecido por el artículo 21, tienen el mismo tratamiento tributario aplicable a los retiros.

Se eximen de su declaración como gastos rechazados por expresa disposición del Artículo 21 de la LIR, los gastos anticipados que deban ser aceptados en ejercicios posteriores, los intereses, reajustes y multas pagadas al fisco, municipalidades y a organismos o instituciones públicas creadas por ley y el pago de las patentes mineras en la parte que no sean deducibles como gasto, y a cualquier otra partida que se exima de tal obligación, por disposición expresa de otros textos legales.

Accionistas extranjeros.

Respecto del Impuesto Único del artículo 21° inciso 1 de la LIR que afecta a las sociedades anónimas, en comandita por acciones respecto de sus accionistas y a los establecimientos permanentes indicados en el artículo 58° N° 1 de la LIR, la tasa es del 35% lo paga la empresa, incluido el “Retiro Presunto”, esto porque resultaría imposible hacer declarar y pagar a eso accionistas extranjeros ese tributo especial, considerando que residen en el exterior, que pueden ser innumerables y además, están variando en forma constante.

Agencias y establecimientos permanentes.

De acuerdo a lo establecido en el inciso tercero del Art. 21 de la LIR, estos contribuyentes también se afectan en el Impuesto Único de 35%. El retiro presunto, que corresponde al beneficio que implícitamente use o goce de bienes del activo de la empresa, a cualquier título, cuando este uso o goce no sea necesario para producir la renta, el Art. 21 afecta explícitamente a estos contribuyentes al decir que estos deben pagar en condición de impuesto único de esta Ley, que no tendrá el carácter de impuesto de categoría, un 35% sobre las cantidades a que se refiere el Inciso 1°, en donde están los retiros presuntos, y también los préstamos que las empresas efectúan a sus dueños, en este último caso en el año 1998 se agregó a los contribuyentes del Impuesto Adicional que no sean personas naturales, cuando en este último caso el Servicio determine que el préstamo es un retiro encubierto de utilidades tributables, además se le agregó que en el caso que cualquier bien de la empresa sea entregado en garantías de obligaciones, directas o indirectas, de los socios personas naturales o contribuyentes del impuesto adicional, y ésta fuera ejecutada por el pago total o parcial de tales obligaciones, se considera retiro a favor de dichas personas hasta el monto del pago efectuado por la empresa garante.

▪ Impuesto Adicional

El impuesto adicional grava a las personas y empresas no residentes con una tasa general del 35%. En forma más específica este impuesto afecta a los contribuyentes sin domicilio ni residencia en Chile de la siguiente forma.

Las personas naturales extranjeras y personas jurídicas que tengan en Chile sucursales, agencias, estarán gravadas por este impuesto por la totalidad de las rentas de fuente chilena que perciban o devenguen con una retención del 35% menos crédito de 1ª Categoría. En este

caso el impuesto tiene el carácter de accesorio del Impuesto de Primera Categoría. (Art. 58 N°1 LIR). Los accionistas de Sociedades anónimas y en comandita por acciones constituidas en Chile, estarán afectos por la totalidad de las cantidades que distribuyan las Sociedades Anónimas o en comandita por acciones, excepto las acciones total o parcialmente liberadas, devoluciones de capital reajustado, excepto la parte correspondiente a utilidades generadas desde el 01-01-1984 y capitalizadas desde esa fecha, devoluciones de capital internado al país, acogido al D. L. 600 de 1974, o a otras franquicias contempladas en la legislación sobre cambios internacionales, en el caso de división de sociedades, la distribución de acciones recibidas de otras sociedades Anónimas constituidas con parte del patrimonio de la primera, cantidades que provengan de ingresos no constitutivos de Renta. En este caso la sociedad que efectúa la distribución debe efectuar la retención del 35%, ocupando como créditos, el impuesto de la tasa adicional del ex. Art. 21 y el Impuesto de 1ª Categoría, y en esta ocasión cumple el papel de impuesto único de retención. (Art. 58 N°2 LIR)

Las personas domiciliadas o residentes en el extranjero, se afectarán por el mayor valor en la enajenación de acciones o derechos de personas jurídicas constituidas en el extranjero a una persona domiciliada, residente o constituida en Chile, si es que el adquirente logra, directa o indirectamente, una participación superior al 10% en el capital o de las utilidades de otra persona jurídica constituida en Chile, en este caso la retención también es de un 35%, y el adquirente debe retener este impuesto adicional que tiene el carácter de impuesto único de retención (Art. 58 n°2 Incisos Finales).

Existen otras tasas de retención del Impuesto Adicional, que son las siguientes: Regalías en general pagadas al extranjero 30%; Regalías pagadas al extranjero por cine y video 20%;Regalías pagadas al extranjero por derechos de autor y de edición 15%; Asistencia técnica o trabajos de ingeniería 20%; Otros servicios pagados en el exterior 35%; Intereses a empresas extranjeras 35%; Intereses a bancos o instituciones financieras extranjeras registradas 4%; Flete marítimo 5%; Primas de seguros a aseguradores extranjeros 22%; Primas de reaseguros a reaseguradores extranjeros 2% (Art. 59. LIR)

Las personas naturales extranjeras y jurídicas constituidas fuera del país, se afectarán con el Impuesto Adicional por la totalidad de las rentas de fuente chilena que perciban o devenguen que no se encuentren afectas a impuesto según Art. 58 y 59, con un impuesto anual del 35% existirán dos tasas de retención; 20% sobre la totalidad de las rentas que se paguen, abonen en cuenta o pongan a su disposición; 35% sobre la participación de las utilidades al momento de la declaración anual por rentas retiradas o remesadas en el año anterior, los créditos para este impuesto será el impuesto retenido al momento de la remesa que se da de

abono al conjunto de los impuestos a la renta que declare el contribuyente y el impuesto de primera categoría. Este tipo de impuesto adicional también es accesorio del Impuesto de Primera Categoría. (Art. 60 N°1 LIR)

- Impuesto Único, Ganancias de Capital, por Enajenación de Acciones.

Este tipo de impuesto a la renta que afecta a los inversionistas extranjeros lo podemos dividir en dos grandes grupos: a) Las ganancias de capital; que corresponden a enajenación de acciones, están gravadas con el Impuesto de Primera Categoría, es decir con el 17% y el Impuesto Global Complementario o Adicional, si no existe habitualidad en la compra y venta de acciones, pero ha transcurrido menos de un año desde su adquisición. b) Si no existe habitualidad en la compra y venta de acciones y la enajenación se hace cuando ha transcurrido a lo menos un año desde su fecha de adquisición, se afecta con Impuesto Único de 1ª Categoría 17% , no siendo gravado con impuestos finales. (Global Complementario o Adicional), la excepción a este impuesto único la tienen las personas que no están obligadas a declarar su renta efectiva en 1ª Categoría, que obtengan beneficios por enajenación de acciones y otros del Art. 17 N° 8, siempre estos no excedan de 10 unidades tributarias anuales y el contribuyente no sea socio o accionista del 10% de la empresa a la que vende estas acciones, ya que en esos casos se tributa con los impuestos normales de la LIR, es decir Primera Categoría y Global Complementario o Adicional.

Existen otras ganancias como la venta de derechos , enajenación de bienes agrícolas y no agrícolas, de bienes muebles de uso personal entre otros que están gravados con la regla general, es decir, Impuesto de 1ª Categoría y Global Complementario o Adicional.

- Invariabilidad Tributaria, Contrato de Inversión Decreto Ley 600.

Los inversionistas extranjeros que han optado por la tasa invariable del 42% están sujetos al Impuesto de Primera Categoría del 15% (pagadero por la sucursal o subsidiaria) y al Impuesto Adicional del 27% sobre la misma base, sin crédito de impuesto, sobre las remesas de utilidades o dividendos. Así, la carga impositiva total efectiva es de 42% sobre las utilidades antes de impuestos, en vez del 35% que se paga actualmente bajo la tributación normal.

Los 7 puntos de carga tributaria adicional del régimen de invariabilidad tributaria respecto del régimen común, es considerado como un seguro por obtener la invariabilidad tributaria de 10 años del impuesto a la renta.

Los gastos rechazados, en el caso de sociedad de personas quedan afectos a la tasa del 42%. Respecto del Impuesto Único del artículo 21 inciso 3 que se aplica a las sociedades anónimas, en comandita por acciones y a los establecimientos permanentes, la tasa que se aplica es del 42%.

El inversionista extranjero tendrá derecho, por una sola vez a renunciar a la invariabilidad tributaria e integrarse al régimen común.

- Fondo de Inversión Extranjera

La obligación de mantener la inversión en Chile por lo menos 5 años. El fondo es gravado con una tasa fija de 10% sobre sus remesas al extranjero. (www.sii.cl/contribuyentes/investors/inversionistas.htm)

Después de esta consideración actual de la situación tributaria que afecta a los inversionistas extranjeros en general, consideremos algunas opiniones de la inversión extranjera en Chile.

Opiniones sobre la tributación que afecta al inversionista extranjero en Chile.

Una de las principales características del actual Sistema Tributario Chileno es de permisividad y de grandes incentivos al ahorro y a la inversión según lo indicó el profesor Norberto Rivas. (Rivas N. y Vergara S., 2000) De hecho el Señor Ricardo Lagos, actual Presidente de la Republica de Chile en el proyecto de ley de la reforma tributaria del 2001 indicó: “Se estima que la evasión y elusión de impuestos alcanza actualmente en Chile cerca de un 24 %, lo que equivale a unos US\$ 4000 Millones Anuales”, además en el mismo proyecto indicó que “no se había propuesto hasta la fecha una real medida destinada a controlar la evasión y elusión tributaria, solo se ha hecho de manera fraccionada y aislada”(Historia de la Ley 19738, 2001).

El Profesor Norberto Rivas, también destaca otra característica de la estructura tributaria chilena al indicar que “... está constituida por pocos impuestos de alto rendimiento, con pocas exenciones y con altas franquicias a la inversión, ahorro e innovación tecnológica.”(Rivas N. y Vergara S., 2000). Referente a estas franquicias en inversiones el profesor Roberto Ceppi de Lecho, profesor de Derecho Económico de la Academia de Humanismo Cristiano mencionó uno de los problemas que se esta generando **con la inversión en la extracción del Cobre en Chile**, el dijo “Desde 1971 hasta 1999, mientras CODELCO le ha aportado al fisco mas de US \$25.000 Millones, produciendo 27,1 millones de toneladas de cobre fino, la

minería privada, fundamentalmente desarrollada con inversión extranjera, ha producido 20,6 millones de toneladas, vale decir que ha extraído cobre casi en la misma magnitud que la minera estatal, pero le ha aportado al fisco únicamente US \$1300 Millones a lo largo de tres décadas, es decir, 20 veces menos”. El mismo Profesor Ceppi, menciona una de los tratamientos tributarios que hacen a sus inversiones los extranjeros, los hacen “...simplemente trayendo un alto porcentaje de la inversión autorizada en créditos asociados a ella. La ley permite que las cláusulas generales de estos préstamos, los plazos, porcentajes de interés y demás modalidades de la contratación de créditos externos, así como los recargos que puedan cobrarse por concepto de costo total que deba pagar el deudor por la utilización de crédito externo, incluyendo comisiones, impuestos y gastos de todo orden, serán los autorizados o que autorice el Banco Central, es decir, las condiciones de estos créditos las regula el Banco Central de Chile. En resumen, los altos costos de estos préstamos, que algunas transnacionales se han venido otorgando así mismas, erosionan fuertemente sus utilidades”. (Ceppi del Lecho, R, 2002)

Otras de las características que destacan el Sistema Tributario Chileno la menciona Patricio Parodi, Gerente General del Consorcio Financiero, indicándola como unos de los factores que están frenando el crecimiento en Chile, él indicó: “La falta de reformas atractivas y modernizadoras, han reducido la ambición y las ganas de luchar de los agentes económicos además de una falta de confianza en la capacidad de autorregulación y autocontrol del sector privado para lograr un funcionamiento eficiente y justo en materias tributarias”.(Parodi, Patricio, 2002) Si tomamos estas principales características del Sistema Tributario Chileno, podríamos deducir que existe una facilidad a los inversionistas extranjeros para depositar sus capitales y obtener sus rentas sin una carga tributaria considerable, pero la empresa Sumítomo Corporation en un reclamo ante el comité de inversiones extranjeras señaló que “existe una discriminación a los inversionistas extranjeros y esta se produce cuando se establece un régimen tributario mas gravoso para las inversiones extranjeras”.(Diario Estrategia, 2002) Quizás por estas razones el señor Ricardo Lagos E. en el mensaje del proyecto de ley plataformas de inversiones, manifestó: “Se ha hecho necesario adecuar las normas tributarias nacionales a las nuevas situaciones que se van presentando en esta apertura al exterior a fin de resguardar el interés del país”. (Historia de la Ley 19840, 2002)

Una de las normas tributarias que mas se ha modificado ha sido la relacionada con los préstamos de instituciones financieras extranjeras, según Adolfo Sepúlveda, Socio de Deloitte & Touche, mencionó en términos generales la primera modificación, dijo: “Los intereses que se pagan desde Chile al extranjero están afectos a impuestos, cuya tasa

dependerá de quien recibe estos intereses. Así, por ejemplo, si el destinatario es una persona que no tiene ni domicilio ni residencia en Chile, los intereses que percibe desde Chile estarán afectos a una retención del 35%, según dispone el artículo 59 N°1 de la LIR. En cambio, si los intereses son pagados a instituciones bancarias o financieras extranjeras o internacionales, producto de créditos otorgados por ellas, la tasa será sólo de 4%. Esa es la regla general. La excepción se produce cuando hay un “exceso de endeudamiento”, situación que implica que la tasa preferencial del 4% sube a 35%, el que se aplica sobre el exceso de deuda”. (Sepúlveda, Adolfo, 2002)

Ahora que conocemos la situación tributaria general de la inversión extranjera, conozcamos la de los intereses que se remesan al exterior producto de préstamos de instituciones financieras, parte esencial del tema de nuestra tesis.

II TRIBUTACION DE LOS INTERESES CON EL IMPUESTO ADICIONAL.

1. Situación tributaria antes del 2001.

El N°1 del Inciso 4 del Art. 59 de la LIR, estableció que estarían afectos al Impuesto Adicional, pero con una tasa especial de 4%, en lugar de la tasa general de 35% , los intereses provenientes de las siguientes operaciones y respecto de las cuales se cumplían con los requisitos y condiciones que se indicaban para cada una de ellas:

- a) De depósitos en cuenta corriente y a plazo en moneda extranjera, efectuados en cualquiera de las instituciones autorizadas por el Banco Central de Chile para recibirlos;
- b) De créditos otorgados desde el exterior por instituciones bancarias o financieras extranjeras o internacionales, siempre que la respectiva operación de crédito y las instituciones financieras extranjeras o internacionales se encuentren autorizadas expresamente por el Banco Central de Chile.
- c) De saldos de precios correspondientes a bienes internados al país con cobertura diferida o con sistema de cobranzas, siempre que la respectiva operación haya sido autorizada por el Banco Central de Chile;
- d) De bonos o debentures emitidos en moneda extranjera por empresas constituidas en Chile, cuando la respectiva operación haya sido autorizada por el Banco Central de Chile;
- e) De bonos o debentures y demás títulos emitidos en moneda extranjera por el estado de Chile o por el Banco Central de Chile; y
- f) De las aceptaciones bancarias latinoamericanas ALADI (ABLAS) y otros beneficios que generen estos documentos. (Contreras, H. y González, L, 2000)

Del anterior, entre otros casos, se desprendía que cuando los intereses de las operaciones a que se referían las letras b) y c) de dicho número, no cumplían con los requisitos exigidos por la disposición legal en comento, ellos quedaban gravados con la tasa general del Impuesto Adicional del artículo 59, contenida en su inciso cuarto, equivalente a un 35%, sin perjuicio de la aplicación de esta misma tasa si no se cumplían las exigencias mencionadas en las letras restantes, esto se podría considerar como la única norma de control.

La base imponible para la aplicación de la tasa del 4%, estaba constituida por el total de las sumas remesadas al exterior por concepto de intereses provenientes de las operaciones indicadas, sin deducción de ninguna especie, incluyendo cualquiera cantidad

que las partes contratantes no calificaban de intereses, dándoles cualquiera otra denominación.

Referente a las exenciones es importante destacar que según el artículo 12 de la ley 18682, los intereses que correspondían a personas sin domicilio ni residencia en Chile y que provenían de bonos o debentures y demás títulos de créditos cursados en moneda extranjera, siempre que dichos títulos habían sido emitidos por el Estado de Chile con anterioridad a la fecha de la sustitución del N° 1 del Artículo 59 de la LIR, esto era con antelación al 31 de Diciembre de 1987, no se afectaban con el Impuesto Adicional que establece la LIR, sino que tales ingresos mantenían la exención de Impuesto Adicional que beneficiaba con anterioridad al reemplazo del N°1 del Artículo 59 de la ley del ramo, respecto de dicho tributo adicional. El artículo 13 de la ley 18682 establecía otra exención al indicar que los intereses provenientes de los contratos de inversiones extranjeras a que alude el DL 600, de 1974 y sus modificaciones, y respecto de los cuales se cumplían con las condiciones y requisitos exigidos para ellos, continuaban rigiéndose por el anterior texto del N°1 del Artículo 59 de la LIR, eximiéndose por lo tanto, del referido tributo adicional que contiene dicho artículo. Por el contrario, si las mencionadas operaciones de crédito no cumplían con las condiciones establecidas, los intereses provenientes de ellas se afectaban con el Impuesto Adicional de acuerdo con las normas vigentes en dicha época o con las actuales disposiciones del referido artículo. (Circular N°7 del 14-01-88, SII)

III MODIFICACIÓN CONTENIDA EN LA LEY 19738.

Con fecha 19 de junio de 2001 se publicó en el Diario Oficial la ley N° 19.738, calificada por el ejecutivo como una normativa destinada esencialmente a combatir la evasión y elusión de los tributos en nuestro país.

La iniciativa aprobada tiene como objetivos fundamentales:

1. Fortalecer la capacidad de fiscalización y cobranza de los impuestos por parte de los organismos que integran la administración tributaria, o sea, El Servicio, el Servicio de Aduanas y el Servicio de Tesorería.
2. Introducir modificaciones en la legislación destinada a cerrar fuentes de evasión y elusión, y
3. Modernizar y fomentar una mayor eficiencia en los organismos de la administración tributaria.

Tenemos que en el diccionario se hacen casi sinónimos las palabras elusión y evasión pero la interpretación “técnica” de las palabras de la ley a veces no tiene nada que ver con su significado natural o normal, y ese significado es el que debe valer en estos casos. El diccionario de la Real Academia de la Lengua no es aquí, necesariamente, utilizable. Vale más lo doctrinario y lo que exprese la técnica específica de que se trata, en este caso la legal-tributaria. Evasión, implica caer en el hecho gravado de que se trate y no cumplir con la obligación tributaria subsiguiente, es decir, el pago de una carga, normalmente en dinero. En cambio la elusión es buscar la forma – tal vez con astucia y maña para no caer en el tipo o figura que se manifiesta en un determinado hecho gravado, como ejemplo de elusión está el tener alternativas de organización de una empresa, que permitan hacer lo mismo de dos o más maneras tributarias distintas, una más gravosa que otra. (Sepúlveda, Héctor, 2001)

La elusión consiste en utilizar medios legales para minimizar el impacto de los tributos. (Historia de la ley 19738, 2001). Evasión tributaria es toda conducta ilícita del contribuyente, dolosa o culposa, consistente en un acto o en una omisión, cuya consecuencia es la sustracción al pago de una obligación tributaria que ha nacido válidamente a la vida del derecho mediante su ocultación a la administración tributaria, en perjuicio del patrimonio estatal. En cambio elusión, es toda conducta dolosa del contribuyente que tiene como finalidad evitar el nacimiento de una obligación tributaria, valiéndose para ello de fraude de ley, de abuso de derecho o de cualquier otro medio ilícito que no constituya infracción o delito. (Rivas N. y Vergara S., 2000) Entonces eludir es buscar la forma de operar o buscar la “forma jurídica” que sea menos gravosa, pero – y esto es lo más importante – dentro de la ley. Cuando uno evade está dejando de pagar la obligación ya confirmada, pues ocurrió el hecho gravado y no se paga el impuesto que debió pagarse.

Cuando se elude, ni siquiera se alcanzó a configurar el hecho gravado, se elude el caer en la situación que obliga a pagar el impuesto y/o solamente se difiere o posterga el momento del pago.

La ley 19738, introdujo varias modificaciones a la normativa que se refiere al Impuesto Adicional establecido en el artículo 59 de la LIR, el que, en general, grava a través de sus primeros incisos y sus 6 extensos números, las diversas prestaciones de servicios efectuadas por personas no domiciliadas ni residentes en Chile y no tienen una relación o una base permanente de operaciones en nuestro país.

A las modificaciones, las podemos separar en 3 tipos principales:

1. Las que establecen nuevos requisitos de información
2. La que introduce una nueva exención
3. La más importante: la que eleva la tasa sobre los intereses del 4% al 35% en el caso de existir el llamado “exceso de endeudamiento”

Esta última norma, materia de nuestra tesis, fue de conflictiva tramitación en el Congreso Nacional y se multiplicaron los argumentos para evitar que fuera aprobada – en esencia por el mayor “costo” que podría significar para el prestamista extranjero -, pero, finalmente, fue aceptada.

