

ANÁLISIS CRÍTICO A LAS NUEVAS NORMAS CFC INTRODUCIDAS EN LA LEY 20.780

PAULA ABUGATTAS NAZAL¹

RESUMEN

Introducción. Capítulo I. Definición de las normas CFC. *Capítulo II.* Alcances de las normas incorporadas por la Ley 20.780, requisitos para su aplicación y análisis del texto normativo. *Capítulo III.* Consideraciones. *Capítulo IV.* Legislación comparada en la materia. Las normas CFC de los Estados Unidos de América. *Capítulo V.* Comparación entre las normas CFC de los Estados Unidos y las normas CFC incorporadas por la Ley 20.780. *Capítulo VI.* Las normas CFC en otros países de Latinoamérica, Perú. *Capítulo VII.* Problemas prácticos y actualidad. *Conclusiones.*

INTRODUCCIÓN

Durante el año 2014 y como parte del programa central del nuevo Gobierno Michelle Bachelet, ingresó al Congreso Nacional un Proyecto de Ley de Reforma Tributaria, impulsada por el Poder Ejecutivo de nuestro país.

Esta reforma, hoy traducida en la Ley 20.780, tiene como objeto principal lograr una mayor recaudación fiscal, con el fin de contar con ingresos permanentes que permitan resolver las brechas de desigualdad existentes en nuestro país, centrándose principalmente en financiar una educación más equitativa y de calidad en todos sus niveles.

¹ Abogada, Universidad Diego Portales. Magíster en Dirección y Gestión Tributaria, Universidad Adolfo Ibáñez. Magíster en Derecho Tributario, Universidad Diego Portales. Intercambio Universidad de Florida (cursos del *International Tax* LLM 2014, *International Tax I* y *Tax Treaties*). Socia del estudio Saldivia, Contreras, Inalaf, Würth & Verdugo Abogados.

La Ley 20.780, da un vuelco radical al sistema tributario y de recaudación fiscal que impera en Chile desde hace más de 30 años.

Hasta hoy en Chile las personas naturales o contribuyentes finales sólo tributan sobre las rentas que efectivamente perciben, postergándose la tributación respecto de aquellas utilidades que se mantienen retenidas en la compañía y contabilizadas en un registro que se le ha denominado legalmente **Registro de Utilidades Tributables** (FUT).

La Ley 20.780 elimina el FUT e instaura un sistema mediante el cual las personas naturales o contribuyentes finales tributan en Chile con impuesto a la renta sobre las utilidades que las sociedades generen anualmente sobre base devengada, atribuyéndoseles ficticia y presuntivamente las utilidades de la compañía en el mismo ejercicio en que estas se generen, hayan o no percibido los socios materialmente estas rentas de la compañía.

La Ley contempla, eso sí, mantener la integración de los impuestos, es decir que el impuesto pagado por la compañía sea un crédito para el contribuyente final. Integración que se mantuvo de forma total sólo para quienes opten por el sistema de renta atribuida, y con deducción parcial del crédito en los impuestos finales, cuando los contribuyentes opten por el sistema alternativo de tributación en base a los retiros efectivos que se realicen de las sociedades.

Es importante señalar que la Ley 20.780 no tuvo un nacimiento fácil, y que todo el país se convulsionó con la propuesta inicial del Poder Ejecutivo, el camino no fue simple y los plazos propuestos para la publicación de la Ley complejizaban aun más su creación.

Con fecha 8 de julio del año 2014, en medio de la discusión legislativa, y como consecuencia del gran revuelo nacional causado por la propuesta inicial del Poder Ejecutivo, los Senadores de la Republica de Chile, firmaron un documento al cual denominaron *Protocolo de Acuerdo por una Reforma Tributaria para un Chile más inclusivo*.

En dicho documento, un acuerdo escrito que constaba de 11 páginas, se plasmó la voluntad común de mejorar el proyecto de reforma, donde se concordó morigerar los cambios fundamentalmente, otorgando la calidad de opcional al sistema de renta atribuida².

² Tributación sobre base devengada tanto para las empresas, como para los contribuyentes finales, que en un comienzo intentó establecerse como regla general de tributación.

Con fecha 20 de agosto del año 2014, la Cámara Alta, en segundo trámite constitucional, dio su aprobación al proyecto³. Publicándose la Ley 20.780 con fecha 29 de septiembre del año 2014, la que se titula: “*Reforma tributaria que modifica el sistema de tributación de la renta e introduce diversos ajustes en el sistema tributario*”.

La Ley 20.780 aprovecha esta instancia de cambio para instaura en Chile un sistema más acorde a los principios fiscales imperantes en la **Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico** (OCDE), organismo del cual Chile es parte y que pretende coordinar las políticas sociales y económicas de sus Estados miembros.

Así, la Ley contempla una serie de normas que alinean a Chile con los países más desarrollados en lo que a materia fiscal se refiere; con medidas tales como una norma anti elusiva general, el aumento de la tasa al impuesto corporativo, la incorporación de impuestos ligados al cuidado del medio ambiente, entre otras.

La Ley 20.780 en el ámbito impositivo internacional, tiene como objetivo central acercar a Chile a la normativa de la OCDE, en especial al plan de acción dictado por este organismo, cuyo fin primordial es evitar que se erosionen las bases fiscales para el cálculo de los impuestos y que se trasladen las utilidades entre países, plan más conocido como **Base Erosion and Profit Shifting** (BEPS).

En este sentido, un capítulo relevante de la Ley y de lo que tratará este trabajo, es la inclusión de una norma de control de las inversiones chilenas en el extranjero.

En efecto, la Ley 20.780 incluye en la Ley de la Renta un artículo sin precedentes en nuestra legislación, una norma que internacionalmente se ha denominado **Controlled Foreign Corporation Rule** (CFC) o también conocidas en español como **Transparencia Fiscal Internacional** (TFI), que también forma parte del plan de acción BEPS.

Esta norma de control internacional pretende evitar el diferimiento de impuestos sobre rentas pasivas de fuente extranjera y la competencia fiscal internacional⁴.

³ Boletín N° 9.290-05.

⁴ Mensaje de S.E. la Presidenta de la Republica con el que inicia un proyecto de Ley de Reforma Tributaria que modifica el sistema de tributación de la renta e introduce diversos ajustes en el sistema tributario. Santiago, 1 de abril de 2014. Mensaje N° 24-362. Página 11.

El objetivo de la inclusión de esta norma, además de asimilarnos a varias de las legislaciones de los Estados pertenecientes a la OCDE, pareciera ser el de uniformar el sistema fiscal chileno. En consecuencia, con las nuevas normas, la situación antes descrita se ajustaría al principio que se pretende establecer en Chile: tributar sobre base devengada atribuyendo ficticiamente las rentas a sus accionistas o socios en el mismo ejercicio que estas se producen.

Lo anterior porque esta norma de control internacional obligan a considerar en la determinación de las rentas de las compañías chilenas inversoras en el extranjero como atribuidas en el mismo ejercicio, las rentas devengadas por sus inversiones pasivas en el exterior, cuando se reúnen los requisitos señalados en la misma norma.

Ya en otras legislaciones que tienen incorporadas las normas CFC, se obliga a los contribuyentes en determinados casos a reconocer para la determinación de los impuestos, las rentas devengadas aun cuando los ingresos no se perciban materialmente por el socio o accionista, prescindiendo de la voluntad de los contribuyentes y sus razones económicas para repartir entre los socios, o no, esas utilidades.

Sin embargo, cabe señalar que estas normas CFC son normas de control internacional, y por ende excepcionales en la mayoría de las legislaciones. En cambio en Chile, a través de la Ley 20.780 este principio de rentas atribuidas se establece como norma de aplicación general para la determinación de las rentas y la aplicación de los impuestos.

En este trabajo, se analizará los alcances y efectos de la nueva norma de control internacional; los requisitos para su aplicación; el texto normativo; la oportunidad y la necesidad de incluir una norma de estas características en nuestra legislación y la legislación comparada en la materia.

I DEFINICIÓN DE LAS NORMAS CFC

En la actualidad hay dos materias que son de suma importancia dentro de la tributación internacional que ocupan gran parte del interés de los legisladores al momento de establecer sus políticas fiscales internacionales: el diferimiento en el pago de los impuestos y la competencia fiscal⁵.

⁵ Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting. Capítulo I y II. Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting (BEPS). <www.oecd.org/ctp/BEPSActionPlan.pdf>

La primera de ellas se refiere a la imposibilidad de cobrar impuestos al Estado donde reside la compañía matriz, cuando en el Estado en que está ubicada la compañía filial existen condiciones impositivas menos gravosas o bien no existen tributos, lo que incentiva a los inversionistas extranjeros a mantener las rentas en dichas jurisdicciones. Viéndose limitado el Estado donde reside la controladora, sólo a gravar y cobrar sus impuestos recién cuando las rentas o utilidades le son efectivamente remesadas o puestas a disposición de la compañía matriz. A esto se le llama **diferimiento impositivo internacional**⁶.

Por su parte, la **competencia fiscal**⁷, se refiere a una estrategia estatal de rebajar los niveles impositivos y lograr localizar en sus fronteras jurisdiccionales la inversión de capitales extranjeros. La competencia fiscal ha jugado un rol importante y ha sido un instrumento muy usado por varios países para retener y atraer capitales internacionales.

La globalización ha provocado que tanto el diferimiento como la competencia fiscal sean elementos importantes en las planificaciones fiscales internacionales, usándose ambas como estrategias de común uso al momento de decidir los inversionistas una estructura empresarial multinacional⁸.

Las normas CFC, junto a otras medidas como las normas que regulan los precios de transferencias, son utilizadas internacionalmente como una de las políticas más sofisticadas para reducir la competencia fiscal perniciosa, el diferimiento impositivo y la erosión de base imponible tributaria interna⁹.

Si bien cada país que ha optado por incluir normas CFC en su legislación interna, lo ha realizado de una forma particular dependiendo de sus requerimientos especiales (muchas veces inspirados en normas CFC de otros Estados y adecuadas a sus propias legislaciones), el **común denominador** ha sido eliminar el diferimiento del pago de impuestos en

⁶ LEHUEDE, HECTOR J., Do CFC Regulations Acclimatize in Latinamerica? A case Study of Mexico, Argentina, Venezuela, and Brasil. Stanford Program in International Legal Studies, at the Stanford Law School, Standfort University, in partial fulfillment of requirements for the degree of Master in the Science of Law. Mayo 2003. Página 3.

⁷ HOMLES, KEVIN, International Tax Policy and Double Tax treaties, An Introduction to principales and Application. Editorial. IBFD BV, 2007. Página 381.

⁸ HOMLES, KEVIN, International Tax Policy and Double Tax treaties, An Introduction to principales and Application. Editorial. IBFD BV, 2007. Página 381.

⁹ HOMLES, KEVIN, International Tax Policy and Double Tax treaties, An Introduction to principales and Application. Editorial. IBFD BV, 2007. Página 370.

su territorio por los ingresos obtenidos por una filial o empresa subsidiaria ubicada fuera de sus fronteras, y que corresponden a inversiones realizadas por una compañía controladora local¹⁰.

Los **requisitos comunes** para la aplicación de las normas CFC en todos los Estados ha sido:

- a. Que la entidad local ejerza algún tipo de control sobre la entidad extranjera; y
- b. Que se trate de negocios específicos, generalmente de rentas pasivas.

Otro requisito, no común a todos los Estados que han implementado normas CFC, pero que sí está presente en la mayoría de los casos, es que la entidad extranjera esté situada, localizada o constituida en un paraíso fiscal o en un territorio de baja o nula tributación¹¹.

En cada Estado, en los que se ha incorporado normas CFC, estos requisitos han sido definidos de forma diferente y ajustando a su propia realidad que debe entenderse por: a) Control; b) Jurisdicción de baja o nula carga tributaria (en algunas legislaciones se han establecidos límites porcentuales, en otros se ha elaborado una “lista negra” con los Estados que se consideran paraísos fiscales, en otros una “lista blanca” con los países con los que se tienen cargas tributarias similares a los del país de residencia del inversionista, y en otros se han adoptado modalidades mixtas); y c) respecto a los negocios que pueden quedar sujeto a la norma CFC (generalmente sólo se incluyen rentas pasivas, las que también son definidas de forma particular en cada legislación, en algunas se enumeran los casos y en otras se realizan presunciones de actividad pasiva)¹².

La **operatoria de las normas CFC** también varía de un Estado a otro, pero la regla y lo medular de esta norma, es que los contribuyentes definidos como controladores, deben incluir en sus ingresos las rentas devengadas y producidas por sus filiales o subsidiarias en el extranjero en el mismo ejercicio tributario en que se originan.