Al respecto, las señoras Ximena Velasco y María Eugenia Sandoval, abogados de Price Waterhouse opinaron que del análisis del proyecto de ley se advierte que su objetivo no es únicamente establecer normas para combatir la evasión tributaria, sino que se contemplan modificaciones que alteran la base para determinar el Impuesto a la Renta, e imponen una mayor carga tributaria a las empresas y a sus socios, todo lo cual traerá como consecuencia un desincentivo para generar proyectos de inversión. (Historia de la Ley 19738, 2001)

El señor Emilio Soria, en representación del Colegio de Contadores Públicos y Auditores Universitarios, opinó que los nuevos requisitos que se contemplan para poder invocar la tasa rebajada del 4% son poco realistas y desconocen la forma en que se financia la inversión extranjera. Destacó que una parte importante de la inversión extranjera se financia con créditos otorgados por alguna filial de la empresa que invierte en Chile, los que en muchos casos se otorgan a tasas menores que las otorgadas por los bancos comerciales, de modo que en tales casos no resulta justo que se les niegue el beneficio de pagar la tasa rebajada; lo determinante en estos casos, es que la empresa financie parte importante de sus actividades con recursos propios. Afirmó que, por lo tanto, de aprobarse esta modificación, se producirá un grave trastorno en el financiamiento de proyectos de inversión en el país, con todos los inconvenientes que ello implica. (Historia de la Ley 19738, 2001)

Según la empresa auditora Price Waterhouse Coopers en un comentario sobre la norma modificada con esta ley, indicó: “los intereses sujetos a impuestos de retención a la tasa

reducida del 4% no se benefician de dicha tasa reducida, sino que quedan gravados a la tasa normal del 35%, cuando son pagados a empresas o personas relacionadas no residentes y el deudor local se encuentre en una situación de exceso de endeudamiento. La diferencia entre la tasa del 4% y la tasa del 35% es de cargo del deudor local, debiendo pagarla al momento de presentar su declaración anual de impuestos, y es deducible para los efectos de la determinación de su Renta Líquida Imponible de Primera Categoría”. (Price Waterhouse Coopers, 2002) Las condiciones para aplicación de esta norma son las siguientes:

1. El deudor local debe tener un endeudamiento excesivo durante el ejercicio en el que se contrajo la obligación.
2. La obligación debe haberse contraído con empresas o personas relacionadas no residentes en Chile.
3. Los intereses respectivos deben adeudarse a bancos o instituciones financieras extranjeras o internacionales u originarse en importaciones o bono emitidos por empresas locales.

La circular 24 del 2002 del Servicio menciona las operaciones que están afectas a esta modificación: “De conformidad a lo dispuesto por la primera parte del nuevo inciso tercero del número 1) del artículo 59 de la LIR, el exceso de endeudamiento debe provenir y originarse solamente de las operaciones a que se refieren las letras b), c) y d)” (www.sii.cl/documentos/circulares/2002/indcir2002.htm), que según la LIR son:

- a) Créditos otorgados desde el exterior por instituciones bancarias o financieras extranjeras o internacionales. El pagador del interés informará al Servicio en el plazo que éste determine, las condiciones de la operación.
No obstante lo anterior no se gravará con los impuestos de esta ley los intereses provenientes de los créditos a que se refiere el párrafo anterior cuando el deudor sea una institución financiera constituida en el país y siempre que ésta hubiere utilizado dichos recursos para otorgar un crédito al exterior. Para estos efectos, la institución deberá informar al Servicio, en la forma y plazo que éste señale, el total de los créditos otorgados al exterior con cargo a los recursos obtenidos mediante los créditos a que se refiere esta disposición.
- b) Saldos de precios correspondientes a bienes internados al país con cobertura diferida o con sistema de cobranzas.
- c) Bonos o debentures emitidos en moneda extranjera por empresas constituidas en Chile. El pagador del interés informará al Servicio en el plazo que éste determine, las condiciones de la operación. (Decreto Ley 827, 1974)

La circular del Servicio continua diciendo, “ Por consiguiente, y de acuerdo a lo anteriormente expuesto, para determinar el exceso de endeudamiento únicamente deben considerarse las deudas provenientes de las operaciones detalladas precedentemente, cuyos intereses se encuentren exentos o afectos con tasa de 4% al Impuesto Adicional del artículo 59,número 1) de la LIR, respecto de las cuales debe existir relación entre el acreedor extranjero y el deudor nacional, en los términos mencionados anteriormente, excluyéndose, por lo tanto, toda deuda o crédito nacional o extranjero que no corresponda a los anteriormente indicados, como por ejemplo, las deudas contraídas con acreedores nacionales relacionados o no; con acreedores extranjeros no relacionados cualquiera que sea la tasa de impuesto adicional que afecte a los intereses o éstos se encuentren exentos; y deudas contraídas con acreedores extranjeros relacionados, en cualquier término, cuyos intereses se graven con el Impuesto Adicional con tasa del 35%.

Para determinar el exceso de endeudamiento la empresa auditora Price Waterhouse Coopers indica lo siguiente: “En términos generales, el endeudamiento se considera excesivo cuando es superior a 3 veces el patrimonio. Para estos efectos, se entienden por patrimonio el capital propio tributario al 1º de enero determinado de acuerdo a las normas del artículo 41 de la LIR, debidamente reajustado. La determinación del patrimonio para estos efectos exige efectuar ciertos ajustes indicados en la ley.

A su vez, se entiende por endeudamiento el valor promedio mensual de la suma de los créditos y pasivos financieros con entidades relacionadas, que generen los intereses indicados precedentemente. La aplicación de este concepto también requiere ciertos ajustes.

El término intereses comprende no sólo el crédito pactado, sino también las comisiones y cualquier recargo que incremente el costo del endeudamiento”. (Price Waterhouse Coopers, 2002)

En la aplicación de esta ley se observaron ciertas debilidades a esta modificación, según el proyecto de ley “Normas sobre exceso de endeudamiento a financiamiento de proyectos y otras materias tributarias” se mencionó lo siguiente: “En primer lugar se identificó que es posible burlar la norma, realizando operaciones a través de paraísos tributarios. En efecto, para el Servicio no es posible verificar la veracidad de los antecedentes entregados por los contribuyentes respecto a dichas operaciones para determinar si éstas se ejecutan con partes relacionadas”. (Historia de la Ley 19879, 2003) Con respecto a los paraísos tributarios el grupo de acción financiera (GAFI) dio a conocer una lista negra de 15 países más destacados, considerándolos en una instancia de “graves problemas sistémicos”, ellos son: Rusia, Panamá, Israel, Filipinas, Bahamas, Dominica, Líbano, Islas Caimán, Islas Cook, Liechtenstein, Marshall, Nauru, Nihue, Saint Kitts, Nebis, San Vicente y Granadinas. La organización para la cooperación y desarrollo económico quien es la encargada de determinar que países están en esa lista según la revista Perfiles indica que la lucha de esta organización

principalmente es contra la baja imposición fiscal, tanto a residentes como a no residentes de los países vigilados. (Braslavsky, Guido, 2000) Esta situación indica que la persecución a los países denominados paraísos tributarios es un tema no solo de interés nacional sino de grandes países como lo mencionado por el economista argentino Marcelo Lascano, quien dijo “El secretario del tesoro de los Estados Unidos, Larry Summers, ha señalado que las compañías supranacionales, que son unas 60.000, junto con grandes organizaciones de auditorías y algunos bancos de inversión, vehiculizan una evasión fiscal que le está costando a su país, solo por las actividades en los refugios fiscales (paraísos), US\$ 10.000 millones al año”. (Braslavsky, Guido, 2000)

El Proyecto de Ley continua diciendo: “ En segundo lugar se ha constatado que con la norma vigente se clasifican como deudas relacionadas a operaciones de financiamiento que en realidad no son relacionadas, como es el caso de financiamientos de proyectos o Project Financing. Dicho problema tiene su origen en el tipo de garantías que se emplean en dicho financiamiento lo que conduce a la presunción de que se trate de una operación relacionada. En efecto, la amplitud de la definición vigente de deudas relacionadas implica que ella abarca operaciones de financiamiento legítimas y que en realidad no son relacionadas. Esto tiene como consecuencias un significativo encarecimiento del crédito para estas operaciones, lo que eventualmente desincentivaría la realización de proyectos de inversión de envergadura”. (Historia de la Ley 19879, 2003)

Con respecto a este problema el abogado del estudio Barros & Errazuriz, señor Emilio Vásquez, quien está a cargo de la reclamación presentada por la empresa japonesa Sumitomo Corporation mencionó que esta empresa se ve afectada por su participación en la empresa Volterra, que ha desarrollado plantaciones de eucaliptos cuyo financiamiento se conforma por una parte de la inversión de capital y otra mediante créditos que no podían exceder el 85% de la inversión total, contratados con bancos o instituciones financieras o incluso entidades relacionadas con los inversionistas, por lo tanto, al ser un financiamiento de proyectos y exceder esta deuda mas de 3 veces el patrimonio de Volterra se verían afectados por un cambio de tasa del 4% al 35%, situación que consideró una discriminación ya que el mismo exceso de endeudamiento no es sancionado cuando este tiene su origen en deudas que las empresas contraen con la banca local.(Diario Estrategia, 2002)

El problema de esta amplitud de aplicación se genera según el mismo proyecto de ley porque el término valores es muy amplio e incluye no solo aquellos representativos de obligaciones en dinero, sino también a otros valores, como por ejemplo las acciones. El objetivo de esta norma fue evitar las operaciones de endeudamiento indirecto con relacionados o back to back, mediante las cuales el dueño presentó en valores representativos en dinero a una institución financiera para que esta, a su vez lo transfiera como un crédito a la empresa domiciliada en Chile, buscando evitar que dicho

financiamiento sea considerado relacionado. Sin embargo, en su redacción final no limitó el alcance del término “valores”. (Historia de la Ley 19879, 2003)

Todas estas situaciones pretenden solucionarse con la Ley 19.879 “Regula aplicación de normas sobre exceso de endeudamiento a financiamiento de proyecto y otras materias tributarias”.

IV MODIFICACIÓN CONTENIDA EN LEY 19.879

Durante la discusión de la Ley, el asesor del ministerio de hacienda el señor Marcelo Tokman explica las modificaciones que afectan las normas que gravan los intereses de las deudas relacionadas cuando el deudor se encuentre en una posición de exceso de endeudamiento. “El proyecto en estudio establece que los créditos provenientes de los denominados paraísos tributarios se clasificaran como relacionados, por cuanto la principal característica de estos es la falta de transparencia y el intercambio efectivo de información, que hace imposible verificar la veracidad de los antecedentes entregados por los contribuyentes al Servicio”. Con respecto al financiamiento de proyectos mencionó “El Proyecto de Ley en estudio restringe el concepto de valores solo a aquellos representativos de obligaciones en dinero, y además incorpora la exigencia que la empresa deudora informe, mediante declaración jurada, respecto de sus deudas y, particularmente, acerca de la existencia de partes relacionadas entre los beneficiarios finales de los intereses. Con esta modificación, será posible hacer una distinción más fina entre las operaciones de endeudamiento indirecto con relacionados o back to back y el legítimo financiamiento de proyectos”. (www.bcn.cl/index2.html>)

Con relación a la medición de la deuda la Ley 19.738 no incluyó los bonos emitidos en moneda nacional, ya que estos fueron incorporados en la letra “g” del N° 1 del inciso 4° del artículo 59 de la LIR. , en virtud de la Ley 19.768 del año 2001. Referente a esta situación durante la discusión del proyecto de la Ley 19.879 el señor Tokman precisó “Como estas operaciones implican una forma de financiamiento que, al igual que la emisión de bono en moneda extranjera, también puede darse con una entidad relacionada, el proyecto en estudio estima que es necesario incorporarla para determinar la relación deuda-patrimonio”. (www.bcn.cl/index2.html>)

Con respecto a los intereses devengados y no pagados y que, a su vez, devenguen intereses a favor del acreedor el proyecto de ley establece que estos intereses pasan a ser parte del capital adeudado, al devengar intereses , corresponde considerarlos como parte de la deuda.(Historia de la Ley 19879, 2003)

En el caso de fusiones, divisiones, disoluciones o cualquier otro acto jurídico u operación que implique el traslado o la innovación de deuda el proyecto indica que los intereses devengados por estas seguirán afectos al impuesto que se hubiesen determinado de acuerdo a la ley en el ejercicio que dichas deudas fueron contraídas. Con ello se aplica en forma consistente la norma y se da mayor certeza tributaria los agentes económicos, al mantenerse constante la tasa de impuesto pagada por los intereses independientes de las modificaciones que sufran las estructuras de la empresa. (Historia de la Ley 19879, 2003)

Esta modificación se aplicó debido a ciertas situaciones ocurridas con fecha posterior a la aprobación de la ley anterior (19.738) como por ejemplo, lo mencionado en las jurisprudencias administrativas del Servicio. En el oficio 2.548 se solicita se confirme el criterio del Servicio respecto a la tributación que afectaría a los intereses de un crédito contratado en el extranjero, cuyo deudor ha sido modificado por la vía de una novación, la respuesta fue la siguiente: “Si existe novación por cambio de deudor estamos frente a la extinción de la obligación primitiva y al nacimiento u origen de una nueva. Así, y con relación a la materia de análisis, podemos observar que la nueva obligación se radica en el patrimonio del nuevo deudor, extinguiéndose la primitiva y originándose la nueva a contar de la fecha de este. Cabe además señalar, que como corolario de lo indicado precedentemente, el crédito producto de la novación deberá ser considerado para los efectos de determinar si existe o no exceso de endeudamiento por parte del nuevo deudor, siempre que se trate de un crédito entre empresas relacionadas”.
(www.sii.cl/pagina/jurisprudencia/adminis/2003/ley_renta2003.htm)

Con la modificación de la nueva ley esta interpretación debería cambiar.

Otra modificación contenida en el proyecto tiene por objeto hacer más fácil verificar el patrimonio por el Servicio, al remitirse la valoración del patrimonio a un criterio mas tributario. (Historia de la Ley 19879, 2003). Además la modificación impide que la ley, en su forma actual, pueda ser eludida a través de la consolidación, evitando que financiamientos relacionados sean definidos como tales, abultando el valor del patrimonio para calcular la relación deuda-patrimonio. (Historia de la Ley 19879, 2003).

Por último, con respecto a las deudas contraídas con organismos financieros multilaterales se establece explícitamente que estas no constituyen deudas relacionadas. (Historia de la Ley 19879, 2003)

V. PRINCIPIOS DE LA INVERSIÓN EXTRANJERA

La inversión extranjera, según el Profesor Samuel Vergara corresponde a “Todos los capitales que transfieren a Chile las personas naturales o jurídicas extranjeras, o chilenas con domicilio o residencia en el exterior, para destinarlos a actividades económicas, comerciales o financieras del país”.

De la definición anterior podemos destacar tres ideas principales:

1. Al hablar de capital, debemos entender no solo moneda extranjera, sino que también se le asimila a este concepto las ideas de bienes físicos, tecnología y créditos asociados.
2. Obviamente, esta transferencia de capital debe tener como destino nuestro país, lugar donde debe desarrollarse necesariamente la inversión prevista.
3. El inversionista extranjero es claramente un sujeto foráneo, entendiéndose por aquel, a los estados extranjeros, los organismos internacionales de derecho público, personas naturales y jurídicas extranjeras, e incluso los chilenos que no tengan domicilio ni residencia en Chile.

Formas de materializar la inversión extranjera en Chile.

Para efectuar una inversión de capital, el extranjero puede ocupar 4 mecanismos, que a continuación los mencionaremos y explicaremos:

1. Contrato de Inversión extranjera de acuerdo al DL 600.
2. Fondos de Capital Internacional de la ley 18657.
3. Capítulo XIV del Título I del compendio de normas de cambios internacionales del Banco Central de Chile.
4. Emisión de American Depositary Receipt (ADR's)

1. Contrato de inversión extranjera de acuerdo al DL 600.

El llamado “Estatuto de la Inversión Extranjera” está contenido en el Decreto Ley 600 de 1974 y nació de la imperiosa necesidad de contar con un estatuto que estableciera normas

generales y uniformes que rigieran a los inversionistas extranjeros que inviertan en nuestro país. El estatuto se ocupa, en definitiva, de regular las transferencias de capitales extranjeros a Chile, realizadas por personas naturales y jurídicas extranjeras y personas naturales chilenas, con domicilio y residencia en el exterior. Con todo, el objetivo principal perseguido por esta normativa es la de impulsar, propiciar y atraer la inversión extranjera al país.

En este decreto se establece un régimen jurídico especial para la inversión de capitales extranjeros a nuestro país al que pueden acceder los inversionistas que opten por someterse a sus normas mediante la celebración de un contrato de inversión o contrato-ley con el Estado de Chile, representado por el Comité de Inversiones Extranjeras. En este contrato se especifican los derechos y obligaciones de cada parte, la intervención del Estado como parte contractual da a este documento el carácter de contrato-ley, en virtud del cual el inversionista obtiene el máximo de garantías de estabilidad durante la vigencia del convenio ya que no puede ser modificado unilateralmente.

El inversionista extranjero que acoja sus aportes de capital al Decreto Ley 600 deberá presentar una solicitud ante la Vicepresidencia Ejecutiva del Comité de Inversiones Extranjeras. El monto mínimo establecido para presentar una solicitud, desde al año 1997, es de US\$ 1.000.000.

La principal ventaja que ofrece este mecanismo de inversión extranjera consiste en asegurar a la entidad extranjera el libre acceso a la adquisición de divisas para el evento de repatriar capital o utilidades. Desde luego, existen otras ventajas que pueden resultar también atractivas, dependiendo de los fines de la inversión, como el acogerse a una garantía de no discriminación respecto de contribuyentes locales, la opción de hacer aplicables normas legales vigentes aún cuando sean posteriormente derogadas, el someterse a un tratamiento tributario invariable por un periodo de hasta diez años, la posibilidad de quedar exento del pago de encaje al Banco Central por sus aportes de capital y el eximirse del Impuesto al Valor Agregado (IVA.) en la importación de determinados bienes de capital, entre otras.

En lo relativo a la posibilidad conferida al inversionista extranjero para acogerse a una invariabilidad tributaria respecto de su inversión en el país, es necesario señalar que la carga tributaria total que se propone como invariable hasta por el plazo de diez años es de un 42%, superior en siete puntos a la tributación que afectaría al inversionista de no acogerse a esa norma por las utilidades que retire. Es importante destacar que este derecho puede ser renunciado en cualquier momento por el inversionista, pasando desde entonces irrevocablemente a quedar afecto a las normas vigentes de impuesto a la renta.

Sujetos de la inversión extranjera.

Participan en la inversión extranjera tres entes, a saber:

-El Estado de Chile, por cuanto es el Estado quien celebra un contrato de inversión extranjera.

-El inversionista extranjero que trae el capital.

-La empresa receptora, que corresponde a la persona jurídica donde se radica la inversión. Esta empresa receptora puede ser una persona jurídica de cualquier naturaleza, normalmente sociedades.

Tratándose de la empresa receptora, la inversión se puede realizar de dos formas:

-Que el inversionista constituya una sociedad; y

-Que se ingrese el capital o inversión a una sociedad ya existente.

En el caso de una sociedad anónima puede comprar acciones ya existentes o bien puede materializar su inversión mediante un aumento de capital que traiga consigo la emisión de nuevas acciones.

En el caso de una sociedad de responsabilidad limitada, lo normal es que se realice una cesión de derechos al inversionista extranjero.

Respecto del capital, el principio general es que toda empresa puede constituirse en Chile con un capital que puede ser extranjero en un 100%. La forma que puede asumir una empresa receptora es la de cualquiera de las formas societarias legalmente vigentes en Chile. En algunos casos, la ley puede indicar expresamente la forma jurídica que deberá tomar la empresa (sector bancario, seguros, por ejemplo). Una de las formas frecuentemente utilizada en la práctica es la de Agencia de Sociedad Anónima Extranjera, de estructuras holding.

En cualquier caso, el capital de la sociedad que forme el inversionista extranjero debe ingresar al país en un plazo máximo de tres años, a excepción del caso de las sociedades mineras, que por requerir montos mayores de capital el plazo puede ser ampliado a 8 años, es incluso hasta 12 si se obtiene autorización de Comité de Inversión Extranjera.

Otras inversiones que involucren montos superiores a los US\$ 50.000.000.- gozan del mismo beneficio en cuanto al plazo ya que son considerados megaproyectos, mientras que las inferiores no acceden a tal prebenda.

Distintas modalidades del ingreso de capitales.

El Estatuto de la Inversión Extranjera prevé seis distintas modalidades de ingreso de capitales extranjeros en el marco de un proyecto de inversión:

- Monedas extranjeras de libre convertibilidad, internada mediante su venta en una entidad autorizada para operar en el Mercado Cambiario Formal, la que se efectuará al tipo de cambio mas favorable que los inversionistas extranjeros puedan obtener en cualquiera de ellas;
- Bienes Físicos, en todas sus formas o estados, que se internarán conforme a las normas generales que rijan a las importaciones sin cobertura de cambios. Estos bienes serán valorizados de acuerdo a los procedimientos generales aplicables a las importaciones;
- Tecnología en sus diversas formas cuando sea susceptible de ser capitalizada, la que será valorizada por el Comité de Inversiones Extranjeras, atendiendo su precio real en el mercado internacional, dentro de un plazo de 120 días, transcurridos el cual, sin que esa valorización se hubiere producido, se sujetará a la estimación jurada del aportante. No podrá cederse a ningún título el dominio, uso y goce de la tecnología que forme parte de una inversión extranjera, en forma separada de la empresa a la cual se haya aportado, ni tampoco será susceptible de amortización o depreciación.
- Créditos que vengán asociados a una inversión extranjera: las normas de carácter general, los plazos, intereses y demás modalidades de la contratación de créditos externos. Así como los cargos que pueden cobrarse por concepto de costo total que deba pagar el deudor por la utilización de crédito externo, incluyendo comisiones, impuestos y gastos de todo orden, serán los autorizados o que autorice el Banco Central de Chile;
- Capitalización de créditos y deudas externas, en moneda de libre convertibilidad, cuya contratación haya sido debidamente autorizada, y
- Capitalización de utilidades con derecho a ser transferidas al exterior.