¹⁰ LEHUEDE, HECTOR J., Do CFC Regulations Acclimatize in Latinamerica? A case Study of Mexico, Argentina, Venezuela, and Brasil. Standford Program in International Legal Studies, at the Standford Law School, Standford University, in partial fulfillment of requirements for the degree of Master in the Science of Law. Mayo 2003. Página 13.

¹¹ AULT, HUGH J. Y ARNOL, BRIAN J., Comparative Income Taxation a Structural Analysis, Kluwer Law International, Tercera Edición. 2010. Páginas 477 y siguientes.

¹² ARNOLD, BRIAN J., A Comparative Perspective on the U.S. Controlled Foreign Corporation Rules. Fuente HeinOnline (<<http://heinonline.org>>). 65 Tax L. Rev. 473 (2011-2012) [32 páginas, 473 a la 504].

II

ALCANCES DE LAS NORMAS INCORPORADAS POR LA LEY 20.780, REQUISITOS PARA SU APLICACIÓN Y ANÁLISIS DEL TEXTO NORMATIVO

Es trascendental explicar cuál es el escenario legislativo actual para la tributación internacional en Chile, antes de entrar al análisis específico del tratamiento tributario de las inversiones de contribuyentes chilenos en el extranjero y en específico de las normas CFC incorporadas por la Ley 20.780.

a. Escenario legislativo actual

i. Escenario actual y medidas para evitar la doble tributación internacional:

Existe **doble tributación internacional**¹³ en aquellos casos en que dos o más Estados aplican impuestos idénticos o análogos sobre un mismo hecho imponible realizado en un mismo período, gravando al mismo contribuyente y el mismo objeto¹⁴.

Para evitar que se produzca esta doble tributación internacional, existen **herramientas bilaterales** como las convenciones internacionales. Estos acuerdos abarcan materias netamente tributarias, relacionadas principalmente con el impuesto a la renta y fijan las reglas para la determinación del Estado que tiene derecho a gravar las rentas obtenidas, así como los sujetos del impuesto, el tipo de impuesto y las tasas de impuesto que se aplicarán.

Chile ha suscrito, y se encuentran plenamente vigentes, convenios internacionales para evitar la doble tributación con 25 países, entre ellos: Australia, Brasil, Canadá, Corea, España, Francia, México, Paraguay, Perú y Reino Unido, entre otros.

El sistema impositivo chileno, además de contar con convenios internacionales, tiene incorporado en su legislación interna **herramientas unilaterales** para evitar no solo la doble tributación internacional, sino también la **doble tributación económica**¹⁵,

¹³ MILLER, ANGHARAD, FCA CTA, Lyynee Oats B.Bus PGDI Bus PhD. Principales of International Taxation. Segunda Edición. Editorial. Tottel.2009. Página 70.

¹⁴ ARNOLD, BRIAN J. Y MCINTYRE, MICHAEL J., International Tax Primer. Holanda, Kluwer Law International, 1995, Página 35.

¹⁵ MILLER, ANGHARAD, FCA CTA, Lyynee Oats B.Bus PGDI Bus PhD. Principales Of International Taxation. Segunda Edición. Editoria. Tottel.2009. Página 69.

aquella situación que ocurre cuando existe múltiple tributación sobre la misma fuente económica. El concepto económico es mucho más amplio que el concepto de doble tributación internacional, por lo que puede existir doble tributación desde un punto de vista económico, pero no desde un punto de vista jurídico¹⁶.

En Chile se aplican dos factores fundamentales: residencia y fuente de la Renta.

El **factor de la fuente** está consagrado en los artículos 10 y 11 de la Ley de La Renta¹⁷, que definen lo que debe entenderse por rentas de fuente chilena y que a modo de resumen son, aquellas provenientes de actividades desarrolladas en Chile o de bienes situados en Chile, las regalías y propiedad intelectual explotadas en Chile, y las acciones y derechos sociales de sociedades constituidas en Chile.

Por su parte el **factor residencia**, está consagrado en el artículo 3° de la Ley sobre Impuesto a la Renta¹⁸, que señala que toda persona domiciliada o residente en Chile, debe pagar impuestos sobre sus rentas de cualquier origen, sea que se trate de rentas de fuente chilena o rentas de fuente extranjera. Por ende, **los residentes o domiciliados en Chile tributan por rentas de fuente mundial. Los no residentes ni domiciliados en Chile, en cambio, sólo tributan sólo por sus rentas de fuente Chilena.**

La excepciones a las reglas señaladas precedentemente son sólo tres: los extranjeros por los primeros tres años de residencia o domicilio en Chile que tributan sólo sobre sus rentas de fuente chilena; el personal diplomático y consular que tiene un tratamiento especial sobre sus rentas; y las plataformas del actual artículo 41 letra D de la Ley de la Renta¹⁹, sociedades que cumpliendo

¹⁶ ARNOLD, BRIAN J. Y MCINTYRE, MICHAEL J. International Tax Primer. Holanda, Kluwer Law International, 1995., Pág. 36.

¹⁷ Ley sobre Impuesto a la Renta - contenida en el artículo 1° del Decreto Ley N° 824, publicado en el Diario Oficial de 31 de diciembre de 1974 y actualizado al 20 de febrero de 2014.

¹⁸ Ley sobre Impuesto a la Renta - contenida en el artículo 1° del Decreto Ley N° 824, publicado en el Diario Oficial de 31 de diciembre de 1974 y actualizado al 20 de febrero de 2014.

¹⁹ Ley sobre Impuesto a la Renta - contenida en el artículo 1° del Decreto Ley N° 824, publicado en el Diario Oficial de 31 de diciembre de 1974 y actualizado al 20 de febrero de 2014.

determinados y estrictos requisitos no pagan en Chile impuesto corporativo, ni impuestos finales por los dividendos, utilidades y ganancias de capital provenientes de las inversiones en el extranjero.

Además de lo señalado, que constituyen las reglas generales, existen casos especiales como el del artículo 59 número 2 de la Ley de la Renta, que grava en Chile servicios prestados en el extranjero solo por el hecho de pagarse el servicio desde Chile; y el artículo 10 de la Ley de La Renta, en donde se le atribuye al Estado chileno la potestad de gravar las transacciones realizadas en el extranjero, cuando éstas alcancen a activos subyacentes situados en Chile²⁰.