2. Fondos de Capital Internacional de la ley 18657.

Por la ley 18.657, publicada en el Diario Oficial con fecha 29 de Septiembre e 1987, fueron creados los denominados “Fondos de Inversión Extranjero”.

Esta normativa nació de la necesidad de atraer inversión extranjera a las bolsas de valores, pues, en las economías de mercado, la inversión bursátil en acciones de sociedades anónimas

es una de las áreas claves para la formación de capital de riesgo y para generar inversiones a largo plazo.

La aparición de los Fondos de Inversión crea mecanismos directos para la llamada inversión de “portafolio”. De esta manera, Chile accede a mercados internacionales de capital, en los que destacan los inversionistas institucionales constituidos por fondos de pensiones, compañías de seguros, etcétera.

Desde su creación a la fecha, los Fondos de Inversión de Capital Extranjero han justificado su creación al obtener importantes resultados, captando capitales por varios cientos de millones de dólares, lo cual ha hecho que estos fondos se hayan transformado en una importante alternativa para la inversión extranjera y a la vez una valiosa vía para el ingreso de capitales “frescos” a nuestro país.

Por otra parte, el referido cuerpo legal tiene relación directa con el Decreto Ley 600, rigiéndose, también en su operativa o aspectos técnicos por las normas de Capítulo XIV del Compendio de Normas de Cambio Internacionales del Banco Central de Chile, el cual dispone que basta registrar la inversión a través del Mercado Cambiario Formal para acceder a la calidad de inversionista extranjero. (Invirtiendo en Chile, 1991)

Por Fondos de Inversión de Capital Extranjero se entiende que se trata de patrimonios formados con aportes provenientes del exterior constituidos con el fin de ser invertidos en valores de oferta pública, o sea en acciones de sociedades anónimas abiertas, en títulos emitidos y garantizados por el Estado, títulos emitidos por el Banco Central de Chile y otros títulos o valores de oferta pública e instrumentos monetarios o financieros que cuenten con la autorización de la Superintendencia de Valores y Seguros, siendo dicho fondo o patrimonio administrado, a su vez, por una sociedad anónima abierta, actuando ésta por cuenta y riesgos de los inversionistas aportantes.

La ley que regula estos fondos contiene normas que analizaremos a continuación en los siguientes puntos relevantes:

Entidades que pueden acogerse a este sistema:

Según el Art. 1 de esta ley, son aquellas que estén organizadas como fondos de inversión de Capital extranjero de Riesgo. Este es un fondo de inversión considerado institucional, y se denomina fondo de inversión al patrimonio integrado por aportes de personas naturales y jurídicas para su inversión en valores y bienes que la ley permita, que administra una sociedad anónima por cuenta y riesgo de los aportantes, la calidad de aportante se adquiere en el momento en que la sociedad recibe el aporte del inversionista, los aportes quedan expresados en cuotas que no pueden ser rescatados antes de la liquidación del fondo, el valor de rescate corresponde a la cuota de participación que confiere el derecho de recibir la parte

proporcional de los activos netos de los fondos que ella representa o su equivalente en pesos, antes del vencimiento del plazo de duración del fondo. El primer fondo de inversión en Chile se creo el año 1999 y se llama The Chile Fund Inc., al que se sumaron otros como The Latin América Equity Fund y The Foreign And Colonial Latin América Fund. Entre las administradoras encontramos a Celfin S.A. e Inverfondos S.A.

Clasificación de los fondos de inversión:

Existen dos tipos, los fondos de inversión de capital extranjero y los fondos de inversión de capital extranjero de riesgo. En ambos casos los inversionistas provienen del exterior, en el caso de los fondos de inversión de capital extranjero de riesgo a diferencia de los otros solo puede invertir en emisiones no registradas en la Superintendencia de Valores y Seguros, en adelante SVS, como por ejemplo Acciones y Bonos, y como lo indica el Artículo 2 de la ley 18657, siempre que la sociedad emisora cuente con estados financieros anuales, dictaminados por Auditores Externos Inscritos en la SVS.

Antecedentes para la Autorización de la SVS:

Según el Artículo 3 de la ley que los regula, los antecedentes necesarios son: 1) Documento de Constitución del Fondo, Escritura Pública o su equivalente, si es emitido en idioma extranjero debe acompañarse de una traducción certificada por el Representante Legal del Fondo, además se debe acreditar la vigencia de la entidad, y que ha sido legalmente constituida de acuerdo al país de Origen. 2) Individualización de la sociedad anónima chilena, encargada de la administración de la inversión en el país. 3) Patrimonio a ingresar, el que no podrá ser inferior a US\$1.000.000.- cuyo plazo para completar es de un año desde la fecha de autorización del fondo. 4) Plazo de duración del fondo 5) Reglamento interno de la operación del fondo.

Organismo fiscalizador:

Como ya se ha mencionado el organismo fiscalizador es la SVS. en lo relativo a sus operaciones y a la inversión de recursos en el País. Además cabe mencionar que al efectuarse esta inversión en conformidad al DL 600, el Comité de Inversiones Extranjeras también cumple un papel fiscalizador pero especialmente en la autorización de la Inversión.

Formas de invertir los fondos:

Las inversiones del fondo de capital extranjero en Chile deben ser en: 1) Acciones de sociedades anónimas abiertas. 2) Títulos emitidos o garantizados hasta su total extinción por el Estado. 3) Títulos emitidos por el Banco Central de Chile. 4) Títulos emitidos o garantizados hasta su total extinción por bancos e instituciones financieras. 5) Letras de Crédito emitidas por bancos emitidas por Bancos e instituciones financieras o por otras entidades autorizadas. 6) Bonos y efectos de comercio inscritos en el registro de valores. 7) Cuotas de fondos de Inversión y 8) Otros títulos o valores de oferta pública e instrumentos monetarios o financieros que cuenten con la autorización de la SVS, en las condiciones que ella determine. Mientras que las inversiones en Chile del fondo de inversión de capital extranjero de riesgo se pueden realizar de acuerdo a la ley 18815, que es la que regula los fondos de inversión nacionales, en su Art. N°5 determina 28 formas de inversión de las cuales, y sin perjuicio de las cantidades que se mantengan en caja, sólo las nueve primeras puede ocuparlas el fondo de inversión de capital extranjero de riesgo, de estos 9, del 1 al 7 solo puede invertir hasta el 30% del activo invertido, mientras que el 70 % restante se puede invertir en los N°s 8 y 9. Los primeros 9 números son los siguientes: 1) Títulos emitidos por la Tesorería General de la Republica, por el Banco central de Chile, o que cuenten con garantía estatal por el 100% de su valor hasta su total extinción. 2) Depósitos a plazo y otros títulos representativos de captaciones de instituciones financieras o garantizadas por estas. 3) Letras de Crédito emitidas por Bancos e Instituciones financieras. 4) Bonos, títulos de deuda de corto plazo y títulos de deuda de securitización cuya emisión haya sido inscrita en el registro de valores de la superintendencia respectiva. 5) Acciones de Soc. Anónimas abiertas, cuotas de fondos de inversión y otras acciones inscritas en el registro de valores de la superintendencia respectiva. 6) Cuotas de fondos mutuos 7) Otros valores o instrumentos de oferta publica que autorice la SVS. 8) Acciones, bonos, efectos de comercio u otros títulos de deuda cuya emisión no haya sido registrada en la superintendencia, siempre que la sociedad emisora cuente con estados financieros anuales dictaminados por auditores externos, de aquellos inscritos en el registro que al efecto lleva la superintendencia.

Limitaciones del fondo:

Existen diversas limitaciones a la libertad de inversión que tiene el fondo además de otros requisitos de dinero que debe cumplir, los mas destacados son: El fondo de capitán extranjero en Chile no puede exceder un 5% del capital social con derecho a voto de un mismo emisor. Al final del primer año de iniciado el fondo deberá tener, a lo menos, un 20% de su activo invertido en acciones de sociedades anónimas abiertas, debiendo llegar a un porcentaje no

inferior al 60% del activo a los tres años. Los fondos de inversión de capital extranjero acogido a las disposiciones de esta ley no podrán en conjunto, poseer directa o indirectamente mas del 25% de las acciones emitidas por una sociedad anónima y por otro lado en el caso de valores emitidos o garantizados por entidades pertenecientes a un mismo grupo empresarial, el conjunto de inversiones del fondo de inversiones de capital extranjero no podrán exceder de 40% de su activo.

Administración del fondo:

Según el Art. 12 de la Ley en estudio la administración del fondo en Chile será ejercida por una sociedad anónima cuyo objeto exclusivo será la administración de fondos (Las sociedades de administración de fondos nacionales, podrán incluir en su objeto la administración de los fondos de inversión de capital extranjero), para este efecto deberá acreditar y mantener un capital no inferior a 6.000. UF por cada fondo que administre. Esta sociedad representará en Chile con plenos poderes, al fondo y estará facultada para contestar demandas y ser emplazada en ellas, siendo solidariamente responsable con el fondo del cumplimiento de las disposiciones legales y reglamentarias aplicadas a este, las operaciones del fondo serán efectuadas por la administradora a nombre del Fondo, quien será el titular de los instrumentos representativos de las inversiones realizadas. La administración podrá encargar la custodia de dichos instrumentos a una empresa de depósito de valores.

Contabilidad de la administradora:

La administradora deberá llevar separadamente la contabilidad de los fondos que administre de la propia.

Tratamiento cambiario:

Los aportes de capital que den origen a los fondos que regula la ley 18657, es decir, los fondos de capital extranjero y fondos de capital extranjero de riesgo, deberán ser efectuados en conformidad al DL 600 , analizado en este mismo capítulo, o al Art. 47 de la Ley orgánica constitucional del Banco Central de Chile. Este artículo forma parte del título 3° de la Ley orgánica del Banco central de Chile, donde se regulan sus facultades y operaciones, el Art. 47 específicamente le otorga la facultad para convenir con inversionistas extranjeros, los términos y modalidades en que el capital, intereses, utilidad o beneficios que se generen, puedan ser utilizados, asegurando el acceso al mercado cambiario formal. Igualmente estos acuerdos deberán ajustarse a las normas y condiciones generales dictadas por el consejo del

Banco Central, aprobado por el total de sus miembros, siendo el Ministerio de Hacienda de Chile el único que puede vetar este acuerdo. Las convenciones realizadas de acuerdo a este Artículo no podrán ser modificadas sino por acuerdo mutuo de las partes concurrentes.

La aplicación de estas leyes se hará con las siguientes excepciones: a) La inversión deberá ingresar en moneda extranjera de libre convertibilidad, internada mediante su venta en una empresa Bancaria o en otras personas o entidades autorizadas por el Banco Central de Chile para constituir el Mercado Cambiario Formal. b) La remesa al exterior del capital aportado no podrá efectuarse antes de 5 años, contados desde la fecha en que se haya ingresado el aporte. Esta última excepción constituye una de las razones que los analistas encuentran al porque no ha funcionado en forma optima esta ley, ya que no resulta atractivo para los inversionistas extranjeros que sus dineros estén retenidos por un periodo excesivo en este fondo.

Tratamiento tributario:

En principio el único impuesto que afecta a los fondos de capitán extranjero es un impuesto único de la renta de un 10% siempre y cuando se remesen cantidades al exterior que no correspondan al capital originalmente invertido, ni a las rentas señaladas en el Art. 18 Bis de la LIR, artículo que exime de todos los impuestos de la LIR, por el mayor valor obtenido en la enajenación habitual y no habitual de acciones de sociedades anónimas abiertas con presencia bursátil, bonos emitidos por el Banco Central de Chile o por el Estado, y Bonos emitidos por empresas constituidas en el país, a los inversionistas extranjeros institucionales. Para que se cumpla esta eximición la enajenación de estos valores debe efectuarse, en bolsa, o en conformidad al Título XXV de la ley N° 18045 (Oferta pública de adquisición de acciones), o mediante algún otro sistema autorizado por la SVS, de acuerdo a la redacción del nuevo artículo 18 Bis, la exención establecida en él solo alcanza a las utilidades provenientes de la enajenación de los instrumentos señalados, por lo tanto, las rentas provenientes de su tenencia no se amparan en dicha franquicia. En el caso que sea aplicable el 10% de impuesto único, este será retenido por la sociedad administradora al momento de efectuar la remesa y se entrega en arcas fiscales dentro de los doce días del mes siguiente al que efectuó la retención.

A propósito de la situación tributaria de este tipo de inversiones, el Oficio N° 2563 del 15 de Junio de 1999, respondiendo a la consulta de un contribuyente respecto a la remesa al exterior de estos capitales, indicó que al momento de hacer la remesa se debe tener presente el orden de imputación a las utilidades tributables, teniéndose presente lo que dice el artículo 14 de la LIR. y el Art. 17 N° 7 de la misma ley, en donde se establece el orden de imputación

que debe dársele a los retiros o distribuciones de rentas efectuadas por las empresas a sus propietarios, socios o accionistas, estos en primer lugar se imputarán a las utilidades tributables con los impuesto que correspondan y una vez agotado el monto de estas, tales retiros o distribuciones deberán imputarse a las rentas exentas o ingresos no gravadas con tributos, dentro de los cuales se comprenden las devoluciones de capital con sus respectivos reajustes que no correspondan a utilidades pendientes de tributación, esta es la norma general que también aplica a los fondos acogidos a la ley 18657, estos , podrán remesar su capital aportado al exterior hasta los 5 años contados desde la fecha de ingresados los aportes, en la medida que no existan utilidades pendientes de tributación con la imposición única que establece dicha ley. Por otro lado, el Art. 16 indica que la remuneración o comisión que perciba la sociedad administradora por la administración de la cartera del fondo estará exenta de IVA.

3. Capítulo XIV del Título I del compendio de normas de cambios internacionales del Banco Central de Chile.

Este cuerpo normativo contempla el registro de capitales extranjeros a través del mercado cambiario formal, hecho que otorga a las personas naturales o jurídicas, chilenas o extranjeras, con domicilio y residencia en el exterior, la calidad de inversionista extranjero.

Es así como las divisas que ingresen al país y que correspondan a inversiones, aportes de capital o, incluso créditos provenientes del exterior, deben ser liquidados en el Mercado Cambiario Formal, que es el constituido por las empresas bancarias y las demás entidades o personas que el Banco Central de Chile autorice para realizar operaciones de cambios internacionales. Por su parte, los pagos y remesas que correspondan a estas operaciones y que realicen los inversionistas en su oportunidad, también deben, necesariamente, efectuarse a través de dicho mercado.

Respecto de los créditos externos, la obligación de pago al exterior o a personas que no tengan residencia en Chile por créditos ingresados al país o desembolsados directamente en el exterior requieren autorización previa del Banco Central de Chile y, a su vez, deben registrarse, en la misma institución, lo que se realiza a través de alguna empresa bancaria o casa de cambio perteneciente al mercado cambiario formal.

Se expresa que el mecanismo contemplado en el capítulo XIV es menos atractivo que otros mecanismos jurídicos como es, por ejemplo, el propio Decreto Ley 600. por ello, los grandes capitales foráneos ingresarían por esa vía, quedando reservado el capítulo XIV a las inversiones de menor rango.

Este capítulo toma relevancia en el tema de nuestra tesis debido a que expresamente se refiere a las operaciones de créditos provenientes del exterior, y por lo mismo, muchas de las inversiones de mediana envergadura que utilizan crédito externo, deben seguir esta normativa. Efectuando un análisis a este capítulo XIV, vemos que contiene normas aplicables a los créditos, depósitos, inversiones y aportes de capital provenientes del exterior, como asimismo aquellas relativas a otras obligaciones con el extranjero, superiores a US\$ 10.000,00 o su equivalente en otras monedas extranjeras. Las características mas destacadas de este capítulo las mencionaremos a continuación:

-La aplicación de esta norma abarcará a las operaciones mencionadas tanto en el ingreso de las divisas, sean estas liquidadas o no o la utilización de ellas en el extranjero.

-Los pagos o las remesas de divisas que corresponda efectuar con motivo de las operaciones referidas en este capítulo, incluidos los intereses, reajustes, utilidades y demás beneficios que éstas pueden generar, se regirán por las normas vigentes en la fecha en que se efectúe el correspondiente pago o remesa.

-El ingreso al país de las divisas que se generan motivo de las operaciones normadas por este capítulo, se **deberán** efectuar a través del mercado cambiario formal.

-Tanto los créditos, inversiones, aportes de capital, la utilización en el extranjero, como la manutención de estos dineros en el extranjero deberán informarse al Banco Central ya sea por medio de la entidad del mercado cambiario formal interviniente como directamente.

-Asimismo los pagos o remesas de divisas, al o en el exterior, que correspondan a capital, intereses, reajustes, utilidades y demás beneficios, que se originen con motivo de las operaciones previstas en el capítulo XIV, deberán ser informadas al banco tanto si las divisas representan una remesa efectuada desde Chile, caso en que se informará por medio de la entidad del mercado cambiario formal interviniente, como si la operación se efectúe directamente en el exterior o una obligación de pago es cumplida en el extranjero con otros recursos.

-Las operaciones que se rigen por este capítulo deben ser informadas por escrito al departamento de operaciones financieras internacionales del banco, dentro del plazo de 10 días corridos contados desde su formalización, las siguientes modificaciones introducidas en los actos o contratos pertinentes:

Sustitución del acreedor, deudor, depositante, depositario, inversionista, aporte de capital y receptor del aporte de capital; Cesión total o parcial de créditos o de los derechos sobre los inversionistas o aporte de capital; Modificación de la razón social; Fusión o división de las sociedades; Calendario o plan de pagos; Condiciones financieras y/o modificación de las cláusulas especiales informadas del crédito; Capitalización total o parcial de un crédito u otras obligaciones de pago; Cambio de inversión o aporte de capital o viceversa, incluidos las

inversiones extranjeras informadas al amparo del DL 600, que no hayan sido formalizadas como tales.

-Tratándose de créditos externos obtenidos mediante la emisión de bonos convertibles, el emisor deberá informar, en la forma y oportunidad señalada, los incrementos o disminuciones que estos experimenten en su monto registrado, con motivo de la conversión de bonos convertibles expresados y pagaderos en pesos, por aquellos convertibles expresados y/o pagaderos en moneda extranjera o por acciones, respectivamente, que efectúe a inversionistas extranjeros que los hubieran adquirido con el producto de capitales ingresados al amparo de este capítulo XIV.

-Además este capítulo norma aquellas operaciones de créditos al exterior que no están incluidas en este capítulo, ni en otros del compendio de normas de cambios internacionales, cuyos montos individuales excedan de la suma de US\$ 100.000,00 o su equivalente en monedas extranjeras, los que debieran informarse al banco tales créditos como así también el pago de los mismos. La información aludida se deberá proporcionar al banco, por escrito, dentro del plazo de 10 días corridos contados desde la fecha en que ocurra la situación indicada.

4. Operaciones sobre ADR.

Los ADRs, son instrumentos financieros que se transan en las Bolsas de Valores norteamericanas y que representan una cantidad específica de acciones de una empresa, bonos u otro instrumento financiero emitido por una empresa, no norteamericana, cuyos propietarios son de un país diferente y físicamente ubicados fuera de EE.UU.

Con este instrumento financiero, los inversionistas norteamericanos pueden diversificar su inversión en empresas extranjeras, pero asegurando que la validez legal del título sea en EE.UU.

Los ADRs son fuente de financiamiento para las empresas emisoras. Al ser una operación financiera realizada en lugares geográficos diferentes, se requiere de la participación de varios intermediarios, lo que implica costos de transacción, los que no son despreciables. Así, se requiere la participación de bancos intermediarios tanto en el país emisor como en EE.UU. De igual forma se requiere, para dar solidez y seriedad al sistema, la participación de organismos reguladores de los países emisores y de los EE.UU.

Los ADRs han funcionado desde 1927 y fue el Morgan Guaranty quien lo introdujo al mercado norteamericano, con niveles de transacción cada vez más crecientes hasta nuestros días. Esta idea se ha extendido a otras áreas, así existen también European Depositary Receipts (EDRs) que permiten la transacción de acciones de otros países en la bolsa de Luxemburgo; los International Depositary Receipts (IDRs) que consisten en la venta de acciones de empresas norteamericanas en otros mercados.

Ventajas de los ADRs para la empresa emisora local

De las múltiples ventajas, las principales son las siguientes:

- Constituye una buena alternativa de financiamiento especialmente para las empresas provenientes de países de mercados de capitales pequeños en los cuales se ha complicado acceder a los fondos o bien en el caso en que se requieran sumas cuantiosas de capital que difícilmente se obtendrán en el mercado local.
- Mejora el prestigio y reconocimiento de la compañía frente a la comunidad de inversionistas y banca nacional e internacional, dada la solidez económica y financiera que deben tener las compañías antes de entrar a cotizar en los mercados mundiales, efecto que puede incidir positivamente en un mayor volumen de negociaciones y mejores condiciones para acceder a fuentes tradicionales de financiamiento.
- Incremento en el valor de cotización bursátil al mejorar la imagen de la empresa emisora y la consecuente mayor demanda por sus títulos, demandaría un alza en el valor de éstos.

Mecanismo de funcionamiento de los ADRs

Esta operación se lleva a cabo cuando la empresa no norteamericana, sociedad anónima abierta en el caso de Chile, efectúa una emisión de acciones con el fin de colocarlas en los mercados o bolsas de valores de Estados Unidos de América.

El banco depositario es el titular de las acciones emitidas por la empresa chilena y las mantiene en su poder a su nombre.

De esta operación, por medio de un mandatario extranjero se emiten dos títulos de instrumentos financieros:

-ADS: Representan las acciones emitidas por la empresa chilena y las mantiene en su poder a su nombre.

-ADR: Representan los equivalentes de los ADS y son en definitiva los que salen a circulación, para ser adquiridos por los inversionistas extranjeros.