Otra medida adoptada en la legislación chilena actual, como método unilateral para aminorar la doble tributación internacional, es la consagrada en el artículo 12 de la Ley de La Renta **que señala que cuando deban computarse rentas de fuente extranjera se considerarán las rentas líquidas percibidas**, excluyéndose aquellas de que no se pueda disponer en razón de caso fortuito o fuerza mayor o de disposiciones legales o reglamentarias del país de origen. La exclusión de tales rentas se mantendrá mientras subsistan las causales que hubieren impedido poder disponer de ellas y, entretanto, no empezará a correr plazo alguno de prescripción en contra del Fisco.

El mismo artículo 12 señala que en el caso de las agencias u otros establecimientos permanentes en el exterior, se considerarán en Chile tanto las rentas percibidas como las devengadas, incluyendo los impuestos a la renta adeudados o pagados en el extranjero²¹.

Finalmente, existen otros métodos unilaterales en nuestra legislación para evitar la doble tributación internacional, tales como el **método de la exención** (plataformas del artículo 41 letra D de la Ley de la Renta y las Agencias o establecimientos permanentes) y el **método del crédito** (el sistema del crédito en la Ley de la

²⁰ Ley sobre Impuesto a la Renta - contenida en el artículo 1° del Decreto Ley N° 824, publicado en el Diario Oficial de 31 de diciembre de 1974 y actualizado al 20 de febrero de 2014.

²¹ Ley sobre Impuesto a la Renta - contenida en el artículo 1° del Decreto Ley N° 824, publicado en el Diario Oficial de 31 de diciembre de 1974 y actualizado al 20 de febrero de 2014.

Renta está tratado principalmente en tres artículos consecutivos, en el artículo 41 A que regula los casos en los cuales no existe tratado; en el artículo 41 B que se aplica a los casos en los cuales existe tratados y en los que no; y en el artículo 41 C que trata la aplicación de crédito para los países con tratado para evitar la doble imposición internacional)²².

ii. Tributación de las subsidiarias versus la tributación de las agencias:

Para continuar con el análisis y un mejor entendimiento de la legislación vigente, es importante distinguir, entre las inversiones realizadas desde Chile al extranjero a través de una sociedad subsidiaria o a través de una agencia o establecimientos permanentes. Ambas estructuras tienen tratamiento legal y tributario distinto.

La **subsidiaria o filial**, posee personalidad jurídica propia, se trata de una entidad distinta de la matriz, por lo que los beneficios de la subsidiaria no se consolidan tributariamente con los de la matriz²³.

Las **agencias o establecimientos permanentes** de compañías chilenas en el extranjero, por su parte, no son empresas independientes de la casa matriz, debiendo entenderse que las agencias son una extensión de la casa matriz, conformando ambas una misma persona jurídica o sujeto de derecho²⁴. La agencia o establecimiento permanente y su matriz conforman sólo una persona jurídica, radicándose en el patrimonio de la matriz lo obrado por el establecimiento permanente o agencia, salvo ciertas excepciones.

Cabe destacar que la regla general recién descrita referente al tratamiento tributario de las agencias, tiene en la actualidad una serie de excepciones, y una de ellas incide en materia de precios de transferencia, donde agencia y matriz se miran como entidades distintas para efectos tributarios.

²² Ley sobre Impuesto a la Renta - contenida en el artículo 1° del Decreto Ley N° 824, publicado en el Diario Oficial de 31 de diciembre de 1974 y actualizado al 20 de febrero de 2014.

²³ Circular del Servicio de Impuestos Internos N° 38 del 10 de julio del 2007.

²⁴ Jurisprudencia Administrativa del Servicio de Impuestos Internos de Chile. Oficio número 800 del 17 de abril del año 2008; Oficio número 2.997 del 25 de octubre del año 2007.

Por lo tanto, la diferencia fundamental entre ambos vehículos para invertir en el extranjero radica desde el punto de vista impositivo, en que los establecimientos permanentes o agencias deben consolidar sus resultados en la matriz chilena, tanto de las rentas percibidas como de las rentas devengadas por el establecimiento permanente en el extranjero, y en el caso de las filiales o subsidiarias sólo se gravan en Chile las rentas líquidas percibidas por concepto de dividendos percibidos desde el extranjero y otras rentas provenientes de inversiones similares.

Como se ha advertido previamente, en este artículo sólo se analizará el cambio de regulación en Chile para las subsidiarias, por lo que de aquí en adelante, cada vez que nos estemos refiriendo a las inversiones en el extranjero, estaremos haciendo referencia a las inversiones a través de subsidiarias o filiales.

En la actualidad la Ley de la Renta grava en Chile las inversiones de contribuyentes chilenos en el extranjero sólo cuando éstos perciben las rentas desde el exterior, ya sea por pago de dividendos, porque efectúan algún retiro de utilidades de sociedades constituidas en el extranjero, cuando perciben del exterior rentas por el uso de marcas, patentes o fórmulas (regalías) o cuando perciben alguna ganancia de capital; siempre y en todo los casos, sobre base percibida.

En estas situaciones, los contribuyentes chilenos deben computar dentro de sus declaraciones de rentas para el cálculo de sus impuestos respectivos, las rentas de fuente extranjera percibidas, otorgándoles el derecho a crédito por los impuestos pagados en el exterior, con distintas reglas de uso de los créditos, dependiendo si el país fuente de la renta ha suscrito con Chile o no convenio un para evitar la doble tributación.

En resumen, hasta hoy las inversiones chilenas en el extranjero tienen el siguiente tratamiento tributario:

- a. Los ingresos se reconocen sobre base percibida (no es necesario que las divisas entren físicamente a Chile);
- b. Se aplica un mismo tratamiento uniforme para toda renta de fuente extranjera (intereses, dividendos, retiros, etc.);
- c. Se reconocen sobre base percibida líquida. Esto significa la renta líquida después de retención que puede afectar la remesa en el extranjero. Esto es un ingreso bruto más que se colaciona

como cualquier ingreso en la renta líquida imponible, a diferencia de la agencia que es un agregado a la renta líquida imponible;

- d. No aplica el artículo 17 N° 8 de la Ley de La Renta que se refiere a la aplicación de un impuesto único a la renta en caso de enajenación de acciones o derechos cuando se cumplen determinados requisitos, por lo tanto la venta de acciones o derechos en el exterior, tributa sobre régimen general²⁵.