Los recursos obtenidos de la colocación de los ADRs en el exterior son transferidos a la empresa chilena emisora de las acciones, en la moneda extranjera que corresponda, la cual se convierte a pesos en el mercado cambiario formal.

El banco depositario debe traspasar los dividendos a los inversionistas extranjeros tenedores de los ADRs en la proporción que corresponda, quienes en definitiva son los que tienen derecho a los beneficios de la tenencia de ADRs.

Tipos de ADRs.

De acuerdo al lugar en donde se pueden transar los ADRs y considerando la autorización de la operación por la empresa emisora, se puede establecer la siguiente clasificación:

Los ADRs no patrocinados o unsponsored: Son programas de ADRs que no se cotizan en bolsa y son mantenidos por varios bancos de EE.UU.

Los ADRs patrocinados o Sponsored: Se caracterizan porque requieren de la autorización de la empresa emisora y pueden ser emitidos por solo un banco norteamericano. Existen tres niveles de ADRs patrocinados, los cuales difieren básicamente por su exigencia de información:

Nivel I: Este nivel requiere menos antecedentes, sólo se exige presentar tres años de balances y toda la información suministrada en los últimos 18 meses a la bolsa de valores local, estos ADRs se registran sólo en el SEC (Securities and Exchange Commission), organismo equivalente en nuestro país a la SVS. En este nivel no se permite aumentos de capital.

Nivel II: Permite la transacción de valores en las bolsas de comercio estadounidenses, pero no faculta a la empresa emisora para realizar una nueva emisión de acciones. La empresa emisora debe inscribirse en alguna de las bolsas de valores de Estados Unidos y adecuar sus sistemas de contabilidad al utilizado en los Estados Unidos.

Nivel III: Permite a la empresa captar capital, efectuando emisiones directamente en el mercado norteamericano y debe cumplir con todas las exigencias de los ADRs de segundo nivel.

Agentes que participan en las operaciones de ADRs.

Empresa Emisora: Sociedad anónima abierta constituida en el país e inscrita en el Registro de Valores, cuyos títulos originan operaciones de ADRs.

Banco Depositario: Banco comercial norteamericano que emite ADRs con un capital y reservas superior a US \$ 1.000 millones.

Banco Custodio: Banco nacional que, optativamente, puede ser designado por el banco depositario para guardar en custodia los títulos (acciones o bonos, etc.) de la sociedad emisora.

Lead underwriter: Agente colocador de títulos que garantiza la casi totalidad de la suscripción de la emisión, mediante un contrato de underwriting, incluso en la eventualidad de que los ADRs no sean adquiridos por los inversionistas.

Sec: Comisión de Valores de EE.UU. en la que deben registrarse los ADRs para su oferta pública y venta en el mercado de valores del país.

Mercados de Valores Extranjeros: Lugar donde se transan los ADRs. En EE.UU. pueden ser el New York Stock Exchange (NYSE), American Stock Exchange (AMEX) o el National Association Of Securities Dealers Automated Quotation (NASDAQ), entre otros, los cuales tienen distintos requerimientos para la transacción de valores de empresas no estadounidenses.

La oferta y venta de ADRs en los EE.UU. requiere el registro de los ADS y ADR en el SEC, para lo cual este organismo solicita información de la empresa, ya sea financiera, de producción, de personal, de juicios pendientes, etc.

Marco Normativo de los ADRs en Chile.

En Chile, sólo desde 1990 se ha introducido al mercado el sistema de financiamiento para las empresas a través del mecanismo de ADRs. En la reglamentación de este mecanismo intervienen tres organismos: El Banco Central de Chile, la SVS y el Servicio.

Banco Central: En esta normativa se fijan las características relevantes y los requisitos que deben cumplir tanto las empresas emisoras de títulos (acciones) como de los bancos que actúan como depositarios y custodios. Se establecen normas respecto a los “Flujos de

regreso (flowback)” y los “Afluentes (inflow)”, así como la transferencia de recursos y la información requerida en estas operaciones. En la norma del Banco Central se establece, además, que los títulos (ADRs) deben ser emitidos por la empresa Bancaria, y que se debe estipular que esta última actúa por sí o como mandataria y que a la vez mantendrá en su poder en carácter de depositario y bajo su custodia las acciones representadas por los titulares (ADRs). Por otro lado regula las formas de adquirir monedas extranjeras, para cumplir con los compromisos adquiridos por la empresa bancaria y la empresa emisora de acciones, así como la forma de liquidar, ya sea para enviar las remesas al exterior o para liquidar los recursos provenientes de la venta de ADRs. La característica central que se puede deducir de las normas del Banco Central respecto de los ADRs se refiere principalmente a los procedimientos que se deben seguir, para operar con ADRs, así como, a las restricciones que se imponen a estas operaciones, son aspectos más bien de tipo normativo que exigencias sobre temas de información a los accionistas.

Superintendencia de Valores y Seguros (SVS): Regula la información que deberán entregar obligatoriamente las sociedades emisoras de valores y de acciones sean transadas en los mercados bursátiles extranjeros a través del mecanismo ADRs, así como la información que deberán proporcionar los bancos depositarios o custodios. Los Requisitos que deben cumplir una empresa emisora para la primera emisión de títulos en los mercados bursátiles extranjeros como: el aviso de citación o junta de accionistas, cumplimiento de la ley chilena en el sentido de la oferta preferente de acciones por aumento de capital primeramente a los actuales accionistas, la venta en bolsas extranjeras no puede ser en condiciones y/o precios más favorables de la que la efectuada a los accionistas existentes, antes de la emisión. Las normas se centran principalmente en el flujo de información hacia el mercado, a la diferencia de las normas del Banco Central quien tiende a regular aspectos operativos y de funcionamiento del mecanismo de ADRs.

Servicio de Impuestos Internos: El tratamiento tributario para los dividendos de ADRs en Chile es igual al normal de los inversionistas extranjeros titulares directos de acciones, es decir, están afectos al Impuesto Adicional del 35%, con derecho a deducir el crédito por Impuesto de Primera Categoría. El traspaso de Dividendos que hace el banco depositario a los tenedores de los ADRs no queda afecto a impuestos en Chile, lo mismo ocurre con el mayor valor obtenido en la enajenación de los ADRs que pueden efectuar los tenedores, ya que se trataría de rentas de fuente extranjera, percibidas por personas sin domicilio o residencia en Chile.

PROBLEMA.

Durante el año 2001 según datos entregados por el Ministerio de Relaciones Exteriores, en su informe anual, y solo considerando los Estados Unidos y la Unión Europea, en Chile invirtieron US\$ 32.378 millones, cantidad que debería aumentar con los nuevos acuerdos comerciales con la Unión Europea (año 2002), y los Estados Unidos (año 2003) de hecho el mismo informe de la Cancillería manifestó que estos acuerdos “resultan un incentivo a la llegada de nuevas inversiones de intereses Europeos y Norteamericanos”(www.hacienda.cl). Pero hay ciertas normas tributarias que se deben revisar para lograr que esta apertura comercial funcione y logre su objetivo, como lo manifestó el mensaje del proyecto de ley plataforma de inversiones “Se ha hecho necesario adecuar las normas tributarias nacionales a las nuevas situaciones que se van presentando en esta apertura al exterior a **fin de resguardar el interés del país**” (Historia de la Ley 19840, 2002).

Una de estas normas tributarias corresponde a la que regula el endeudamiento relacionado con el exterior, hasta el año 2001 no existía normas de control referente a este tipo de inversión (Inversión de extranjero por medio de préstamo a una empresa relacionada en Chile), siendo un 75 % de la inversión extranjera en la minería por esta vía, “lo que ha permitido eludir el impuesto adicional que se aplica a las utilidades de los inversionistas extranjeros”, según lo indicó el semanario “La semana jurídica” (Ceppi del Lecho, R, 2002). Este impuesto asciende en régimen normal a un 35% de la remesa de utilidad y a un 42% si el inversionista esta acogido al beneficio de la invariabilidad tributaria, en cambio si estos son considerados intereses la empresa que aparece haciendo el préstamo, paga solamente un 4% de impuesto.

Con la ley 19738, durante la reforma tributaria del año 2001 se modificó la LIR con el objetivo de evitar que las empresas matrices extranjeras financiaran a sus filiales con préstamo en vez de capital, pero “**esta norma resultó compleja y de difícil aplicación**”(Ceppi del Lecho, R, 2002) produciendo consecuencias no deseadas, como lo ocurrido con los inversionistas Japoneses, Sres. Sumitomo Corporation, quienes presentaron reclamos ante el comité de inversiones extranjeras manifestando que la nueva ley “vulneraba los derechos establecidos y pactados en el contrato ley suscrito con el Estado en 1993” . La situación que más afecta a estos inversionistas es que las disposiciones de esta ley aplican con efecto retroactivo, esto es respecto de créditos contratados con anterioridad a su promulgación y no tuvieron en consideración los derechos y garantías establecidos en los contratos suscritos entre el estado de Chile y los inversionistas extranjeros, de acuerdo a las normas del Decreto Ley 600 sobre Estatuto de la Inversión Extranjera. Además denunciaron una discriminación arbitraria de que estaban siendo objeto como inversionistas extranjeros respecto de los nacionales, ya que los últimos podían mantener un nivel de endeudamiento

sin limitaciones y no quedaban sujetos a un impuesto castigo como el aplicado a los inversionistas extranjeros. ([www.estrategia.cl/ambito empresarial.html](http://www.estrategia.cl/ambito_empresarial.html))

En el presente año se aprobó la ley 19879, iniciativa del gobierno que según lo indicó el proyecto de esa ley “pretende efectivamente solucionar los problemas de elusión detectados y resolver las **complejidades constatadas en la aplicación de las modificaciones anteriores**” (Historia de la Ley 19879, 2003) Sin embargo, uno de los puntos mas conflictivos de la ley 19738, como es la retroactividad de la aplicación de la ley, no cambió.

En total se han aprobado dos leyes modificatorias de la normativa relacionada con “El exceso de endeudamiento con extranjeros” en menos de dos años y aun no se visualiza una aplicación clara de estas normas ni una mejora con respecto a la primera ley, situación que por lo expuesto, no es favorable para los inversionistas extranjeros y sus empresas relacionadas en Chile. Si además consideramos la importancia y complejidad que representa la tributación en general para nuestra profesión de Contador Auditor y en este caso en particular en nuestro rol de asesores de estas empresas se nos hace necesario encontrar modalidades de aplicación de estas normas, para eso hemos estimado **pertinente realizar un trabajo comparativo entre los efectos de la ley 19738 y sus posteriores modificaciones aprobadas.**

OBJETIVOS GENERALES

- 1) Entender las normas tributarias relacionadas con el exceso de endeudamiento de las empresas chilenas con sus relacionadas en el extranjero.
- 2) Proponer los posibles efectos en las empresas chilenas con la nueva norma tributaria sobre exceso de endeudamiento con inversionistas extranjeros.

OBJETIVOS ESPECIFICOS

- 1) Analizar las formas de materialización de la inversión extranjera en Chile.
- 2) Comparar los efectos de la aplicación de la Ley 19738 y 19879
- 3) Analizar la interpretación que al respecto ha realizado el Servicio a través de sus circulares y resoluciones.
- 4) Proponer posibles efectos de las modificaciones al Art. 59 de la LIR. a través de situaciones hipotéticas.

METODOLOGÍA

El trabajo de investigación se desarrollara en las siguientes etapas.

I. Estado actual de la legislación relacionada con la inversión extranjera.

1. Revisar bibliografía e información histórica sobre el tema
2. Revisión en Internet de artículos relacionados con el tema.
3. Obtención de información referente a la inversión extranjera sobre la base de contratos entre inversionistas y el Estado de Chile.
4. Obtención de información referente a la inversión extranjera por medio de fondos de capital internacional de la ley 18657.
5. Obtención de información referente a la inversión extranjera por medio del capítulo XIV del Título I del compendio de normas de cambios internacionales de Banco Central de Chile.
6. Obtención de información referente a la inversión extranjera por medio de la Emisión ADR's.
7. Redactar informe.

II. Informe sobre las principales diferencias de la aplicación de ambas leyes.

1. Revisar en la Ley 19738 los artículos que modifican el Art. 59 N°1, de la LIR
2. Revisar en la Ley 19879 los artículos que modifican el Art. 59 N°1, de la LIR.
3. Establecer parámetros de comparación.
4. Redactar informe y confección de cuadro comparativo.

III. Informe sobre los pronunciamientos del Servicio (S.I.I.) referente al tema.

1. Obtención de información referente a oficios del Servicio.
2. Obtención de información referente a circulares del Servicio.
3. Obtención de información referente a jurisprudencias administrativas del Servicio.
4. Revisión en Internet de artículos relacionados con el tema en la página del Servicio.
5. Redactar informe.

IV. Estudio del efecto que tienen estas leyes en la carga tributaria de las empresas Chilenas.

1. Recolección de datos pertinentes para la aplicación de la normativa.
2. Implementar la aplicación
3. Llevar a cabo la implementación de la aplicación de la normativa.
4. Resultado de la aplicación de la normativa y determinación de los efectos relevantes de la normativa.

RESULTADOS Y DISCUSIÓN.

I. LEYES RELACIONADAS CON EXCESO DE ENDEUDAMIENTO

Ley contra la evasión y elusión tributaria.

La ley 19738, publicada en el diario oficial el 19 de junio del 2001, agrego 4 incisos al N° 1 del Art. 59 de la LIR. , mediante las cuales se establece que en el caso que las empresas deudoras nacionales tengan un exceso de endeudamiento en los términos que lo definen dichas normas por créditos otorgados por entidades o personas acreedoras extranjeras con las cuales se encuentran relacionadas, se aplicará a los intereses que se remesen al exterior la tasa del impuesto adicional del 35% en lugar de la alícuota del 4%.

Esta modificación para su análisis la podemos separar en 6 puntos importantes.

Tasa de aplicación: Originalmente el artículo 59 N°1 afectaba con un 4% el pago de intereses por prestamos efectuado por extranjeros, lo que significaba una tasa muy baja en relación a la que afecta las remesas al extranjero que es de un 35%. Esta legislación generó una situación muy conveniente para los inversionistas extranjeros y sus empresas filiales en Chile ya que se financiaban solo con préstamo, funcionando casi sin capital, con esto los extranjeros en vez de retirar utilidades afectas al 35%, las reciben como intereses de préstamos estando sólo afectas al 4%. Sin embargo esta nueva ley pretendió controlar esta anomalía que generaba elusión, por medio de afectar con tasa normal, es decir un 35%, los pagos de intereses de los créditos de las letras b), c), d) del N°1 del Art. 59, es decir:

- b) Créditos otorgados desde el exterior por instituciones bancarias o financieras extranjeras o internacionales.
- c) Saldos de precios correspondientes a bienes internados al país con cobertura diferida o con sistema de cobranzas.
- d) Bonos o debentures y demás títulos emitidos en moneda extranjera por el Estado de Chile o por el Banco Central de Chile.

Esta nueva tasa solo se aplica si la transacción se efectúa entre relacionadas y que exista un exceso de endeudamiento en el ejercicio en que se otorgaron los créditos. Este exceso de endeudamiento se determina considerando el endeudamiento total por los tres tipos de transacciones mencionadas y que este endeudamiento sea superior a tres veces el patrimonio de la empresa chilena en el ejercicio y señalado. Ante este índice podemos extraer una de las intenciones de esta ley, un índice financiero normal es de 1 (endeudamiento/patrimonio), por lo tanto esta nueva ley no debiera causar ningún problema a este tipo de empresas ya que

solo apunta a las empresas que funcionan prácticamente con deuda, aislando sólo aquellos casos con elusión.

Definiciones relevantes:

Patrimonio: Para la determinación de la tasa de endeudamiento es necesario determinar el patrimonio, cuyo cálculo comienza en forma tributaria, pero finaliza con un cálculo contable. Según analistas tributarios, la operatoria práctica se visualizó bastante problemática, debido a los distintos matices que contiene este calculo, lo que provocó una modificación contenida en la ley siguiente (19879-2003).

En principio el patrimonio corresponde al capital propio determinado al 1º de enero del ejercicio en que se contrajo la deuda o a la fecha de iniciación de actividades si es una empresa nueva, considerando lo indicado en el Art. 41 en su inciso primero, es decir, dicho patrimonio será equivalente a la diferencia entre el activo y el pasivo exigible a la fecha de iniciación del ejercicio comercial correspondiente, rebajándose previamente todos aquellos valores intangibles, nominales, transitorios y de orden y otros que determine la dirección nacional del SII, que no representen inversión efectiva, debiendo formar parte de dicho patrimonio los valores del empresario o socio de sociedades de personas que hayan estado incorporados al giro de la Empresa y excluyéndose en el caso de contribuyentes que sean personas naturales los bienes y deudas que no originen rentas gravadas en la 1ª Categoría o que no correspondan al giro, actividades o negociaciones de la empresa. Todo lo anterior reajustado en el porcentaje de variación experimentada por el IPC entre el último día del segundo mes anterior al de iniciación del ejercicio y el último día del mes anterior al de balance o cierre del periodo comercial correspondiente.

Hasta aquí es un cálculo totalmente tributario, considerando la norma general de determinación del capital propio.

Al resultante de este calculo agregar o deducir los aportes calificados de capital o los retiros efectuados durante el ejercicio comercial de determinación de la tasa de acuerdo a su permanencia o no permanencia en el periodo correspondiente, considerada esta a contar del mes anterior en que tales hechos ocurrieron y hasta el mes anterior al termino del ejercicio con la reajustabilidad correspondiente en caso de retiros o aporte de acuerdo al Art. 41. de la LIR Además deberán ser excluidos los haberes pertenecientes a los socios incorporados en el giro, que no correspondan a utilidades no retiradas, que devenguen intereses a favor del socio.

El cálculo del patrimonio de aquí en adelante considera ciertos valores contables que generan confusión en la determinación del índice.

Lo que continúa en la determinación del patrimonio es agregar la participación que le corresponde a la empresa deudora en el resultado de sus sociedades filiales o coligadas, es decir efectuar el calculo del Valor Patrimonial Proporcional, en adelante VPP, de la matriz con su filiales, pero este ajuste para los efectos del calculo de patrimonio de esta disposición especial deben rebajarse de las filiales o coligadas, es decir, los valores solo los puede considerar la matriz en su calculo del patrimonio, pero solo se debe efectuar si se cumplen los siguientes requisitos.

- Si tanto la empresa matriz como las filiales o coligadas llevan su contabilidad de acuerdo a principios contables generalmente aceptados;
- Si el valor de la inversión en filiales o coligadas se determina de acuerdo a un método contable que refleje la participación proporcional de la matriz en el patrimonio de las filiales o coligadas y;
- Si tanto la matriz como las filiales son auditadas por auditores inscritos en la superintendencia de valores y seguros.

Dichos auditores deberán certificar además, el valor de la inversión en filiales o coligadas determinado de acuerdo al referido método contable. La empresa o sociedad que opte por esta metodología contable para determinar el capital propio, no podrá cambiarlo sin autorización de la superintendencia de valores y seguros.

Lo ultimo genera una confusión respecto a la forma de determinar el patrimonio, la ley obliga a efectuarlo de esta forma, sin embargo al final lo considera una opción y que otra metodología debe aprobarla la superintendencia, este inciso generó numerosas dudas en la aplicación de la ley., es por esta razón, que se modifico la metodología de determinación de patrimonio con la ley 19.879.

Endeudamiento total anual: Para esto se considera el valor promedio mensual de la suma de los créditos y pasivos financieros con entidades relacionadas, señalados en las letras b), c) y d) del Artículo 59, que la empresa registre al cierre del ejercicio en que se contrajo la deuda.

En ningún caso se considerarán los pasivos no relacionados, ni los créditos relacionados que generen intereses afectos al 35%.

Se incluyen las comisiones y otros recargos, que no sean de carácter legal y que incrementen el costo del endeudamiento, esto para evitar que se cambie la figura del contrato para evitar caer en el pago de una tasa alta de impuesto por intereses remesados. Otra modificación encontrada en la ley 19879 se refiere a los intereses considerados en el calculo del endeudamiento, donde además de los pagados también incluye los devengados.

Empresa Deudora Relacionada: Se entenderá que el preceptor o acreedor del interés se encuentra relacionado con el pagador o deudor del interés, cuando el acreedor o deudor directa o indirectamente posee o participa en 10% o más del capital o de las utilidades del otro y también cuando se encuentra bajo un socio o accionista común que directa o indirectamente posea o participe en un 10% o más del capital o de las utilidades de uno y otro. Otra instancia que se considera relacionada es cuando existe un financiamiento con garantías en valores de terceros, por el monto que se garantice efectivamente. Esta última consideración de relacionada fue muy ambigua, lo que afecta a prestamos como los project financing, los cuales no deberían considerar como relacionados, la ley 19879 del 2003 corrigió en parte esta anomalía encontrada en la ley del 2001. En la nueva ley publicada en el año 2003 se agregó a los paraísos tributarios como relacionados, es decir cualquier transacción que involucre a un extranjero domiciliado en un país considerado como paraíso tributario se considerara transacción entre relacionados.

La determinación del exceso de endeudamiento se efectuará en el mismo ejercicio en que se contraten nuevos créditos que forma parte del endeudamiento total de la empresa deudora nacional con entidades acreedoras extranjeras con las cuales se encuentra relacionadas en los términos previstos por la ley, y según el Servicio esa tasa afectará a todos los intereses que por estos nuevos créditos se remesen al exterior, sin la posibilidad de que dicha alícuota o tributación general sea cambiada hasta que se sirva en su totalidad el crédito contratado. Con esto se evita que se cambie la estructura jurídica de la empresa para evitar caer en exceso de endeudamiento, ya que aunque se modifique la empresa o la deuda, el cálculo inicial es el que permanece. La nueva ley perfeccionó esta intención del legislador indicando que cualquier modificación a la estructura o novación de la deuda no provoca variación en el cálculo inicial de endeudamiento.

Declaración Jurada: Todos los contribuyentes que se encuentren en condición de deudas deben informar al Servicio las condiciones de los créditos otorgados desde el exterior por las entidades mencionadas y para eso, deben efectuar una declaración jurada que según el Servicio, debía presentarse como último plazo el 30 de Septiembre del 2002. Si el deudor se negare a formular dicha declaración o si la presentada fuera incompleta o falsa, se entenderá que existe relación entre el preceptor del interés y el deudor. La entrega maliciosa de información incompleta o falsa en la declaración jurada, que implique la no aplicación de lo dispuesto en los párrafos anteriores, se sancionará en la forma prevista en el inciso primero del artículo 97 del N°4 del Código Tributario, lo que implica multa e incluso pena corporal.

Tratamiento de la diferencia del impuesto: La diferencia de impuesto que resulte entre la tasa de 35% y la de 4% que se haya pagado en el ejercicio por los intereses que resulten del exceso de endeudamiento, será de cargo de la empresa, la cual podrá deducirlo como gasto necesario para producir la renta como lo indica el Artículo 31 de la LIR.

Excepciones: Según la ley en análisis esta no se aplicará cuando el deudor sea una entidad cuya actividad haya sido calificada de carácter financiero por el ministerio de hacienda a través de una resolución fundada, dicha secretaría de Estado en cumplimiento de lo anteriormente establecido, ha dictado la resolución Ex. N° 1148, publicada en el Diario Oficial del 26 de Septiembre del 2001, estableciéndose lo siguiente “ Calificase de financiera la actividad de los bancos y sociedades financieras y de las empresas de leasing financiero, sometidas a la fiscalización de la superintendencia de Bancos e Instituciones financieras, y la actividad de las compañías de seguros y reaseguros y de las empresas de leasing financiero, sometidas a la fiscalización de la superintendencia de Valores y Seguros, para efecto de lo dispuesto en el inciso final del N° 1, del Art. 59 de la LIR”, es decir un banco o institución financiera en general, esto tiene su lógica ya que los bancos por la naturaleza de sus operaciones normalmente exhiben razones de deuda patrimonio altas y la intención de la ley no apunta hacia estas instituciones específicamente. Además de la interpretación de la ley podemos destacar tres excepciones ejemplares.

- Las deudas Contraídas con acreedores nacionales relacionados o no.
- Las deudas con acreedores no relacionados cualquiera sea la tasa de impuesto adicional que afecte a los intereses o estos se encuentren exentos.
- Las deudas contraídas con acreedores extranjeros relacionados, en cualquier término, cuyos intereses se gravan con impuesto adicional con tasa de 35 %.

En la nueva ley se agrega una nueva excepción que tiene relación con los organismos financieros multilaterales cuando estos son los que otorgan el préstamo.

Vigencia: Esta ley tiene dos vigencias determinadas de acuerdo a la fecha de la realización de la transacción:

- Para todas las operaciones posteriores a la publicación de la ley la ley aplica desde su publicación.
- Para las operaciones ya contratadas o realizadas a la fecha de publicación de esta ley y siempre que a la fecha de celebración de dichas operaciones el endeudamiento haya sido superior a tres veces el patrimonio, regirá respecto de los intereses que se paguen a contar del 1° de Enero del 2003, excepto que estas operaciones sean prorrogadas o se modifique

- la tasa de interés pactada originalmente, en ese caso la aplica la vigencia desde la publicación.

Ley que trata el Endeudamiento excesivo a financiamiento de proyectos y otras materias Tributarias.

La última modificación a esta normativa está contenida en la ley N° 19.879 publicada en el Diario Oficial el día 24 de junio de 2003. Esta modificación principalmente persigue tres grandes objetivos:

- Solucionar problemas de elusión detectados
- Corregir consecuencias no deseadas, y
- Una nueva excepción.

Análisis De Las Modificaciones contenidas en la ley N° 19879

Solucionar problemas de elusión detectados: Aún había formas de burlar la norma a través de:

Paraísos Tributarios: Con esta modificación se agrega dentro del concepto de personas relacionadas al perceptor o acreedor del interés constituido, domiciliado o residente en paraísos tributarios o regímenes fiscales preferenciales nocivos. La principal característica de los paraísos tributarios es la falta de transparencia y de intercambio efectivo de información, por lo que resulta imposible verificar la veracidad de los antecedentes entregados por los contribuyentes al Servicio

El origen de los paraísos tributarios se presume tan antiguo como el de los impuestos, reconociéndose su utilización desde la antigua ciudad de Atenas (Calderwood, John, 1988.)

Los paraísos tributarios adquieren mayor relevancia a partir del periodo de la posguerra (1947- 1950). La expansión de los negocios más allá de las fronteras nacionales y las innovaciones tecnológicas afectarían la forma de administración de las empresas multinacionales haciendo que el lugar físico de su administración tuviera cada vez menos importancia. El fin natural de todo negocio de maximizar sus beneficios después de impuestos, hace legítimo el intento por reducir el promedio de su carga impositiva buscando nuevas formas jurídicas, dentro de un marco legal, a nivel nacional, internacional, multinacional o transnacional.

Dentro de este contexto han aparecido territorios, jurisdicciones o estados con un sistema tributario especial que incentiva o atrae a los contribuyentes de otros estados a que localicen sus capitales en ellos y de ahí invertir en otros países. De esta manera los paraísos tributarios

han atraído a muchos inversionistas pero esta atracción ha provocado muchos abusos, especialmente con relación a la elusión y evasión fiscal en países con altas tasas impositivas. Sin renunciar a su potestad tributaria, pero concientes de este escenario, los estados han tenido que ceder a favor de una soberanía supranacional, en forma de acuerdos bilaterales para evitar la doble tributación internacional; acuerdos que buscan la igualdad fiscal entre los inversionistas nacionales y los extranjeros, garantizándoles la neutralidad impositiva para que el factor fiscal no influya en las decisiones relativas a la localización de las rentas y patrimonios, pero los intentos por coordinar los distintos sistemas tributarios no han sido suficientes, exponiéndose a múltiples tributaciones a las empresas que invierten simultáneamente en distintos países a través de holding y filiales.

Por otra parte, la globalización ha fomentado la creación de un “mercado fiscal” en donde los gobiernos participan en una virtual “competencia tributaria” destinados a atraer o mantener inversiones, y que para muchos esa competencia puede convertirse en nociva y perjudicial. El concepto de paraíso tributario es equívoco y responde principalmente a una necesidad de circunscribir o definir, en la esfera jurídica tributaria, unos territorios en los que no existen impuestos directos que graven las ganancias de capital, las utilidades, dividendos y el incremento del patrimonio o, si existen, son nominales o bajos. (Candonado, Rolando, 1999.)

En este sentido en el campo de Derecho Internacional, más que definición de paraíso tributario, se dan claves para reconocer estas jurisdicciones.

La Organización de Cooperación y Desarrollo Económico (en adelante OCDE.), organismo internacional citado por nuestra legislación como guía de reconocimiento de paraísos tributarios, desde su punto de vista señala en su informe ciertos factores claves por ejemplo:

- No impone o solamente impone impuestos nominales.
- Se ofrece así misma, o se percibe como si se ofreciera a sí misma, como un lugar para ser usado por no residentes para escapar de los impuestos en su país de residencia.
- Tienen leyes o prácticas administrativas que impiden el intercambio efectivo relevante de información con otros gobiernos respecto a contribuyentes que se benefician de la jurisdicción de bajo o ningún impuesto
- Falta de transparencia y la ausencia de requerimientos de que la actividad sea substancial, ya que esta sugiere que una jurisdicción podría estar intentando atraer inversiones o transacciones totalmente motivada por los impuestos.

La lista de países que se encuentran en esta situación será determinada por Decreto Supremo del Ministerio de Hacienda y corresponderá a la lista que establece periódicamente la OCDE.

El Ministerio de Hacienda a través de su decreto Supremo N° 628/03, estableció la lista de países o territorios considerados Paraísos Fiscales o Regímenes Fiscales preferenciales nocivos, esto implica, como se ha escrito, que los créditos otorgados por personas constituidas, domiciliadas o residentes en los países de la lista, se consideran siempre relacionados para los efectos de calcular el exceso de endeudamiento. Los países o territorios señalados son:

- Principado de Andorra,
- Anguila,
- Antigua y Barbuda,
- Aruba,
- Bahamas,
- Estado de Bahrein,
- Barbados,
- Belice,
- Bermudas,
- Islas Vírgenes Británicas,
- Islas Caimán,
- Islas Cook,
- República de Chipre,
- Dominica,
- Gibraltar,
- Granada,
- Guernsey,
- Islas Man,
- Jersey,
- República de Liberia,
- Malta,
- República de Mauricio,
- Montserrat,
- Antillas Neerlandesas,
- Niue,
- República de Panamá
- Samoa,
- República de San Marino,
- San Cristóbal (San Kistts) y Nevis,

- Santa Lucía,
- República de Seychelles,
- San Vicente y Granadinas,
- Principado de Liechtenstein,
- Principado de Mónaco,
- República de Islas Marshall,
- República de Nauru,
- República de Vanuatu,
- Turcas y Caicos,
- Islas Vírgenes (EE.UU.)

La vigencia de esta modificación regirá respecto de los créditos que se suscriban a contar del 1º de enero de año 2003 y se consigna además que se tendrá en cuenta el domicilio del preceptor o acreedor del interés solo a la fecha del otorgamiento del crédito respectivo no siendo aplicable esta disposición si posteriormente queda comprendido en la lista de paraíso tributarios.

Intereses devengados no pagados y bonos emitidos en moneda nacional: En el cálculo del exceso de endeudamiento se agregan dos nuevas figuras que se deben considerar dentro de los pasivos con personas relacionadas: Bonos o debentures emitidos en moneda nacional; e intereses devengados en deudas ya consideradas en el cálculo, que no se hubieren pagado y que a su vez devenguen intereses a favor del deudor

La incorporación de los bonos emitidos en moneda nacional, como estas operaciones implican una forma de financiamiento que puede darse con una entidad relacionada, al igual que la emisión de bonos en moneda extranjera, se hace necesario incorporarla para determinar la relación deuda-patrimonio.

En el caso de los intereses, como estos pasan a ser parte del capital adeudado, al devengar intereses, corresponde considerarlos como parte de la deuda. Jurídicamente esto se conoce con el nombre de anatocismo y no son otra cosa que los intereses de los intereses.

Fusiones, divisiones, disoluciones o cualquier otro acto jurídico u operación que implique el traslado o la novación de deudas: En esta modificación el legislador establece expresamente cual será la tasa del impuesto al cambiar la persona deudora del interés con ello se aplica en forma consistente la norma y se da mayor certeza tributaria a los agentes económicos, al mantenerse constante la tasa de impuesto pagado por los intereses independientemente de las modificaciones que sufra la estructura de la empresa. En la práctica se entiende que si al

contraer el préstamo se queda afecto a la sobre tasa por el pago de los intereses por exceso de endeudamiento, esta tasa se deberá pagar hasta la extinción del préstamo no importando si hubo alguna modificación o cambio de la persona (o empresa) deudora; a la inversa si al contraer la deuda no se estableció exceso de endeudamiento y se traspasa la deuda a una persona que sí se encuentra en esta condición, solo se pagará el 4% determinado a la fecha del otorgamiento del respectivo crédito.

Al respecto en nuestra legislación la Ley N° 18.046, Ley de Sociedades Anónimas se encuentran los siguientes conceptos:

- División de una sociedad: Consiste en la distribución de su patrimonio entre sí y una o más sociedades que se constituyan al efecto, correspondiéndoles a los accionistas de la sociedad dividida, la misma porción en el capital de cada una de las nuevas sociedades que aquella que poseían en la sociedad que se divide.
- Fusión: Consiste en la reunión de dos o más sociedades en una sola que las sucede en todos sus derechos y obligaciones, y a la cual se incorporan la totalidad del patrimonio y accionistas de los entes fusionados. Hay fusión por creación, cuando el activo y pasivo de dos o más sociedades que se disuelven, se aporta a una nueva sociedad que se constituye. Hay fusión por incorporación, cuando una o más sociedades que se disuelven, son absorbidas por una sociedad ya existente, la que adquiere todos sus activos y pasivos.
- Novación: Es la sustitución de una nueva obligación a otra anterior, la cual queda por tanto extinguida.
- Disolución: Es el fin de una sociedad por acuerdo de quienes la forman o por el cumplimiento de otros requisitos que conlleven a su fin.

Esta modificación regirá desde la fecha de publicación de esta ley. Si desde el 19 de junio del año 2001 la deuda se trasladó o novó y se consideró como un nuevo crédito, o sea, no se mantuvo su condición tributaria original determinada al otorgamiento del crédito, se deberá volver a ella desde el 24 de junio del año 2003.

Elusión a través de la consolidación de Estados Financieros: Esta modificación pretende evitarla elusión a través de la consolidación de los Estados Financieros y se refiere a una eventual deducción del patrimonio que debe hacerse en la sociedad matriz respecto de una característica especial que pueda tener su participación o haberes en sociedades coligadas o filiales. Esta situación se produce cuando en el mismo ejercicio la sociedad matriz obtuvo un préstamo afecto a la tasa de impuesto del 4%, establecida en el número 1 del inciso cuarto del

artículo 59 de la LIR, y a su vez efectuó un aporte a las sociedades coligadas o filiales. Esta norma obviamente, tiene por objeto evitar que los aportes hechos a estas sociedades en el ejercicio en que se otorgaron los créditos, que constituyen la base para determinar el endeudamiento anual, signifiquen un aumento artificial del patrimonio de la matriz. Por consiguiente, la suma a disminuir del patrimonio de la sociedad matriz será equivalente a la proporción del préstamo de las características mencionadas, obtenido en el ejercicio, en relación al tiempo de permanencia del aporte en la filial o coligada respectiva y sólo hasta el monto en que éste se registró en el patrimonio.

ii. Corregir consecuencias no deseadas:

Préstamos para financiamiento de proyectos: Con esta modificación se restringe el concepto de “valores” sólo a aquellos representativos de obligaciones en dinero y además, incorpora la exigencia de que la empresa deudora informe mediante declaración jurada respecto de sus deudas y, en particular, respecto de la existencia de partes relacionadas entre los beneficiarios finales de los intereses.

Anteriormente, con la legislación vigente, el concepto de “valores” era muy amplio e incluía no sólo aquellos representativos de obligaciones en dinero, sino también a otros valores, como por ejemplo las acciones, de esta forma se clasificaban como deudas relacionadas a las operaciones de financiamiento que en realidad no son relacionadas, como es el caso de financiamiento de proyectos o project financing. Esta forma de financiamiento es otorgada por bancos o instituciones financieras extranjeras, los que exigen que los dueños del proyecto o sponsors sean garantes del mismo y den en garantía acciones representativas de la propiedad de la empresa chilena que desarrollará el proyecto (y que es la deudora del crédito). El problema de considerar este tipo de financiamiento como relacionado cuando no lo son trae como consecuencia indeseada un significativo encarecimiento del crédito para estas operaciones, lo que eventualmente desincentivaría la realización de proyectos de inversión de envergadura.

En origen, el objetivo de esta norma fue evitar las operaciones de endeudamiento indirecto con relacionados conocidos como “back to back”, mediante los cuales el dueño efectúa un aporte en dinero o en valores representativo de dinero a una institución financiera para que ésta, a su vez, lo transfiera como un crédito a la empresa domiciliada en Chile, buscando evitar que dicho financiamiento sea considerado relacionado. Con esta modificación, será posible hacer una distinción más fina entre financiamiento back to back, evidentemente relacionado, y legítimos financiamiento de proyectos.

iii. Una nueva excepción:

Ya que la modificación incorporada a esta norma, consistió en establecer expresamente en la ley que las normas sobre exceso de endeudamiento tampoco se aplicarán respecto de deudas contraídas con organismos financieros internacionales multilaterales, tales como, el Fondo Monetario Internacional (FMI), Banco Mundial (BM), Banco Interamericano de Desarrollo (BID), etc.

Posterior a este análisis detallado de cada ley podemos efectuar una comparación entre los puntos que se modificaron y su posible efecto. El siguiente cuadro será de utilidad:

<u>ANALISIS DE LAS MODIFICACIONES</u>	
LEY 19738	LEY 19879
<u>-CREDITOS:</u> ART. 59 N°1 LETRAS B), C), D)	ART. 59 N°1 LETRAS B), C), D), Y MONEDA NACIONAL
<u>-PATRIMONIO:</u> CAPITAL PROPIO +- APORTES O RETIROS DE CAPITAL O UTILIDADES +VPP (TRIB).	CAPITAL PROPIO + APORTES- RETIROS+DIFERENCIA VPP- PROPORCION DE PARTICIPACION FINANCIADA CON CREDITOS EXTERNOS AFECTOS AL 4%
<u>-ENDEUDAMIENTO:</u> CREDITOS Y PASIVOS FINANC. CON ENTIDADES RELACIONADAS AFECTOS AL 4%.	CREDITOS Y PASIVOS FINANC. CON ENTIDADES RELACIONADAS AFECTOS AL 4% + D) EN MONEDA NACIONAL + INTERESES DEVENG. DE LAS MISMAS DEUDAS NO PAGADAS QUE GENERAN MAS INTERESES.
<u>-EMPRESAS RELACIONADAS:</u> 10% DE PARTICIPACIÓN Y FINANC. CON GARANTÍA EN DINERO O VALORES DE 3os.	10% DE PARTICIPACION, FINANCIAMIENTO CON GARANTÍA EN DINERO DE 3os Y PARAISOS TRIBUTARIOS AL MOMENTO DE LA OBTENCIÓN DEL CRÉDITO.
<u>-EXCEPCIONES:</u> ACTIVIDADES CALIFICADAS DE CARÁCTER FINANCIERO POR EL MINISTERIO DE HACIENDA.	ACTIVIDADES CALIFICADAS DE CARÁCTER FINANCIERO POR EL MINISTERIO DE HACIENDA Y DEUDAS CON ORGANISMOS FINANCIEROS INTERNACIONALES MULTILATERALES.
<u>-VIGENCIA:</u> REGLA GENERAL: DEUDAS CONTRAIDAS DESDE EL 2001 EN ADELANTE, PUBLICACION DE LA LEY. ESPECIAL: DEUDAS EXISTENTES AL MOMENTO DE LA PUBLICACION DE LA LEY, DESDE EL 01 ENERO DEL 2003.	REGLA GENERAL: EFECTO RETROACTIVO, 19 DE JUNIO 2001. ESPECIAL: RELACIONADOS CON PARAISOS TRIBUTARIOS 01 ENERO DEL 2003 TRASLADO O NOVACION DE DEUDAS, PUBLICACION DE LA LEY 24 DE JUNIO 2003.

II PRONUNCIAMIENTOS DEL SERVICIO RESPECTO AL TEMA

El Servicio se ha pronunciado en esta materia a través de circulares, resoluciones y jurisprudencias. Para instruir sobre la ley 19738, 1ª modificación del Art. 59 N° 1 emitió la circular N° 24 del 14 de marzo del 2002. Para instruir respecto a la ley 19879 2ª modificación del Art. 59 N°1, emitió la circular 48 del 26 de Septiembre del 2003.

Para fijar un modelo de la declaración jurada, plazos y formas para entregar al Servicio información sobre las condiciones de las operaciones a que se refiere el Art. 59 N°1 con la modificación de la ley 19738 emitió la resolución 14 del 10 de Junio del 2002 y 17 del 30-06-2002. Para actualizar el modelo de declaración jurada, de acuerdo a las modificaciones contenidas en la ley 19879 se emitió la resolución 6 del 21-01-04 y 28 del 09-02-04.

Análisis de las jurisprudencias administrativas.

Las siguientes Jurisprudencias han tratado el tema de nuestra Tesis en los últimos 3 años:

- 1777 del 06-06-2002
- 232 del 20-01-2003
- 426 del 31-01-2003
- 801 del 10-03-2003
- 2548 del 27-05-2003

A continuación analizaremos el criterio del Servicio reflejado en estas jurisprudencias:

- Ord. 1777.

En esta ocasión el contribuyente plantea dos situaciones en consulta referente al cambio de acreedor en una transacción acogida al Art. 59 N°1.

- 1) Entidad Compradora: Empresa extranjera sin residencia en Chile.
Acreedor Original: Banco extranjero sin residencia en Chile.

En donde el banco esta afecto al 4% por los intereses recibidos por el préstamo efectuado y la empresa compradora no es matriz del deudor ¿Se mantiene la tasa o cambia a un 35% debido a que el nuevo acreedor del crédito no sería una entidad bancaria que no estaría beneficiada con la menor tasa?

- 2) Entidad Compradora: Banco extranjero sin residencia en Chile.
Acreedor Original : Empresa extranjera sin residencia en Chile.

En donde el banco que compra el crédito es una entidad financiera debidamente registrada como tal en el Banco Central, que de acuerdo a la normativa vigente estaría afecto al 4% y el acreedor original por los intereses percibidos del crédito esta afecto al Impuesto del 35 %. ¿Cambiaría la tasa a un 4% respecto de las siguientes remesas de intereses?

El Servicio indica que para la aplicación de la tasa rebajada del 4% existen 2 requisitos.