El pago del impuesto en Chile dependerá finalmente si se trata de un contribuyente obligado o no a llevar contabilidad completa, en el primer caso se debe tratar como un ingreso bruto sujeto a normas generales y para el segundo caso contribuyentes sin contabilidad, el ingreso irá directamente al cálculo de su impuesto final.

Todo lo anteriormente expuesto se ve radicalmente afectado con la Ley 20.780 recientemente publicada.

b. Mensaje de la Ley 20.780

El mensaje de la Ley 20.780, que ingresó al Congreso de Chile el día 1 de abril del año 2014, en su numeral III, numero 1) letra f) referente a las modificaciones de normas sobre tributación internacional, señala que una de las modificaciones legales para que Chile converja a los estándares contra la elusión y evasión del proyecto BEPS, es la incorporación de la norma de control internacional sobre rentas pasivas de empresas chilenas en el exterior, normas CFC, que combaten el diferimiento de impuestos sobre rentas pasivas de fuentes extranjeras.

Estas normas CFC pretenden cambiar lo que ha venido ocurriendo en nuestro país desde hace ya décadas con las inversiones pasivas en el extranjero, obligando a los inversionistas residentes en Chile a pagar impuestos sobre sus rentas pasivas en el exterior, en el mismo período tributario que estas rentas se generan, independiente de la decisión societaria de pagar algún dividendo o de efectuar algún

²⁵ El artículo 12 de la Ley sobre Impuesto a la Renta - contenida en el artículo 1° del Decreto Ley número 824 (publicado en el Diario Oficial del día 31 de diciembre del año 1974 y actualizado al 20 de febrero de 2014), el que dispone que cuando deban computarse rentas de fuente extranjera, se considerarán las rentas líquidas percibidas, excluyéndose aquellas de que no se pueda disponer en razón de caso fortuito o fuerza mayor o de disposiciones legales o reglamentarias del país de origen.

retiro de utilidades, es decir, independiente de la percepción de dichas rentas.

La Ley 20.780, cambia las normas sobre tributación internacional que hasta la fecha nos rigen, puesto que modifica parte de las reglas que regulan nuestras transacciones inter fronteras, y que son aquellas que pueden llegar a someter a imposición las rentas en más de un país, específicamente en este caso las inversiones desde Chile al extranjero.

Chile históricamente ha sido un país receptor de capitales, sin embargo la situación había venido cambiando incrementándose fuertemente las exportaciones de capital desde Chile al extranjero, por esta razón la Ley de la Renta se había visto modificada en este sentido. Nuestro país hasta el día de hoy, ha funcionado bajo la siguiente lógica tributaria: no gravar la salida de capital y no obligar a reconocer sobre base devengada.

Esta nueva Ley debería alterar de alguna forma las decisiones de inversión en el extranjero, ya que hasta este momento el factor impuesto era irrelevante en la decisión de invertir o no fuera e Chile.

El nuevo artículo de la Ley de La Renta que contiene las normas CFC, el **artículo 41 G**, el que, además, contiene 7 apartados enumerados de las letras A a la letra G²⁶ y que regirá desde el día 1 de enero del año 2016.

A continuación se analizará la redacción de las normas CFC, incluidas en la Ley 20.780.

Ya en su primer párrafo, la regla en análisis deja implícitamente establecido que se trata de una norma de aplicación excepcional, que regirá sólo para el caso en que se reúnan todos los requisitos allí detallados, toda vez que en su primer inciso señala lo siguiente: “*No obstante lo dispuesto en el artículo 12 y en los artículos precedentes (...)*”, haciendo referencia a las normas que contienen las reglas generales en materia de tributación internacional y su tratamiento tributario en Chile, quedando por ende, claramente establecido desde su inicio, que se trata de una norma de excepción y que no viene a reglar la tributación general de las inversiones que los contribuyentes chilenos tienen en el extranjero.

²⁶ Mensaje de S.E. la Presidenta de la Republica con el que inicia un proyecto de ley de reforma tributaria que modifica el sistema de tributación de la renta e introduce diversos ajustes en el sistema tributario. Santiago, 01 de abril de 2014. Mensaje N° 24-362. Página 82.

c. Requisitos para su aplicación

La citada norma en el mismo inciso indica que “(...) *los contribuyentes o patrimonios de afectación con domicilio, residencia o constituidos en Chile, que directa o indirectamente controlen entidades sin domicilio ni residencia en el país, deberán considerar como devengadas o percibidas las rentas pasivas percibidas o devengadas por dichas entidades controladas (...)*”. Señalando los requisitos fundamentales para su aplicación: uno) que se trate de contribuyentes o patrimonios de afectación domiciliados, residentes o constituidos en Chile; y dos) que estos contribuyentes controlen entidades sin domicilio o residencia en el país.

Como se ha señalado, las condiciones esenciales para la aplicación de esta norma, es que los contribuyentes chilenos controlen una entidad sin domicilio o residencia en el país.

Para los efectos de éste análisis, denominaremos al contribuyente chileno como la “entidad controladora” y al sujeto o patrimonio en el extranjero como la “entidad controlada”.

d. Entidad Controlada

Luego la norma detalla en sus apartados siguientes, los casos especiales para que proceda su obligatorio empleo, comenzando en la letra A) por lo que debe entenderse por “entidades controladas” y los requisitos que éstas deben reunir para que proceda la aplicación de las normas CFC.

El primer requisito de la entidad controlada es que debe estar constituida, domiciliada, establecida, formalizada o ser residente en el extranjero.

El segundo requisito, es que puede tratarse de cualquier entidad, sea cual sea su naturaleza, que posean o no personalidad jurídica propia, dando la misma norma ejemplos de las mismas al señalar que puede tratarse de sociedades, fondos, comunidades, patrimonios o trust. La norma deja fuera de su aplicación a las agencias y establecimientos permanentes, las que a diferencia de las CFC deben reconocer en Chile resultados de ganancias o pérdidas y tienen su especial tratamiento en el artículo 41 B número 1 de la Ley de la Renta.

El tercer requisito es que esta entidad extranjera debe estar controlada por contribuyentes domiciliados o residentes en Chile.

Para aclarar que debe entenderse por **control**, la norma detalla los casos específicos en los que una entidad se entiende controlada

por otra, haciendo una enumeración bastante amplia de los casos, a saber:

- a. Cuando posean directa o indirectamente (considerando a sus relacionados) el 50% o más de capital, derecho a las utilidades o derecho a voto;
- b. Cuando por sí o a través de sus relacionados puedan elegir o hacer elegir a la mayoría de los directores o administradores o posean facultades para cambiar los estatutos, remover a la mayoría de los directores o administradores;
- c. Establece una presunción simplemente legal de control cuando la entidad este constituida, sea domiciliada o residente de un país o territorio de baja o nula tributación; y
- d. Establece una segunda presunción simplemente legal para los casos en que el contribuyente chileno, directa o indirectamente, tenga derecho a ejercer una opción de compra en los términos de la letra a) de este párrafo.

e. Países o Territorios de baja o nula tributación

En la letra B) de la norma, se refiere a los países o territorios de baja o nula tributación, norma que se remite al artículo 41 H de la Ley de la Renta. El cual señala que se entenderá por tales a los Estados que cumplan con a lo menos dos, de los siguientes requisitos:

- a. Aquellos cuya tasa de tributación efectiva sobre los ingresos de fuente extranjera sea inferior al 50% de la tasa de Impuesto Adicional establecido en Chile (35%);
- b. Aquellos que no tengan con Chile convenio de intercambio de información²⁷: (Sobre esta materia: i) Algunos de los tratados internacionales para evitar la doble tributación contemplan una cláusula de intercambio de información; ii) Chile durante el año 2013 firmó el “Convenio Multilateral de Mutua Asistencia Administrativa en Materia fiscal” de la OCDE, este acuerdo contempla la reciprocidad automática de datos con acuerdo entre las partes interesadas firmado por 60 países; iii) Existe un

²⁷ A diferencia de los Convenios para Evitar la Doble Tributación, éstos dicen relación exclusiva con el intercambio de información. Dichos acuerdos pueden ser específicos sobre intercambio de información, sea bilaterales o multilaterales, o bien, puede tratarse de disposiciones específicas dentro de un convenio para evitar la doble tributación internacional celebrado normalmente entre dos países.

- tratado firmado el año 2012, entre el Estado de Guernese y el Estado de Chile que contiene un “acuerdo de intercambio de información en materia tributaria”, tratado firmado pero aun no vigente);
- c. Aquellos en los cuales la administración tributaria carezca de facultades para fiscalizar los precios de transferencias, que de manera substancial se ajusten a las recomendaciones de la OCDE o la Organización de Naciones Unidas (ONU) (redacción extraña del requisito, pareciera que debería decir: que de manera sustancial no se ajusten);
 - d. Aquellos que prohíban a sus administraciones la solicitud de información a terceros países;
 - e. Aquellos cuyas legislaciones sean consideradas como regímenes preferenciales por la OCDE o la ONU; y
 - f. Aquellos que gravan exclusivamente las rentas generadas o producidas en su territorio.

La norma del artículo 41 H establece una contra excepción, al señalar que la norma recién expuesta no se aplicará cuando se trate de países miembros de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico.

Finalmente el artículo 41 H de la Ley de la Renta, agrega que el Servicio de impuestos Internos, previa solicitud, se pronunciará mediante resolución acerca del cumplimiento de los requisitos que establece este artículo.

f. Rentas Pasivas

Continuando con la enumeración de los requisitos, **en la letra C) se señala lo que debe entenderse por rentas pasivas**, considerándose como rentas pasivas a las siguientes:

- a. Dividendos, retiros, repartos y cualquier otra forma de distribución, o devengo de utilidades provenientes de participaciones, incluso cuando se hubiesen capitalizado.

Contra excepción, no se considerará renta pasiva la distribución, reparto o devengo de utilidades que una entidad controlada haya obtenido desde otra entidad no domiciliada ni residente en el país que, a su vez, sea controlada directa o indirectamente por la primera, cuando esta última tenga como giro la obtención de rentas activas.

- b. Intereses y demás rentas del capital, salvo que sea una entidad bancaria o financiera y que no resida en una jurisdicción de baja o nula tributación;
- c. Rentas derivadas de la cesión del uso, goce o explotación de marcas, patentes, formulas, programas computacionales y otros similares (Regalías o cualquier otra forma de remuneración);
- d. Ganancias de Capital,
- e. Rentas del arrendamiento o uso temporal de bienes inmuebles, salvo que se trate del giro principal de la compañía;
- f. Ganancias de capital de la enajenación de inmuebles, salvo que estas hayan sido utilizadas en una actividad empresarial de rentas no pasivas;
- g. Rentas derivadas de la cesión o uso temporal de derechos que den derecho a gozar de los bienes o derechos generadores de rentas pasivas,
- h. Las rentas que la entidad controlada obtenga de operaciones realizadas con contribuyentes residentes en Chile siempre que sean partes relacionadas del nuevo artículo 41 E, tales rentas sean gasto deducible o estén sujeta a depreciación o amortización en Chile y que dichas rentas no sean de fuente chilena o siéndolo estén sujetas a una tasa en Chile menor al 35%.

En la misma letra se establece una presunción que señala que si las rentas pasivas representan el 80% o más de los ingresos de la entidad controlada, el total de los ingresos de ésta serán considerados rentas pasivas.

A continuación, se establece una segunda presunción que señala que todas las rentas obtenidas por una entidad residente en un Estado de baja tributación, son rentas pasivas y que una entidad domiciliada en un territorio de baja o nula tributación genera en el ejercicio a lo menos una renta neta pasiva igual al resultado de multiplicar la tasa interés promedio que cobren las empresas del sistema financiero del referido país, por el valor de adquisición de la participación o el valor de la participación patrimonial, el que resulte mayor.

Lo dispuesto en este artículo se aplicará sólo cuando las rentas pasivas de la entidad controlada excedan del 10% de los ingresos totales de aquella, en el ejercicio que corresponda. Es decir, sólo existirá la obligación de reconocer éstas rentas pasivas en la entidad chilena,

cuando las rentas pasivas de la entidad controlada en el extranjero equivalgan al menos al 10% del total de sus rentas.

g. Atribución de la renta de la CFC en Chile

En la **letra D)** se establece la forma de reconocer en Chile las rentas percibidas o devengadas por la entidad controlada, señalando que las mismas se considerarán a su vez percibidas o devengadas por la entidad chilena controladora al cierre del ejercicio respectivo, conforme a las siguientes reglas:

- a. Se considerarán en la misma proporción de la participación directa o indirecta que la entidad chilena tenga sobre la entidad controlada;
- b. Se aplicarán las normas sobre determinación de la base imponible de primera categoría, y se agregará a la renta líquida imponible, salvo que el resultado arroje pérdidas, caso en el cual no se reconocerá en el país (a diferencia de lo que ocurre con las agencias y establecimientos permanentes);
- c. Se deducirán los gastos que incidan en la generación de la renta pasiva, en la misma proporción que tales representen en los ingresos totales de la entidad controlada;
- d. El resultado de las rentas extranjeras se determinará en la moneda del país en que se encuentre radicada la entidad controlada y se convertirá cuando corresponda a moneda nacional de acuerdo al tipo de cambio del artículo 41 A número 1 de la letra D;
- e. Se aplica el artículo 21 de la Ley de la Renta (impuesto sanción); y
- f. No se considerarán como devengadas las rentas pasivas en el exterior cuando no excedan de las 2.400 Unidades de Fomento total al termino del ejercicio respectivo.

h. Derecho a Crédito

En la **letra E)** de la norma se establece el derecho a crédito que tienen las entidades controladoras en Chile, por los impuestos pagados o adeudados en el exterior por dichas rentas pasivas, y corresponde a los impuestos extranjeros pagados sobre tales utilidades o cantidades.

El tratamiento cambiará dependiendo de si Chile ha suscrito con el país fuente de la renta convenio para evitar la doble tributación o no:

- A. Caso en el que no existe convenio: los créditos por impuestos pagados en el extranjero, se deberán agregar a la renta líquida imponible de la empresa y deducirse del impuesto de primera categoría respectivo. En caso de existir remanente de dicho crédito, no podrá imputarse ni ser objeto de devolución.
- B. Caso en el que existe convenio: Además de lo señalado en la letra anterior, también dará derecho a crédito el impuesto a la renta pagado por una o más sociedades en la parte de las utilidades que se repartan a la empresa que remesa dichas utilidades a Chile, siempre que todas estén domiciliadas en el mismo país y la segunda posea directa o indirectamente el 10% o más del capital de las sociedades subsidiarias señaladas. Y se presumirá que el impuesto pagado al otro Estado por las respectivas rentas es aquel que según la naturaleza de las rentas corresponda aplicar en ese Estado y esté vigente al momento de la remesa, distribución o pago.

Se otorga un derecho a crédito por los impuestos pagados en el extranjero por la sociedad controlada cuando se trate de una inversión directa y en el caso de inversión indirecta, el crédito procedería sólo si existe Tratado para evitar la Doble Tributación o Acuerdo de Intercambio de Información.

i. Distribución efectiva de utilidades por la CFC

La letra F) de la norma señala que los dividendos, retiros, repartos y cualquier otra forma de distribución de utilidades, que la entidad controlada distribuya a Chile, no estará gravada con impuesto a la renta cuando corresponda a las mismas rentas pasivas que hubieren tributado previamente, de conformidad a la norma CFC en análisis.

j. Formalidades y Registros

Finalmente, en la **letra G)** se señala la obligación de mantener un registro detallado actualizado de las rentas pasivas en el exterior. Estableciendo que el Servicio de Impuestos Internos, mediante resolución, fijará la información que debe anotarse en dicho registro. En el mismo párrafo se establece una sanción de multa para el caso de no presentación de la declaración, o presentación de una declaración incompleta, extemporánea o falsa.

III CONSIDERACIONES²⁸

Del análisis de la norma recién citada podemos encontrar algunos problemas de redacción e incluso prácticos, que son detectables aun incluso antes de su aplicación y entrada en vigencia, lo que puede acarrear en el futuro varias contingencias legales de variadas índoles y gravedad, como son los siguientes:

Respecto de los créditos

El sistema propuesto para la incorporación de las normas CFC, implica un uso trastornado en Chile de los créditos por impuestos pagados en el extranjero, e incluso la complejidad de la norma puede llevar a la situación que en Chile no sea posible utilizar crédito alguno por rentas pasivas, por ejemplo si una sociedad chilena tiene una inversión en una sociedad ubicada en un Estado calificado como paraíso fiscal, la cual a su vez posee inversiones en una sociedad operativa en otro país. En tal caso, el impuesto pagado por la sociedad operativa extranjera, no se arrastraría nunca hasta Chile y no podría utilizarse como crédito, a pesar de haberse soportado efectivamente el gravamen sobre dicha renta. Este caso en particular no está solucionado en la Ley, a pesar que en la última enmienda realizada al proyecto se otorga un derecho a crédito por los impuestos pagados en el extranjero por la sociedad controlada (en el caso de inversión indirecta, el crédito procedería sólo si existe Tratado para evitar la Doble Tributación o Acuerdo de Intercambio de Información).

Respecto a la entidad controlada

En el artículo 41 G Letra A inciso primero, señala que se debe cumplir los siguientes requisitos copulativos, para entenderse a una entidad como “controlada”, sin embargo no están redactados los numerales correctamente como requisitos.

²⁸ Consideraciones tomadas del Diario Financiero del día 17 de junio del año 2014. Referente a una publicación relacionada a las observaciones que la Cámara Marítima y Portuaria de Chile presentó al proyecto Ley de Reforma Tributaria, en base al Informe Jurídico elaborado por la abogado Soledad Recabarren. “40 Errores Técnicos”.

En el artículo 41 G Letra A numeral 1 inciso 4, se establece una presunción legal de “entidad controlada”, que señala que se presume entidad controlada a la entidad extranjera que esté domiciliada en un paraíso fiscal de los enumerados en el Artículo 41 H. Sin embargo, a pesar que se entiende cual es el objeto de la presunción (cambiar el peso de la prueba) no es clara la funcionalidad de la regla, dado que es el propio contribuyente quien deberá informar sus entidades controladas.

Respecto a los Paraísos Fiscales

La norma del Artículo 41 H que se refiere a los territorios o jurisdicciones con regímenes fiscales preferenciales (paraísos fiscales), es bastante amplia, ya que incluye a todos los países que reúnan 2 de los siguientes requisitos:

- i. Países en que la tributación efectiva sobre ingresos de fuente extranjera es inferior a una tasa de un 17,5% (por ejemplo Holanda, Reino Unido y España);
- ii. Países que no han celebrado tratado de intercambio de información con Chile (por ejemplo Alemania);
- iii. Países que carecen de normas que permitan fiscalizar precios de transferencia de acuerdo a estándares OCDE (por ejemplo Brasil);
- iv. Países que contienen limitaciones a la entrega de información;
- v. Países que están incluidos en la lista de la OCDE o la ONU;
- vi. Países que gravan sobre base territorial.