1. Que los créditos sean otorgados desde el exterior por instituciones bancarias o financieras extranjeras o internacionales. 2. Que la empresa pagadora del interés no tenga un exceso de endeudamiento en el ejercicio comercial respectivo con entidades o personas extranjeras que otorgan los créditos, con los cuales se encuentre relacionado en los términos que los establece la ley. Por esta razón concluye:
- i. Respecto de la 1ª consulta, se expresa que la tasa del impuesto adicional a aplicar a los intereses a remesar al exterior sería de un 35 %, debido a que el nuevo acreedor extranjero no sería a una institución bancaria o financiera extranjera internacional como lo requiere la norma en comento, si no que una entidad diferente de las antes mencionadas, en el caso planteado una empresa extranjera sin residencia en Chile.
 - ii. En relación con la 2ª consulta planteada, cabe señalar que a los intereses a remesar al exterior al nuevo acreedor le afectaría las misma tributación indicada en la letra a) precedente, debido a que en la especie no se cumplirá con el 1er requisito mencionado en el N° 3 anterior, esto es, que el crédito respectivo en su origen haya sido otorgado desde el exterior por una institución bancaria o financiera internacional.

Con respecto a esta respuesta del Servicio consideramos que existe un doble criterio. En su respuesta acudió a 2 requisitos legales, en donde el primero es el que estaría interpretado erróneamente, donde habla de un crédito otorgado por una institución bancaria extranjera internacional, en el caso a) quién otorgó el crédito fue una entidad que podía acogerse a la tasa rebajada de un 4% y aunque cambie de acreedor, esto no cambiaría la tributación de los intereses del préstamo, ya que estaríamos hablando del mismo préstamo, siendo la nueva empresa sólo la responsable de recibir el pago del préstamo e intereses y no un nuevo préstamo que afecte con una tasa distinta. Con respecto al caso b) el Servicio estaría acertado en su observación debido a que originalmente no cumplió los requisitos y al cambiar el acreedor no debería cambiar la situación del crédito.

▪ Ord. 232

En esta ocasión el contribuyente solicita aclaración respecto a la fusión por absorción, si el cálculo del exceso de endeudamiento será en el año de inicio del crédito en el año de la absorción.

El Servicio indica que debe ser en el año de otorgamiento del crédito, de acuerdo a lo indicado en el artículo 59 y en la ley de sociedades anónimas, indica claramente que la fusión por absorción no altera la información de la sociedad absorbida.

En este caso el servicio aplica correctamente las disposiciones legales, situación que lo confirma la modificación de la ley, en donde deja claramente estipulado que cualquier acto jurídico que implica el traslado de deudas no modificará la tasa de endeudamiento, sino que el cálculo de endeudamiento será el original del crédito, solo procediendo un cambio en quién paga esta sobretasa.

▪ Ord. 426

El contribuyente solicita se confirme el criterio expuesto respecto de la tributación que afectaría a los intereses de un crédito contratado en el extranjero cuyo deudor ha sido modificado por la vía de una novación por cambio de deudor.

El Servicio hace mención del Artículo 1628 del Código Civil definiendo novación como la sustitución de una nueva obligación a otra anterior la cual queda por tanto extinguida considerando los siguientes elementos:

- Que haya una obligación anterior que se extinga.
- Que exista una nueva obligación.
- Diferencia entre ambas obligaciones, en este caso, la variación del sujeto pasivo.
- Capacidad de las partes para sustituir una nueva obligación por otra
- Intención de efectuar la novación.
- Consentimiento del primitivo acreedor.

Además destaca que lo indicado en el Artículo 59 de la ley de la renta se refiere al acto jurídico que implica el otorgamiento de un crédito y no al mero hecho material de la entrega de dinero. Por otro lado, el hecho de producirse una novación por cambio de deudor indicaría que existe un solo crédito otorgado desde el exterior, sin embargo la realidad jurídica indica que son 2, uno que se extingue y otro que se origina con la novación, generándose al efecto una nueva obligación, pasando a ser esta la nueva fuente legal generadora de los respectivos intereses, por lo tanto, el crédito producto de la novación deberá ser considerado para los efectos de determinar si existe o no endeudamiento por parte del nuevo deudor, siempre que se trate de un crédito entre empresas relacionadas. Si no

existe novación por cambio de deudor, ya sea porque no han concurrido la totalidad de los elementos esenciales que la configuran o porque solo ha ocurrido un simple traspaso de deudas o pasivo, la primitiva obligación subsiste invariable en el patrimonio del primer deudor, determinándose en ella el exceso de endeudamiento.

Con esto el Servicio solo hace uso de lo indicado en la ley 19738 y el código civil considerando una nueva obligación y un nuevo calculo de exceso de endeudamiento, sin embargo, el legislador al darse cuenta que dejaba un vacío legal, al permitir que con un acto jurídico como la novación se cambie la tasa, posibilidad que se podía aprovechar por aquellos que ya tenían un factor alto de endeudamiento y al no poder modificar una figura jurídica como la novación y sus efectos, tuvo que modificar el artículo 59 nuevamente, agregando la disposición que ante este acto jurídico se mantiene el calculo de la empresa deudora original. Con esta modificación aparecen nuevas dudas, Por ejemplo, en el caso que el crédito original paga sobretasa por los intereses, y al efectuarse la novación el nuevo deudor que debe pagar esa sobretasa, ¿Debe agregar esta deuda al cálculo de exceso de endeudamiento por el pago de intereses de nuevos préstamos? En principio queda claro que al ser esta una deuda que paga el 35 % no se incluiría para un nuevo cálculo de exceso de endeudamiento en el nuevo deudor, debido a que es requisito que la deuda sea de aquellas afectas al 4%, sin embargo, el Servicio no se ha pronunciado respecto al tema, por otro lado podría indicar que es una deuda afecta al 4% y que la sobretasa la pagaría el contribuyente nacional, siendo un tributo aparte que no necesariamente conformaría el 35%.

▪ Ord. 2548

El contribuyente solicita pronunciamiento del Servicio, referente al caso de exención de impuesto adicional establecida en el artículo 10 del DL. N° 3059, de 1979, de los pagos y abonos en cuenta efectuados por las empresas de astilleros y las empresas navieras incluidas las de remolcadores, las de lanchaje y de muellaje nacionales, en virtud entre otros de intereses o cualquier otro rubro que diga relación con las actividades comprendidas dentro de su giro principal, hechas a favor de personas no domiciliadas ni residentes en el país, argumentando además que debería mantenerse la exención a pesar de la ley 19738 por las siguientes razones:

- El decreto ley N° 3059 habla sobre la exención de impuesto adicional que comprende los Artículos 58 al 64, lo que incluiría el Artículo 59.
- La exención aplicable a las empresas navieras es una ley de carácter especial, por lo que la liberación de impuestos allí contenida no puede verse alterada por una ley posterior aplicable a la generalidad de los contribuyentes.
- El incremento de la tasa a 35% supone necesariamente que se haya pagado el 4%, de lo que se desprende que si por los intereses no se ha pagado el impuesto por estar la

operación exenta en virtud del texto legal expreso, entonces no procede tampoco el pago del incremento de tasa.

- No corresponde a una derogación de las exenciones contenidas en las leyes especiales cuando resulten aplicables a la sobre tasa del impuesto adicional, debido a que para ser derogación, según el artículo 52 del Código Civil, una derogación puede ser expresa o tácita (ver glosario), evidentemente no es expresa y tampoco es tácita porque no es conciliable con la nueva disposición.
- El Servicio encuentra bien fundamentados los argumentos del contribuyente, confirmando el criterio expuesto por el recurrente en su escrito.

El contribuyente, al igual que el Servicio estarían acertados por los argumentos ya expuestos, y si consideramos además que esta nueva disposición contenida en el artículo 59 N° 1 Inciso 4°, es una ley especial que sólo aplica a tres créditos mencionados en ese número 1, quedando toda otra actividad fuera de esta disposición, es más, si revisamos la opinión de especialistas, esta es una ley hecha a la medida para las mineras y en especial para la empresa la Disputada, por lo tanto no está destinada a afectar otras actividades como por ejemplo las marítimas.

- Ord. 801.

El contribuyente referido en esta jurisprudencia expone textualmente 4 situaciones:

“La división de la sociedad deudora no constituye un retiro de capital para los efectos de ajustar el patrimonio conforme a lo dispuesto en la letra a) del Inciso 4° del N° 1 del artículo 59 de la ley de la renta”. Indicando que el Servicio en la circular 24 del 2002 amplía contradictoriamente la norma legal y la interpretación de la circular. Solicitando al director confirmar que los ajustes para los efectos de calcular el exceso de endeudamiento, queda excluida la división de la sociedad.

El director siendo bastante claro indica que se debe analizar el contexto y ámbito de aplicación material de la norma, el cual se refiere a la situación patrimonial del contribuyente, sin que sea relevante, la intervención que pueda o no existir por parte de sus socios o accionistas. Además la distribución o traspaso de la sociedad dividida hacia la o las sociedades que se constituyen al efecto, corresponde a un retiro o disminución de capital de la sociedad que se divide para los efectos de ajustar el patrimonio de esta, que para los fines de la norma en análisis se debe considerar el momento de determinar la situación del exceso de endeudamiento, por lo tanto la disminución de patrimonio que se produce con motivo de la división de la sociedad a que se refiere en su consulta, si debe ser considerada como retiro para los efectos de ajustar el citado patrimonio, y las instrucciones impartidas por El

Servicio a través de la circular 24 del 2002, no amplía contradictoriamente la norma legal, sino que por el contrario, tal instrucción guarda estricta consecuencia con el espíritu de las modificaciones incorporadas a la norma que se comenta.

- “En caso que el crédito otorgado a la sociedad que se divide sea asignado en la división a la sociedad que nace de la misma, los intereses que dicho crédito adeude quedarán invariables sujetos al régimen tributario de impuesto adicional que corresponda atendiendo exclusivamente a la posición de exceso o no que haya tenido dicha sociedad a quién otorgó originalmente el crédito”.
- “Para los efectos de determinar si existe o no exceso de endeudamiento en la sociedad dividida, en la determinación de la permanencia efectiva mensual del crédito otorgado antes de la división y asignada posteriormente a la sociedad que nace de la división sólo debe considerarse los meses que comprende el periodo que media entre el otorgamiento del crédito y la división de la sociedad, sin perjuicio que la suma de los saldos mensuales sea siempre dividida por 12, salvo excepción de inicio de actividades posterior a Enero o término de Giro anterior a Diciembre”.
- “Los criterios anteriores son sin perjuicio que para los efectos de calcular el exceso de endeudamiento de la sociedad que nace de la división, el crédito otorgado a la sociedad dividida y que en virtud de la división le es asignado a la nueva sociedad deberá incluirse tanto para los efectos de calcular el exceso de endeudamiento de su primer ejercicio como el exceso de endeudamiento de los futuros ejercicios, solo cuando los intereses de dicho crédito sigan sujetos a la tasa de 4% pero no si han pasado a quedar sujetos a la tasa de 35%”.

La respuesta que el Servicio entregó sobre estas tres últimas consultas las unió por considerar que todas ellas implican la existencia de un crédito relacionado otorgado antes de la división y asignado posteriormente a una de las sociedades que nace de la división, tomando en cuenta los artículos 1628 y 1635 del Código Civil indicó:

- Si existe una novación por cambio de deudor estamos frente a la extinción de la obligación primitiva y al nacimiento y origen de una nueva deuda.
- Si no existe novación por cambio de deudor, la primitiva obligación subsiste invariable en el patrimonio del primitivo deudor, debiendo ser considerado para todos los efectos, siempre que esta sea relacionada para determinar si existe o no exceso de endeudamiento por parte del respectivo contribuyente.

Esta respuesta del Servicio, aunque deja claro el resultado de la división, deja ciertas situaciones abiertas que no quedarán claras para el contribuyente. ¿Qué pasa con los intereses

en caso que asuma la deuda la nueva sociedad?, ¿Estarán afectos al 4 o al 35 %? ¿De que dependerá la situación de endeudamiento de la nueva sociedad o de la original? Esta modificación aunque no la aclara aquí El Servicio, la nueva modificación si lo hace dejando claro que el cálculo de el endeudamiento se hace una sola vez y la empresa que originalmente lo obtuvo, aunque exista novación, se seguirá cancelando la tasa determinada originalmente para los intereses, es más, la nueva ley castiga a las empresas que intentaron novar sus deudas entre el año 2001 y 2003, cuando se modifica por última vez este artículo, obligándolos con un efecto retroactivo. ¿Qué pasa con el cálculo de exceso de endeudamiento de la nueva sociedad a la cual se traspaso, continúa afectándole la deuda traspasada para dicho cálculo? La modificación de la ley aclara esta situación pasa a ser deuda de la sociedad a la que se traspasó o asumió dicha deuda, a contar de la fecha en que ocurrió tal circunstancia para los efectos de determinar el exceso de endeudamiento que afecta a la entidad que se hizo cargo de la deuda, en el caso que también exista relación.

Además de las Jurisprudencias, en donde se refleja el criterio del Servicio, también emite circulares, en donde interpreta y da pautas para la aplicación de la Legislación Tributaria. Con respecto a nuestro tema de Tesis a emitió la Circular 24/2002 y 48/2003. Con respecto a su parte teórica, esta se ha analizado durante la tesis, por lo que ahora consideraremos el aspecto practico de estas circulares. En la circular 24/2002, el Servicio adjunto un ejercicio que a continuación mostraremos:

Análisis de las circulares del Servicio.

Ejercicio práctico sobre cálculo de exceso de endeudamiento.

A continuación se plantea el siguiente ejemplo práctico sobre el cálculo del exceso de endeudamiento.

ANTECEDENTES

- 1. Sociedad de Personas "XY" establecida en Chile formada por dos socios "A" y "B", con una participación de un 30% y 70%, respectivamente.
- Capital Propio Inicial al 01.01.2001, determinado y actualizado al 31.12.2001, conforme a las normas del N° 1 del artículo 41 de la Ley de la Renta..... \$ 15.000.000
- El Socio "A" con fecha 12.04.2001 efectúa un aporte de capital actualizado al 31.12.2001 por un valor de..... \$ 5.000.000

El Socio "B" con fecha 16.05.2001 efectúa un retiro de utilidades actualizado al 31.12.2001 por un valor	\$ 7.000.000
El Socio "B" con fecha 17.10.2001 efectúa un aporte de capital actualizado al 31.12.2001 por un valor de.....	\$ 2.000.000
El Socio "A" con fecha 20.09.2001 efectúa un retiro de capital actualizado al 31.12.2001 por un valor de.....	\$ 2.500.000
Préstamo efectuado por el Socio "A" a la sociedad con fecha 18.10.2000 con una tasa de interés del 6% anual por un valor incluido en el Capital Propio Inicial de.....	\$ 6.000.000
La sociedad durante el año comercial 2001 ha contraído las siguientes deudas con acreedores sin domicilio ni residencia en Chile, con los cuales se encuentra relacionado en los términos previstos por la letra c) del inciso cuarto del número 1) del artículo 59 de la Ley de la Renta, convertida a moneda nacional al 31.12.2001 por el tipo de cambio de la moneda extranjera de que se trate vigente a dicha fecha.	
01.08.2001: Crédito a tres años plazo con un interés pactado de 7% anual afecto al impuesto adicional con tasa del 4%.....	\$ 40.500.000
05.09.2001: Crédito a cuatro años plazo con un interés pactado de 10% anual afecto al impuesto adicional con tasa del 4%.....	\$ 25.000.000
13.09.2001: Crédito a dos años plazo con un interés pactado de 9% anual afecto al impuesto adicional con tasa del 35%.....	\$ 5.000.000
10.10.2001: Crédito a cinco años plazo con un interés pactado de 8% anual afecto al impuesto adicional con tasa del 4%.....	\$ 30.000.000
Estos créditos no tuvieron amortización durante el ejercicio y no existen saldos de créditos de la misma naturaleza de ejercicios anteriores.	
La sociedad durante el año 2001 por los créditos contratados con las entidades acreedoras extranjeras relacionadas remesó al exterior intereses por la suma de \$ 1.384.167 sobre los cuales aplicó un impuesto adicional con una tasa del 4%, reteniendo, declarando y pagando al Fisco la suma de (\$ 1.384.167 x 4%)	
	\$ 55.367

DESARROLLO

Determinación del patrimonio al 31.12.2001 proporcionalizado de acuerdo al tiempo de permanencia en la empresa

CONCEPTOS	Monto actualizado al 31.12.2001	N° de meses de permanenci a al 31.12.2001	Monto patrimonio al 31.12.2001
Capital Propio Tributario Inicial	\$15.000.000		
MENOS: Préstamo efectuado a la sociedad por el socio "A" respecto del cual se devengan intereses incluido en el Capital Propio Inicial.....	\$(6.000.000)		
Capital Propio Depurado.....	\$ 9.000.000		\$ 9.000.000
MAS: Aumentos de capital efectuados en el ejercicio de acuerdo al tiempo de su permanencia en la empresa actualizados al 31.12.2001.			
Aporte de Capital Socio "A" 12.04.2001.....	\$ 5.000.000	9 meses	\$ 3.750.000
Aporte de Capital Socio "B" 17.10.2001....	\$ 2.000.000	3 meses	\$ 500.000
MENOS: Retiros de capital o de utilidades efectuados en el ejercicio de acuerdo al tiempo de su no permanencia en la empresa actualizados al 31.12.2001.			
Retiro de Utilidades Socio "B" 16.05.2001...	\$(7.000.000)	8 meses	\$ (4.666.667)
Retiro de Capital Socio "A" 20.09.2001.....	\$(2.500.000)	4 meses	\$ (833.333)
PATRIMONIO DETERMINADO AL 31.12.2001			\$ 7.750.000 =====

Determinación del endeudamiento total anual al 31.12.2001

Fecha de la Deuda	Monto Deuda	Nº de meses de existencia de la deuda al 31.12.2001	Monto Total al 31.12.2001
01.08.2001	\$ 40.500.000	5 meses	\$ 202.500.000
05.09.2001	\$ 25.000.000	4 meses	\$ 100.000.000
10.10.2001	\$ 30.000.000	3 meses	\$ 90.000.000
Endeudamiento total al término del ejercicio.....			\$ 392.500.000
Endeudamiento promedio total anual: \$ 392.500.000 : 12 =			\$ 32.708.333

Determinación del exceso de endeudamiento

Endeudamiento total anual determinado.....	\$ 32.708.333
MENOS: Patrimonio determinado multiplicado por 3 \$ 7.750.000 x 3....	\$ (23.250.000)
Exceso de Endeudamiento.....	\$ 9.458.333
	=====

Determinación porcentaje de exceso de endeudamiento

Exceso de Endeudamiento =	\$ <u>9.458.333 x 100</u> = \$ 28,92%
Endeudamiento Promedio Total Anual sólo del Ejercicio = \$ 32.708.333	

Determinación de los intereses que quedan afectos a la tasa del 35% por exceso de endeudamiento

Intereses remesados al exterior..... \$ 1.384.167

- Intereses afectos a la tasa del 35% por exceso de endeudamiento : \$ 1.384.167 x 28,92%
\$ 400.301
- Intereses afectos a la tasa del 4% : \$ 1.384.167 x 71,08% \$ 983.866
- Total intereses remesados al exterior..... \$ 1.384.167

Determinación de la diferencia de impuesto adicional

• Impuesto adicional que corresponde retener, declarar y pagar sobre la parte de los intereses remesados al exterior en el ejercicio en el cual se produjo el exceso de endeudamiento: \$ 400.301 x 35%..... • <u>MENOS:</u> Impuesto adicional retenido, declarado y pagado por la empresa por el mismo concepto antes indicado: \$ 400.301 x 4%.....	\$ 140.105 \$ (16.012)
Diferencia de impuesto adicional a declarar por la empresa en el mes de abril del Año Tributario 2002, a través del Formulario N°22, conforme a las normas de los artículos 65 N° 1 y 69 de la Ley de la Renta.....	\$ 124.093

La Modificación que afectó el Artículo 59 en el año 2003, con la ley 19879 fue analizada por el Servicio en la circular 48 del mismo año, sin embargo en esta circular no se incluyó ningún ejercicio demostrativo. A continuación, con las modificaciones de la ley 19879 y agregándole dos situaciones hipotéticas continuaremos con el año siguiente del ejercicio práctico de la primera circular.

Segundo año

ANTECEDENTES ADICIONALES

01-03-02 Crédito a tres años plazo con un interés pactado del 8% anual afecto al Impuesto Adicional del 4%.	\$10.000.000.-
15-03-02 Aporte Social de Empresa Deudora a una de sus filiales correspondiente al 30% de la Sociedad. (Pat. Filial \$ 50.000.000.-)	\$15.000.000.-

DESARROLLO

Determinación del patrimonio al 31.12.2002

CONCEPTOS	Monto actualizado al 31.12.2001	N° de meses de permanenci a al 31.12.2001	Monto patrimonio al 31.12.2001
Capital Propio Tributario Inicial.....	\$20.000.000		
MENOS: Préstamo efectuado a la sociedad por el socio "A" respecto del cual se devengan intereses incluido en el Capital Propio Inicial.....	\$(6.000.000)		
Capital Propio Depurado.....	\$14.000.000		\$ 14.000.000
Ajuste aporte otra sociedad (Más diferencia Valor Patrimonial, menos porcentaje de aporte financiado con Crédito afecto al 4%.			\$(10.000.000.)
PATRIMONIO DETERMINADO AL 31.12.2002			\$4.000.000.- =====

Determinación del endeudamiento total anual al 31.12.2002

Fecha de la Deuda	Monto Deuda	N° de meses de existencia de la deuda al 31.12.2002	Monto Total al 31.12.2002
01.08.2001	\$ 40.500.000	12 meses	\$ 486.000.000
05.09.2001	\$ 25.000.000	12 meses	\$ 300.000.000
10.10.2001	\$ 30.000.000	12 meses	\$ 360.000.000
01-03-2002	\$ 10.000.000	10 meses	\$ 100.000.000.-
Intereses devengados y no pagados			\$ 3.852.833.-
Endeudamiento total al término del ejercicio.....			\$ 1.249.852.833.-
Endeudamiento promedio total anual: 1.249.852.833:12			\$ 104.154.403.-

El calculo del exceso de endeudamiento como el porcentaje del mismo es innecesario debido a que toda la deuda obtenida este año se encuentra en condición de exceso de endeudamiento.

Determinación de los intereses que quedan afectos a la tasa del 35% por exceso de endeudamiento

Intereses remesados al exterior..... \$ 5.779.250.-

5.479.250.- Endeudamiento 1er Año.

300.000.- Endeudamiento 2º Año.

- Intereses afectos a la tasa del 35% por
exceso de endeudamiento: \$ 5.479.250.- x 28,92% \$ 1.584.600.-
 - Intereses afectos a la tasa del 4% : \$ 5.479.250.- x 71,08% \$ 3.894.650.-
 - Intereses afectos a la tasa del 35% (100% del endeudamiento del 2º Año) \$300.000.-
- Total intereses Remesados al Exterior 5.779.250.-

Determinación de la diferencia de impuesto adicional

Endeudamiento 1er Año.

- Impuesto adicional que corresponde retener, declarar y pagar sobre la parte de los intereses remesados al exterior en el ejercicio en el cual se produjo el exceso de endeudamiento (1er Año): \$ 1.584.600 x 35%..... <u>MENOS:</u> Impuesto adicional retenido, declarado y pagado por la empresa por el mismo concepto antes indicado: \$ 1.584.600 x 4%.....	\$ 554.610.- \$ (63.384.-)
Diferencia de impuesto adicional a declarar por la empresa en el mes de abril del Año Tributario 2002, a través del Formulario N°22, conforme a las normas de los artículos 65 N° 1 y 69 de LIR.....	\$ 491.226.-

Endeudamiento 2° Año.

- Impuesto adicional que corresponde retener, declarar y pagar sobre la parte de los intereses remesados al exterior en el ejercicio en el cual se produjo el exceso de endeudamiento (1er Año): \$ 300.000.- x 35%..... <u>MENOS:</u> Impuesto adicional retenido, declarado y pagado por la empresa por el mismo concepto antes indicado: \$ 300.000.- x 35%.....	\$ 105.000.- \$ (12.000.-)
Total Carga Tributaria Empresa Chilena.	\$ 584.226.-

De estos dos ejercicios basados en lo indicado en las circulares del Servicio se concluye lo siguiente:

- El estar en una condición de exceso de endeudamiento obliga al deudor, mientras no pague el crédito hasta igualar o ser menor el endeudamiento con el patrimonio, a pagar un 35% de Impuesto adicional por los Intereses remesados al exterior.
- El servicio manifestó en el texto de la circular que la modificación no necesitó un nuevo ejercicio, esto indica que la segunda modificación no significó una variación sustantiva en la carga tributaria de la general de las empresas chilenas relacionadas con inversionistas extranjeros, tomando en cuenta que este ejercicio es representativo de una situación general de exceso de endeudamiento, solo los casos particulares como las empresas que obtuvieron préstamos denominados “Project Financing” o las empresas en situación de exceso de endeudamiento que efectuaron préstamos a filiales sufrieron cierta modificación, si consideramos que esta ley en general está hecha para un sector en particular, como lo es el minero, y además dentro de este sector en particular solo casos especiales se ven afectados, la segunda modificación produjo un efecto reducido en las empresas chilenas.

III POSIBLES EFECTOS DE LAS MODIFICACIONES EN LAS EMPRESAS CHILENAS.

En este capítulo, y de acuerdo a los antecedentes obtenidos en la tesis expondremos ejercicios representativos que reflejan el efecto de ambas modificaciones en la carga tributaria de las empresas Chilenas.

Con los antecedentes que hemos obtenido al analizar la ley, lo interpretado por el Servicio, y el análisis de los especialistas, el gran efecto entre ambas leyes en análisis la encontramos en el cálculo del patrimonio, sumado al efecto retroactivo que tienen ambas leyes. Otro factor relevante, pero de menor efecto es la situación que enfrentan los contribuyentes ante un cambio de estructura jurídica junto a la novación. Es por esta razón que mostraremos 3 ejercicios representativos, dos tratando ajuste de patrimonio y el tercero analizando la situación de la novación junto al cambio de estructura jurídica.

Ejercicio N°1

En el primer ejercicio analizaremos los ajustes al patrimonio de la empresa deudora y sus filiales a un VPP Tributario, como lo estipula la última modificación. En este caso la Empresa Alfa tiene deudas consideradas relacionadas pero no a un monto que se considere exceso de endeudamiento, invierte en la empresa Beta pero a un valor mucho mayor al VPP tributario que le corresponde calcular para determinar el exceso de endeudamiento, debido a que desea obtener el control de esta.

En enero del año 2003, la sociedad Alfa adquirió en \$100.000.000.- el 60% de la participación de la Sociedad Beta, Alfa tiene deudas de acuerdo al Art. 59 N°1 con Delta una empresa Extranjera por un monto de \$60.000.000.-, deuda contraída el año 2000, a un Interés anual del 5%. El Capital Propio al 31/12/2003, antes de ajustes del patrimonio es de 50.000.000.- Durante el año 2003 Remeso sólo intereses de la deuda por \$3.000.000.- De acuerdo al Art. 59, la Sociedad Beta tiene un Capital Propio Tributario de \$ 20.500.000.- Siendo el resultado contable de \$18.000.000.-

Ordenamiento de datos.

Alfa.

Capital Propio antes de ajuste: 50.000.000.-

Deuda: 60.000.000.- (año 2000)

Remesa de Interés: 3.000.000.-

Participación sobre Beta: 60%

Interés (anual) de la deuda: 5%

Beta:

Capital Propio antes de ajuste: 20.500.000.-

Resultado Contable: 18.000.000.-

Desarrollo según lo establecido en La ley 19738.

-Determinación de Patrimonio Sociedad Alfa.

Capital Propio Según Art. 59 N°1 Antes de Ajustes Patrimoniales = \$50.000.000.-

Agregar,

60% Resultado Filial Beta. (Ajuste Opcional) 10.800.000.-

Patrimonio determinado de acuerdo a Art. 59 N°1 60.800.000.-

-Determinación del Endeudamiento. $(60.000.000 \times 12)/12 = 60.000.000.-$

-Determinación exceso de endeudamiento.

Endeudamiento anual determinado \$ 60.000.000.-

(Menos) Patrimonio de acuerdo al Art. 59 N°1 (182.400.000.-)

Exceso de Endeudamiento 0.-

Por lo tanto todas las remesas de intereses por esta deuda que efectúe la Sociedad Alfa a Delta quedan afectas sólo al 4%, y este Impuesto es de Cargo de Delta, lo que implica que Alfa no se ve afectado tributariamente por las remesas de intereses de la deuda.

Desarrollo según lo establecido en La ley 19879.

-Determinación Patrimonio Sociedad Alfa.

Capital Propio Según Art. 59 N°1 Antes de Ajustes Patrimoniales = \$50.000.000.-

Ajuste Diferencia Valor Inversión (Art. 41 LIR) y VPP. Tributario

$(100.000.000 - 12.300.000)$ (87.700.000.-)

Patrimonio de acuerdo a Art. 59 N°1 (37.700.000.-)

-Determinación del endeudamiento $(60.000.000 \times 12)/12 = 60.000.000.-$

- Determinación del exceso de endeudamiento.

Endeudamiento anual promedio \$60.000.000.-

(Menos) Patrimonio x 3 (113.100.000.-)

Por lo tanto al ser el patrimonio negativo, todas las remesas de Interés por esta deuda estarán afectas a la sobretasa del 31%.

- Determinación diferencia de Impuesto Adicional.

$3.000.000.- \times 4\% = 120.000.-$ (Impuesto que afecta a empresa Extranjera)

$3.000.000.- \times 35\% = \underline{1.050.000.-}$

Diferencia imppto. Ad. 930.000.-

Conclusiones.

- Lo Primero que se puede concluir con este ejemplo es que la aplicación de la última modificación al Art. 59 de la LIR. Sumado una situación totalmente ajena al ámbito tributario como es la inversión en otra empresa para obtener el control de ésta significó a la Sociedad Alfa Caer en una situación de exceso de Endeudamiento. Su patrimonio real no era menor que el endeudamiento relacionado que tiene, tampoco hubo intención de rebajar la tasa del 35% pasando dividendos o retiros como intereses, solo el hecho que el cálculo del patrimonio no es exacto, la retroactividad de la ley sumado a esta circunstancia excepcional de inversión le significó a la empresa aumentar su carga tributaria.

Ejercicio N°2

En el segundo ejercicio encontramos a sociedad chilena denominada Filial 1 que esta en condición de exceso de endeudamiento, una matriz extranjera, preocupada por la situación de Filial 1, durante la vigencia de la ley 19738 solamente, busca otra empresa, Filial 2 que tiene un patrimonio suficiente para soportar el endeudamiento de la Filial 1, y así posiblemente sacar a Filial 1 de la condición de exceso de endeudamiento relacionado, sin efectuar un aporte directo para evitar pagar impuesto adicional de 35%, efectúa un préstamo a Filial 2, y esta efectúa un aporte a la Filial 1., en principio no tendría efecto en patrimonio para Filial 2. Veamos.

La sociedad matriz extranjera, tiene 2 filiales en Chile; Sociedad Filial 1 que tiene un préstamo relacionado por \$ 100.000.000, obtenido el año 2000 a un interés anual del 15%, un capital propio antes de ajuste \$30.000.000, utilidades del 2003 por \$10.000.000.- En enero a raíz de este evidente exceso de endeudamiento, la matriz concede un préstamo por \$ 25.000.000.- con una tasa de interés anual del 10% a la Sociedad Filial 2 para que sea aportado a la sociedad Filial 1, este aporte corresponde a un 20% del patrimonio de 1. La sociedad Filial 2 tiene un capital propio antes de ajuste de \$ 60.000.000.-

Ordenamiento de datos:

Filial 1

Deuda: \$ 100.000.000.-

Interés Anual: 15%

Capital propio antes de ajuste: \$30.000.000.-

Utilidad Contable: \$ 10.000.000.-

Filial 2

Prestamos Relacionados 2003: 25.000.000.-

Aporte a Filial 1(20% Pat. 1): 25.000.000.-

Interés anual: 10%

Capital Propio Antes de Ajuste: 60.000.000.-

Desarrollo del Ejercicio con ley 19738.

-Determinación del Patrimonio

Patrimonio de la Sociedad 1.

Capital Propio Antes de Ajuste.	\$ 30.000.000.-
(Mas) Aporte de 2.	<u>25.000.000.-</u>
Patrimonio	55.000.000.-

Endeudamiento

$(100.000.000.- \times 12)/12 = 100.000.000.-$

Exceso de Endeudamiento.

Endeudamiento Anual	100.000.000.-
Patrimonio X 3	<u>(165.000.000.-)</u>
Exceso de endeudamiento	0.-

Patrimonio de la Soc. 2.

Capital Propio antes de ajuste	60.000.000.-
(Mas) 20% Utilidad Filial 1.	<u>2.000.000.-</u>
Patrimonio	62.000.000.-

Endeudamiento

$(25.000.000. \times 12)/12 = 25.000.000.-$

-Determinación de Exceso de Endeudamiento.

Endeudamiento Anual	25.000.000.-
Patrimonio X 3	<u>(186.000.000.-)</u>
Exceso de Endeudamiento	0.-

Observación:

Aquí nos detendremos en un análisis pendiente, el Servicio indica lo siguiente referente a la determinación del patrimonio. “... Una eventual deducción del patrimonio debe hacerse en la sociedad MATRIZ respecto de una característica especial que pueda tener su participación o

haber en sociedades coligadas o filiales. Esta situación se produce cuando en el mismo ejercicio la sociedad matriz obtuvo un préstamo afecto a la tasa de impuesto del 4%, establecida en el N°1 del inciso 4° del

artículo 59 de la LIR, y a su vez efectuó un aporte a las sociedades coligadas o filiales. Esta norma obviamente, tiene por objeto evitar que los aportes hechos a estas sociedades en el ejercicio en que se otorgaron los créditos, que constituyen la base para determinar el endeudamiento anual, signifiquen un aumento artificial del patrimonio de la matriz en virtud de lo dispuesto en la letra a) de la norma en análisis, y que se explicó en la letra a) de este n° 2.

Por consiguiente, la suma a disminuir del patrimonio de la sociedad matriz será equivalente a la proporción del préstamo de las características mencionadas, obtenido en el ejercicio, en relación al tiempo de permanencia del aporte en la filial o coligada respectiva y sólo hasta el monto en que éste se registró en el patrimonio.”

De acuerdo a esta interpretación del Servicio el ajuste del aporte posterior al préstamo se haría en la sociedad que lo Otorga, sin embargo y respetando la interpretación del Servicio, ajustar de esa forma puede producir 2 situaciones.

1) Una disminución de patrimonio de la empresa que aporta inexistente. Tomemos en cuenta el ciclo contable de la deuda. En la empresa que recibe el préstamo y aporta, aumento del pasivo por la deuda y aumento del activo por el aporte, efecto cero, además debe ajustar su aporte a valor tributario, lo que no significa un aumento falso en patrimonio y sobre este calculo rebajar este aporte que se financió con préstamo en el mismo ejercicio.

2) La intención clara de la ley es efectivamente el evitar el aumento falso de patrimonio, pero esto lo aprovecha la empresa que recibe el préstamo al percibir un aporte que significa un aumento directo y sobre ella debería ir la rebaja, porque si se efectúa el ajuste en la empresa que entrega el préstamo, y hubo intención de aumento artificial de patrimonio, la empresa aportante está con un patrimonio que soporta la deuda y quién recibe el préstamo aumenta su patrimonio cumpliéndose el objetivo del patrimonio artificial.

A continuación haremos el ejercicio de acuerdo a la interpretación del Servicio y a la vez de acuerdo a lo entendido en el análisis de la Tesis.

Desarrollo del Ejercicio con ley 19879

(De acuerdo a interpretación del Servicio).

-Determinación del Patrimonio

Patrimonio de la Sociedad 1.

Capital Propio Antes de Ajuste. \$ 30.000.000.-

(Mas) Aporte de 2. 25.000.000.-

Patrimonio 55.000.000.-

Endeudamiento $(100.000.000.- \times 12)/12 = 100.000.000.-$

Exceso de Endeudamiento.

Endeudamiento Anual	100.000.000.-
Patrimonio X 3	<u>(165.000.000.-)</u>
Exceso de endeudamiento	0.-

Patrimonio de la Soc. 2.

Capital Propio antes de ajuste	60.000.000.-
Ajuste VPP Tributario	(19.000.000.-)
(Menos) Porcentaje de Aporte	
Financiado con Préstamo afecto	
Al 4%	<u>(25.000.000.-)</u>

Patrimonio 16.000.000.-

Endeudamiento

$(25.000.000. \times 12) / 12 = 25.000.000.-$

-Determinación de Exceso de Endeudamiento.

Endeudamiento Anual	25.000.000.-
Patrimonio X 3	<u>(48.000.000.-)</u>
Exceso de Endeudamiento	0.-

Desarrollo del Ejercicio con ley 19879

(De acuerdo al análisis de la Tesis).

-Determinación del Patrimonio

Patrimonio de la Sociedad 1.

Capital Propio Antes de Ajuste.	\$ 30.000.000.-
(Mas) Aporte de 2.	25.000.000.-
(Menos) Porcentaje de Aporte	
Financiado con Préstamo afecto	
Al 4%	<u>(25.000.000.-)</u>
Patrimonio	30.000.000.-
Endeudamiento	$(100.000.000.- \times 12) / 12 = 100.000.000.-$

Exceso de Endeudamiento.

Endeudamiento Anual	100.000.000.-
Patrimonio X 3	<u>(90.000.000.-)</u>
Exceso de endeudamiento	10.000.000.-

Determinación Porcentaje de Exceso de Endeudamiento

Exceso de Endeudamiento: 10.000.000.-

Corresponde a un 10% del Total del Endeudamiento.

Determinación de Intereses Afectos a la Tasa del 35%

Intereses Remesados \$ 15.000.000.-

90%= 13.500.000.- Corresponde un 4%

10%= 1.500.000.- Corresponde un 35%

Determinación diferencia Impuesto Adicional.

1.500.000 X 35%=	525.000.-
(Menos) 4% Retenido al momento de la Remesa	<u>(60.000.-)</u>
<u>Impuesto a Pagar por la Sociedad 1.</u>	<u>465.000.-</u>

Patrimonio de la Soc. 2.

Capital Propio antes de ajuste	60.000.000.-
Ajuste VPP Tributario	<u>(19.000.000.-)</u>
Patrimonio	41.000.000.-

Endeudamiento

(25.000.000. X 12)/12= 25.000.000.-

-Determinación de Exceso de Endeudamiento.

Endeudamiento Anual	25.000.000.-
Patrimonio X 3	<u>(123.000.000.-)</u>
Exceso de Endeudamiento	0.-

Resultados:

- La ley 19879 evita una práctica común que se había desarrollado con la ley 19738, esto es, producir un aumento falso de patrimonio para salvar a la Filial de caer en exceso de endeudamiento por el efecto retroactivo de la ley que rige desde el 19 de Junio del 2001, debido a este nuevo ajuste que se debe hacer a los aportes que se han hecho con préstamos del tipo del Art. 59 N°1.
- La modificación también tiene efecto en la empresa que sirve de canal, ya que antes recogía resultados y mantenía su monto de inversión, sin embargo ahora, no se trae las utilidades ,además debe ajustar todo el valor de su inversión al porcentaje tributario que saque de la empresa donde aportó.

Además de las modificaciones que sufrió el calculo del patrimonio, la Ley 19879 puso ciertos limites a los cambio de estructuras Jurídicas que pueden producir una novación. Con los siguientes Ejemplos analicemos los efectos.

Empresa A = Patrimonio	1.000.000.-
Endeudamiento relacionado (Art. 59)	10.000.000.-

Empresa B = Patrimonio	20.500.000.-
Endeudamiento relacionado (Art. 59)	0.-

-Se fusionan A Con B nace B2.

Empresa B2 = Patrimonio	30.500.000.-
Endeudamiento relacionado (Art. 59)	10.000.000.-

Con esta figura, muchas empresas que estaban en exceso condición de exceso de endeudamiento vieron la posibilidad de evitar la sobretasa con la novación, sin embargo la ley 19879 indica claramente que prevalece el calculo de la deuda original, por lo tanto sólo para calculo de exceso de endeudamiento.

Empresa B2 = Patrimonio	1.000.000.-
Endeudamiento relacionado (Art. 59)	10.000.000.-
Exceso de endeudamiento (Deuda relacionada-patrimonio X 3)	7.000.000.-

Así también se podría trasladar la deuda a otra empresa que tenga un patrimonio suficiente para no caer en exceso, sin embargo la Ley 19879 para efectos del cálculo del exceso solo acepta el cálculo de la deuda original.

Resultados.

- Con la última modificación, aunque siempre es posible hacer una novación de deuda, el cálculo del exceso de endeudamiento se queda en la empresa original, limitando el ámbito de acción de empresas que se quedaron entrampadas en el exceso de endeudamiento por el efecto retroactivo de esta Ley.
- Lo que busca la ley es que sólo con la cancelación de la deuda se extingue y se sale de la condición de exceso, no con la novación.

IV CONCLUSIONES GENERALES DE LA TESIS.

Durante la primera etapa de desarrollo de nuestra tesis, al obtener el conocimiento sobre las formas de materializar la inversión extranjera en chilena, nos dimos cuenta que la referida modificación no afecta mayormente a los fondos de capital Internacional de la ley 18657 y a la Emisión de American Depositary Receipt (ADR's).

Debido a que los flujos de divisa correspondiente a inversión extranjera necesariamente deben pasar por el mercado cambiario formal, es que el Contrato de Inversión extranjera de acuerdo al DL 600 y el Capítulo XIV del Título I del compendio de normas de cambios internacionales del Banco Central de Chile son los que se afectan directamente con esta normativa.

El punto central de nuestro problema es la complejidad e inexistencia de una aplicación clara en la Ley 19738 del año 2001, que la segunda ley podría solucionar, y que posterior a un estudio analítico y comparativo de ambas leyes encontraríamos mayor claridad. De lo estudiado podemos mencionar lo siguiente.

Sin duda que esta ley permite resguardar el interés del país, sin embargo, este celoso resguardo en aspectos analizados a significado un desincentivo a la inversión. Por ejemplo la retroactividad de ambas leyes, además de estar cercana a la inconstitucionalidad, produce un desajuste económico en las empresas afectadas; los inversionistas de proyectos denominados project financing, se consideraron para el cálculo del exceso de endeudamiento siendo que no estaba apuntada hacia ellos, además en la segunda ley, con el nuevo cálculo del patrimonio, según lo vimos en el ejercicio del capítulo IV generó un exceso por un factor financiero estratégico, situación que no guarda ninguna relación con el espíritu de la ley.

Se nota un interés del gobierno por actualizarnos con la legislación internacional, pero el hacerlo con leyes “a la medida”, como la catalogaron especialistas en el tema, produce efectos negativos a otras empresas. Lo anterior quedó demostrado al modificarla para evitar esos efectos. El inversionista extranjero al ver ese tipo de leyes disminuye su interés por invertir en Chile, es necesario entonces legislar en equilibrio, evitando la elusión mediante financiamiento en préstamo en vez de capital, tasas superiores a las normales entre matrices y filiales, pero también sin dejar de dar la certeza tributaria al inversionista extranjero, evitando que su decisión de inversión se vea influida negativamente por una carga tributaria superior.

En el problema también se mencionó sobre un inversionista extranjero que catalogó esta ley como una “discriminación arbitraria”, debido a que los nacionales no tienen el mismo trato, situación que es real, y se ha comprobado en esta Tesis, sin embargo, también es cierto que el ser inversionista extranjero, para el país receptor de la inversión implica un riesgo mayor que el nacional por el interés constante de sacar la mayor cantidad de rentas del país al menor costo tributario, por esta razón es necesario que exista un costo suficiente que cubra el riesgo mencionado, pero con el debido equilibrio para que no desincentive a los extranjeros.

La ley continúa siendo compleja, la modificación de la ley no cambió la mayoría de los problemas de interpretación, ni problemas como los que produjo el efecto retroactivo que se mantiene en la ley modificatoria. Un ejemplo patente de la dificultad en la interpretación es la poca claridad que el Servicio a demostrado en este Tema, situación que visualizamos en los ejercicios del Capítulo III y IV.

BIBLIOGRAFÍA.

Braslavsky, Guido, 2000. Jaque a los paraísos Fiscales. 15 de octubre, 2000 [en línea]. Clarín Digital.

<http://old.clarin.com/suplementos/zona/2000/10/15/i-00601d.htm>. [Consulta: 12 diciembre 2002].

Ceppi del Lecco, R, 2002. Elusión tributaria de la inversión extranjera y la actividad minera. 29 de julio, 2002[en línea]. La semana Jurídica en Internet:

<<http://www.semanajuridica/lasemanajuridica/1117/article-13166.html.cl>>[consulta: 25 de mayo del 2003]

CHILE. Ministerio de Hacienda. 2001. Ley N° 19738. Ley contra la evasión tributaria. Diario Oficial 19 de junio 2001.

CHILE. Ministerio de Hacienda. 2002. Ley N° 19840. Ley plataforma de inversiones. Diario Oficial 23 de noviembre 2002.

CHILE. Ministerio de Hacienda. 2003. Ley N° 19879. Ley que regula aplicación de normas sobre exceso de endeudamiento a financiamiento de proyectos y otras materias tributarias. Diario Oficial 24 de junio 2003.

Contreras, H. y González, L, 2000. “Curso Practico de Renta”, Santiago de Chile, Ediciones Cepet.

Contreras H. y González L, 2002. “Reformas Tributarias Año Tributario 2002”, Santiago de Chile, Ediciones Cepet.

Circular N°7 del 14-01-88, SII. <http://www.sii.cl/documentos/circulares/1988/indcir88.htm>

Decreto Ley 827, 1974.

Diario Estrategia, 2002. Inversionistas Japoneses Acusan de Discriminación a Estado Chileno. 26 de julio, 2002[en línea]. Estrategia en Internet

<<http://www.estrategia.cl/ambito> empresarial. html >[consulta: 20 de noviembre 2002]

Historia de la Ley 19738, 2001. Biblioteca Congreso Nacional, pp. 71-86

Historia de la Ley 19840, 2002. Biblioteca Congreso Nacional

Historia de la Ley 19879, 2003. Biblioteca Congreso Nacional

Manual de consultas Tributarias, Reforma Tributaria Ley 19738, 2001. Santiago de Chile, Ediciones técnicas tributarias, Julio 2001.

Parodi, Patricio, 2002. ¿Cuáles son a su Juicio, los tres factores que están frenando el crecimiento en Chile, y cuales son los tres que lo estimularían? 5 de septiembre, 2002 [en línea]. La segunda en Internet.

<http://www.lasegunda.com/edicionimpresa/sen_eco...lle_noticia.asp?idnoticia=020509200230>

[consulta: 30 octubre 2002].

Price Waterhouse Coopers, 2002. Resumen tributario semanal. 16 de septiembre, 2002 [en línea]. Pagina Oficial en Internet:

<<http://www.pwcglobal.cl>>[consulta: 17de julio 2003]

Rivas, N. y Vergara, S., 2000. “Planificación Tributaria, conceptos, teoría y factores a considerar”, Santiago de Chile, Magril Ltda., 2000.

Sepúlveda, Adolfo, 2002. Si en un ejercicio comercial se contrae deuda tres veces superior al patrimonio, el endeudamiento es excesivo. 25 de Marzo, 2002 [en línea]. El Mercurio en Internet.

<<http://www.emol.com> >[consulta: 15 mayo 2003].

Vergara, Samuel, 2002. Apuntes de clases “Tributación Aplicada II” Universidad Valparaíso.

PAGINAS WEB:

(www.bcn.cl/index2.html>); visita 7 de mayo 2003.

(www.sii.cl >); visita 17de abril 2003.

(www.hacienda.cl >); visita 17de abril 2003.

GLOSARIO

Planificación tributaria:

Es un proceso, metódico y sistémico, constituido por una serie de actos o actuaciones lícitas del contribuyente, cuya finalidad es invertir eficientemente los recursos destinados por éste al negocio de que se trata y con la menor carga impositiva que sea legalmente admisible, dentro de las opciones que el ordenamiento jurídico contempla.

Elementos básicos que deben tenerse presente al momento de realizar una planificación tributaria son los siguientes:

- La existencia de un negocio proyectado real;
- Las formas de organización legal que existen;
- La planificación debe contener el concepto de unidad económica, pues debe comprender a la empresa y sus propietarios;
- Existen diversos impuestos que pueden afectar las utilidades de las empresas y, en consecuencia, todos ellos deben ser considerados en la planificación;
- La planificación debe tener una perspectiva global en el tiempo; y
- Se debe determinar la estructura que compatibilice, en la mejor forma, estos elementos.

Evasión tributaria:

Es toda conducta ilícita del contribuyente, dolosa o culposa, consistente en un acto o en una omisión, cuya consecuencia es la sustracción al pago de una obligación tributaria que ha nacido válidamente a la vida del Derecho, mediante su ocultación a la Administración tributaria, en perjuicio del patrimonio estatal.

Elusión tributaria:

Es toda conducta **dolosa** del contribuyente que tiene como finalidad evitar el nacimiento de una obligación tributaria, valiéndose para ello de fraude de ley, de abuso de derecho o de cualquier otro medio ilícito que no constituya infracción o delito

Impuesto adicional:

Es un tributo a la renta que se aplica en reemplazo del Impuesto Global Complementario a aquellos contribuyentes que durante el año no hayan tenido domicilio ni hayan sido residentes en Chile.

Inversión Extranjera en Chile:

Son todos los capitales que transfieren a Chile las personas naturales o jurídicas extranjeras, o chilenas con domicilio o residencia en el exterior, para destinarlas a actividades económicas, comerciales o financieras en el país.

Exceso de Endeudamiento:

Se entenderá exceso de endeudamiento cuando el endeudamiento total sea superior a tres veces el patrimonio del contribuyente deudor en el ejercicio respectivo determinado al 1º de Enero del ejercicio en que se contrajeron las deudas, o a la fecha de iniciación de actividades.

Comité de Inversión Extranjera.

El Comité de Inversiones Extranjeras quien representa al Estado en la celebración de los contratos de inversión extranjera, y que a falta del Ministro de Economía, lo preside el Ministro de Hacienda.

Mercado Cambiario Formal:

El Mercado Cambiario Formal está formado por bancos y casas de cambio autorizadas por el Banco Central de Chile. Por su parte, el Mercado Cambiario Informal está integrado por todas aquellas entidades que no pertenecen al Mercado Cambiario Formal, como las corredoras de bolsa.

Securitización:

Nombre con el que se conoce la *Titulización* en Chile. La Securitización es el diseño de instrumentos financieros (bonos de renta fija o variable) respaldados por flujos provenientes de activos de distinta naturaleza. Lo anterior se perfecciona a través de una compra a término del activo por parte de un patrimonio separado que a su vez lo financia con el bono de oferta pública colocado en el mercado. Los activos securitizables definidos en la ley son:

- Letras hipotecarias y mutuos hipotecarios
- Contratos de arrendamiento con promesa de compraventa y sus respectivas viviendas
- Créditos y derechos sobre flujos de pago emanados de obra pública, de obra de infraestructura de uso público, de bienes nacionales de uso público o de las concesiones de estos bienes u obras.
- Otros créditos y derechos que consten por escrito y que tengan el carácter de transferibles.

El requisito básico para la securitización es que en el acto en que se transfieran los activos (flujos) a securitizar, éstos no deben estar afectos a embargos, gravámenes o prohibiciones de ningún tipo, como tampoco de medidas judiciales restrictivas del dominio.

Contrato de underwriting:

Es una operación realizada a través de la banca de inversión mediante la cual, sola u organizada en consorcio, se compromete a colocar una emisión o parte de ella, para posterior reventa en el mercado. La operación de underwriting se inicia con la asesoría al cliente y puede ser de varias clases según el nivel de compromiso: en firme, garantizado o al mejor esfuerzo.

ANEXO I

I. DISPOSICION LEGAL MODIFICADA CON LA LEY 19738

a) El nuevo texto del número 1) del artículo 59 de la Ley de la Renta, con motivo de las modificaciones incorporadas ha quedado del siguiente tenor, indicándose los cambios introducidos en negrita y en forma subrayada.

"Artículo 59°.- Se aplicará un impuesto de 30% sobre el total de las cantidades pagadas o abonadas en cuenta, sin deducción alguna, a personas sin domicilio ni residencia en el país, por el uso de marcas, patentes, fórmulas, asesoría y otras prestaciones similares, sea que consistan en regalías o cualquier forma de remuneración, excluyéndose las cantidades que correspondan a devolución de capitales o préstamos, a pago de bienes corporales internados en el país hasta un costo generalmente aceptado o a rentas sobre las cuales se hayan pagado los impuestos en Chile. En el caso de que ciertas regalías y asesorías sean calificadas de improductivas o prescindibles para el desarrollo económico del país, el Presidente de la República, previo informe de la Corporación de Fomento de la Producción y del Comité Ejecutivo del Banco Central de Chile, podrá elevar la tasa de este impuesto hasta el 80%.

Las cantidades que se paguen al exterior a productores y/o distribuidores extranjeros por materiales para ser exhibidos a través de proyecciones de cine y televisión, que no queden afectas a impuestos en virtud del artículo 58 N°1, tributarán con la tasa señalada en el inciso segundo del artículo 60 sobre el total de dichas cantidades, sin deducción alguna.

Aquellas cantidades que se paguen por el uso de derechos de edición o de autor, estarán afectas a una tasa de 15%.

Este impuesto se aplicará, con tasa 35% , respecto de las rentas que se paguen o abonen en cuenta a personas a que se refiere el inciso primero por concepto de:

1) Intereses. Estarán afectos a este impuesto, pero con una tasa del 4%, los intereses provenientes de:

a) Depósitos en cuenta corriente y a plazo en moneda extranjera, efectuados en cualquiera de las instituciones autorizadas por el Banco Central de Chile para recibirlos;

b) Créditos otorgados desde el exterior por instituciones bancarias o financieras extranjeras o internacionales. El pagador del interés informará al Servicio de Impuestos Internos en el plazo que éste determine, las condiciones de la operación;

No obstante lo anterior, no se gravarán con los impuestos de esta ley los intereses provenientes de los créditos a que se refiere el párrafo anterior, cuando el deudor sea una institución financiera constituida en el país y siempre que ésta hubiere utilizado dichos recursos para otorgar un crédito al exterior. Para estos efectos, la institución deberá informar al Servicio de Impuestos Internos, en la forma y plazo que éste señale, el total de los créditos otorgados al

exterior con cargo a los recursos obtenidos mediante los créditos a que se refiere esta disposición.

c) Saldos de precios correspondientes a bienes internados al país con cobertura diferida o con sistema de cobranzas;

d) Bonos o debentures emitidos en moneda extranjera por empresas constituidas en Chile. El pagador del interés informará al Servicio de Impuestos Internos en el plazo que éste determine, las condiciones de la operación;

e) Bonos o debentures y demás títulos emitidos en moneda extranjera por el Estado de Chile o por el Banco Central de Chile, y

f) Las Aceptaciones Bancarias Latinoamericanas ALADI (ABLAS) y otros beneficios que generen estos documentos.

g) Los instrumentos señalados en las letras a), d) y e) anteriores, emitidos o expresados en moneda nacional.

Con todo, el impuesto establecido en el párrafo anterior se aplicará con la tasa señalada, solamente si la respectiva operación de crédito es de aquellas referidas en las letras b) y c). El pagador del interés informará al Servicio de Impuestos Internos en el plazo que éste determine, las condiciones de la operación.

La tasa señalada en este número será de 35% sobre el exceso de endeudamiento, cuando se trate del pago o abono en cuenta, de intereses a entidades o personas relacionadas devengados en créditos otorgados en un ejercicio en que existan tales excesos, originados en operaciones de las señaladas en las letras b), c) y d). Será condición para que exista dicho exceso, que el endeudamiento total por los conceptos señalados sea superior a tres veces el patrimonio del contribuyente en el ejercicio señalado.

Para la aplicación de lo dispuesto en el párrafo precedente deberán considerarse las siguientes reglas:

a) Por patrimonio, se entenderá el capital propio determinado al 1 de enero del ejercicio en que se contrajo la deuda, o a la fecha de la iniciación de actividades, según corresponda, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 41, considerando, sólo por el período de su permanencia o no permanencia, los aportes o retiros efectuados a contar del mes anterior en que estas situaciones ocurran y hasta el mes anterior al término del ejercicio, y excluidos los haberes pertenecientes a los socios incorporados en el giro, que no correspondan a utilidades no retiradas, que devenguen intereses a favor del socio.

Asimismo, se deberá agregar o deducir la participación que le corresponda a la empresa que adeuda o paga el interés, en el resultado de sus sociedades filiales o coligadas. Este último ajuste, cuando haya aumentado el capital propio, disminuirá, sólo para los efectos de aplicar lo dispuesto en el presente artículo, en la misma cantidad el patrimonio de las filiales o coligadas; y podrá practicarse solamente si tanto la empresa matriz como las filiales o coligadas llevan su contabilidad de acuerdo a principios contables generalmente

aceptados, si el valor de la inversión en filiales o coligadas se determina de acuerdo a un método contable que refleje la participación proporcional de la matriz en el patrimonio de las filiales o coligadas y si tanto la matriz como las filiales o coligadas son auditadas por auditores inscritos en la Superintendencia de Valores y Seguros. Dichos auditores deberán certificar, además, el valor de la inversión en filiales o coligadas determinado de acuerdo al referido método contable. La empresa o sociedad que opte por esta metodología contable para determinar el capital propio, no podrá cambiarlo sin autorización de la Superintendencia.

b) Por endeudamiento total anual, se considerará el valor promedio mensual de la suma de los créditos y pasivos financieros con entidades relacionadas, señalados en las letras b), c) y d) del artículo 59, que la empresa registre al cierre del ejercicio en que se contrajo la deuda. En ningún caso se considerarán los pasivos no relacionados, ni los créditos relacionados que generen intereses afectos al 35%.

c) Se entenderá que el perceptor o acreedor del interés se encuentra relacionado con el pagador o deudor del interés, cuando el acreedor o deudor directa o indirectamente posee o participa en 10% o más del capital o de las utilidades del otro y también cuando se encuentra bajo un socio o accionista común que directa o indirectamente posea o participe en un 10% o más del capital o de las utilidades de uno y otro. Asimismo, se entenderá por deudas relacionadas aquel financiamiento otorgado con garantía en dinero o en valores de terceros, por el monto que se garantice efectivamente. Respecto de estas actuaciones, el deudor deberá efectuar una declaración jurada en la forma y plazo que señale el Servicio de Impuestos Internos. Si el deudor se negare a formular dicha declaración o si la presentada fuera incompleta o falsa, se entenderá que existe relación entre el perceptor del interés y el deudor.

d) Por intereses relacionados se considerará no sólo el rédito pactado como tal sino que también las comisiones y cualquier otro recargo, que no sea de carácter legal, que incremente el costo del endeudamiento.

e) La diferencia de impuesto que resulte entre la tasa de 35% y la de 4% que se haya pagado en el ejercicio por los intereses que resulten del exceso de endeudamiento, será de cargo de la empresa, la cual podrá deducirlo como gasto, de acuerdo con las normas del artículo 31, aplicándose para su declaración y pago las mismas normas del impuesto establecido en el número 1) del artículo 58.

La entrega maliciosa de información incompleta o falsa en la declaración jurada a que se refiere la letra c), que implique la no aplicación de lo dispuesto en los párrafos precedentes, se sancionará en la forma prevista en el inciso primero del artículo 97, N°4 del Código Tributario.

Lo dispuesto en los párrafos precedentes no se aplicará cuando el deudor sea una entidad cuya actividad haya sido calificada de carácter financiero por el Ministerio de Hacienda a través de una resolución fundada.

b) Por su parte, el artículo 1° transitorio de la Ley N° 19.738, respecto de la vigencia de las modificaciones introducidas al artículo 59 de la Ley de la Renta que se comentan, establece lo siguiente:

"Artículo 1°.- Las modificaciones que el artículo 2° de esta ley introduce a la Ley sobre Impuesto a la Renta, regirán a contar del año tributario 2002, con las siguientes excepciones:

3.- Lo dispuesto en las letras c) y j), número 1.-, regirá respecto de las rentas que se paguen, abonen en cuenta, se contabilicen como gasto, se remesen o se pongan a disposición del interesado a contar de la fecha de publicación de esta ley.

No obstante lo anterior, lo dispuesto en la letra j) N° 1; letra d), regirá respecto de los intereses que se paguen, a contar del 1° de enero del año 2003, originados en las operaciones señaladas en las letras b), c) y d) del N° 1) del artículo 59 de la Ley de Impuesto a la Renta, contratadas o realizadas a la fecha de publicación de esta ley y siempre que a la fecha de celebración de dichas operaciones el endeudamiento haya sido superior a tres veces el patrimonio. En todo caso, esta vigencia no será aplicable a estas operaciones cuando sean prorrogadas o se modifique la tasa de interés pactada originalmente."

ANEXO II

PROYECTO DE LEY 19879 Y LA LEY 19879 PUBLICADA EN EL DIARIO OFICIAL

Ministerio de Hacienda envía Proyecto de Ley que Perfecciona la Regulación sobre Endeudamiento Excesivo a Financiamiento de Proyectos y Otras Materias Tributarias

26 de diciembre de 2002

El Ministro de Hacienda, Nicolás Eyzaguirre, anunció en horas de esta tarde el ingreso del proyecto del Ley que repone artículos retirados de la discusión de la Ley de Plataforma Financiera para su perfeccionamiento.

Durante la tramitación legislativa de la Ley de Plataforma de Inversiones, aprobada en octubre de 2002, la Comisión de Hacienda de la Cámara de Diputados identificó materias que, por su complejidad, requerían de un análisis y una discusión más profundos para asegurar que las normas propuestas lograran los objetivos planteados por el Ejecutivo. Los artículos retirados precisaban la definición de los créditos utilizados para calcular el endeudamiento con personas relacionadas residentes en el exterior. El objetivo de esas normas era impedir la elusión y evasión de impuestos que pudiera materializar por la vía de presentar aportes de capital como endeudamiento y retiros de utilidades como pago de intereses. Esta práctica permite el retiro de utilidades pagando un impuesto de sólo 4% (el impuesto a los intereses) cuando en realidad corresponde tributar un 35% (impuesto adicional). En dicho proyecto se proponían asimismo modificaciones tendientes a evitar consecuencias no deseadas sobre algunos emprendimientos legítimos y de interés para el país que podrían resultar de dicha Ley. Como se trataba de materias innovadoras, el Ejecutivo consideró que las observaciones de los parlamentarios ameritaban un posterior estudio y perfeccionamiento de la propuesta inicial.

Con el ingreso al Parlamento de este proyecto de Ley, el Ejecutivo cumple con el compromiso contraído en aquella ocasión, precisando la definición de créditos relacionados para efectivamente solucionar los problemas detectados y resolver las complejidades constatadas en la aplicación concreta de la Ley 19.738 de 2001.

Principales contenidos del proyecto:

- Modifica la Ley de la Renta, precisando la norma que regula el endeudamiento relacionado con el exterior:

☐ ☐ **Acota la definición de “deudas relacionadas” para evitar que operaciones de financiamiento legítimas y no relacionadas sean calificadas como relacionadas.**

Con la ley vigente, algunos financiamientos legítimos y no relacionados eran clasificados como deuda relacionada, ya que la norma señala que se entenderá por deudas relacionadas aquel financiamiento otorgado con garantía en dinero o en valores de terceros. El término “valores” es muy amplio e incluye no sólo aquellos

representativos de obligaciones en dinero sino también a otros valores, como por ejemplo las acciones. El objetivo de esta norma era evitar las operaciones de endeudamiento indirecto con relacionados o “back to back”, mediante las cuales el dueño efectúa un aporte en dinero o en valores representativos de dinero a una institución financiera para que ésta lo transfiera como un crédito a la empresa domiciliada en Chile, buscando evitar que dicho financiamiento sea considerado relacionado. Sin embargo, en su redacción final la ley no limitó el alcance del término “valores”. El presente proyecto de ley restringe el concepto de “valores” sólo a aquellos representativos de obligaciones en dinero y además incorpora a su vez la exigencia de que la empresa deudora informe mediante declaración jurada respecto a sus deudas y, en particular, respecto de la existencia de partes relacionadas entre los beneficiarios finales de los intereses. Con esta modificación, será posible hacer una distinción más fina entre financiamiento “back to back”, evidentemente relacionado, y legítimos financiamientos de proyectos.

□□ **Se califica como “relacionado” el endeudamiento proveniente de paraísos tributarios.** La principal característica de los paraísos tributarios es la falta de transparencia y de intercambio efectivo de información, por lo que resulta imposible verificar la veracidad de los antecedentes entregados por los contribuyentes al Servicio de Impuestos Internos. Por ello, el proyecto de ley propone clasificar el financiamiento proveniente de éstos como deuda con partes relacionados.

ANEXO III

PARÁMETROS CUADRO COMPARATIVO DEL PUNTO II DE RESULTADO Y DISCUSION.

-CREDITOS.

-PATRIMONIO.

-ENDEUDAMIENTO.

-EMPRESAS RELACIONADAS.

-EXCEPCIONES.

-VIGENCIA.