El artículo 41 H, el que fue enmendado respecto al proyecto de reforma tributaria original, exigiendo en su versión final cumplir al menos 2 de los requisitos allí enumerado, continua limitando en demasía las decisiones de invertir en el extranjero y complejiza las operaciones *outbounds*.

La amplitud de la norma continúa provocando además incertidumbre jurídica, al no existir claridad en quien es el llamado a calificar las situaciones descritas en la letra anterior.

Siguiendo en el mismo análisis, mucho de los países con los que Chile ha celebrado Tratados para Evitar la Doble Tributación Internacional, podrían estar dentro de los casos descritos en del artículo 41 H.

Entonces las preguntas son: ¿Qué ocurrirá en dichos casos?; ¿Qué norma tendría mayor supremacía, la noma CFC de nuestra legislación interna o el tratado internacional suscrito y vigente con dichos países?

¿Cómo conciliar el rango constitucional de los tratados internacionales? ¿Es decir, que por tener los tratados internacionales rango constitucional esta norma queda sin aplicación desde su entrada? Parecieran puntos importantes a definir en conjunto con la incorporación de normas CFC.

Sobre lo anterior es importante señalar la posición de la OCDE, la que se plasmó en el comentario número 23 referente al artículo 1, del Modelo de Tratado para Evitar la Doble Imposición, redactado por la OCDE, que señala expresamente lo siguiente “(...) *Por ello, aunque algunos países hayan considerado que es útil precisar expresamente en sus convenios que la legislación sobre transparencia fiscal internacional –CFC– no era contraria al Convenio, dicha precisión es innecesaria. Se reconoce que la legislación sobre transparencia fiscal internacional –CFC– que sigue este enfoque **no entra en conflicto con las disposiciones del Convenio** (...)*”²⁹.

En el Artículo 41 G Numeral 8 inciso 3, presume que todas las rentas de entidad en paraíso fiscal de Artículo 41 H son pasivas. Esta presunción es de carácter simplemente legal, por lo tanto puede ser desvirtuada con prueba en contrario. Sin embargo, siendo el propio contribuyente el llamado a desvirtuarla, y siendo además extremadamente dificultosa la fiscalización, pareciera ser una norma de muy difícil aplicación.

Concepto de Control (Artículo 41 G)

Se remite a la norma del artículo 100 de la Ley de Mercado de Valores³⁰. Esta norma es tan amplia que incluso se podría llegar a la situación que dos sociedades chilenas reconozcan como controlada a una misma entidad,

²⁹ Octava edición de la versión abreviada de la publicación titulada “Modelo de Convenio tributario sobre la renta y el patrimonio”. Modelo de Convenio 22 de julio de 2010.

³⁰ Ley 18.045, del 22 de octubre de 1981. Artículo 100.- Son relacionadas con una sociedad las siguientes personas: a) Las entidades del grupo empresarial al que pertenece la sociedad; b) Las personas jurídicas que tengan, respecto de la sociedad, la calidad de matriz, coligante, filial o coligada, en conformidad a las definiciones contenidas en la ley N° 18.046; c) Quienes sean directores, gerentes, administradores, ejecutivos principales o liquidadores de la sociedad, y sus cónyuges o sus parientes hasta el segundo grado de consanguinidad, así como toda entidad controlada, directamente o a través de otras personas, por cualquiera de ellos, y d) Toda persona que, por sí sola o con otras con que tenga acuerdo de actuación conjunta, pueda designar al menos un miembro de la administración de la sociedad o controle un 10% o más del capital o del capital con derecho a voto si se tratare de una sociedad por acciones. La Superintendencia podrá establecer mediante norma de carácter general, que es relacionada a una sociedad toda persona natural o jurídica que por relaciones patrimoniales, de administración,

duplicándose la carga tributaria en Chile. Podemos explicar esta situación con el siguiente ejemplo: Sociedad Peruana que tiene como accionistas una entidad Chilena “Chile 1” (dueña del 60% de las acciones de la peruana) y otra entidad Chilena “Chile 2” (dueña del 40% de las acciones de la sociedad peruana), pero además “Chile 2” tiene una opción de compra de las acciones de “Chile 1” en la sociedad peruana. Bajo este escenario, la sociedad peruana sería una entidad controlada por Chile 1 y por Chile 2.

Concepto Rentas Pasivas (Artículo 41 G)

Norma también demasiado amplia que puede generar ciertas distorsiones. Incluso llegando al extremo que una renta que realmente sea operativa, termine siendo calificada en Chile como pasiva (por ejemplo: entidad controlada extranjera que participa de otra entidad en el extranjero operativa, no controlada, dichas rentas se reconocerán en Chile como pasivas).

En definitiva

Tras este breve análisis, es posible concluir que se hace necesario una mejor preparación del texto normativo de las normas CFC, ya que el texto actual posee varias imprecisiones y definiciones demasiado amplias (como los de ente controlador, entidad controlada, renta pasiva y paraíso fiscal), que terminarán generando incertidumbre legislativa y complejizarán las inversiones desde Chile al extranjero.

de parentesco, de responsabilidad o de subordinación, haga presumir que: 1.- Por sí sola, o con otras con quienes tenga acuerdo de actuación conjunta, tiene poder de voto suficiente para influir en la gestión de la sociedad; 2.- Sus negocios con la sociedad originan conflictos de interés; 3.- Su gestión es influenciada por la sociedad, si se trata de una persona jurídica, o 4.- Si por su cargo o posición está en situación de disponer de información de la sociedad y de sus negocios, que no haya sido divulgada públicamente al mercado, y que sea capaz de influir en la cotización de los valores de la sociedad. No se considerará relacionada a la sociedad una persona por el sólo hecho de participar hasta en un 5% del capital o 5% del capital con derecho a voto si se tratare de una sociedad por acciones, o si sólo es empleado no directivo de esa sociedad.

IV

LEGISLACIÓN COMPARADA EN LA MATERIA. LAS NORMAS CFC DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA

Como se ha señalado anteriormente, las normas CFC son usadas como instrumento de control interno para evitar la erosión de la base imponible, el diferimiento en el pago de los impuestos y el desplazamiento de rentas a jurisdicciones menos gravosas impositivamente.

Cada Estado que ha decidido combatir unilateralmente el diferimiento del pago de los impuestos, la erosión de la base impositiva y desplazamiento de las rentas de una jurisdicción con mayor carga impositiva a una menos gravosa, a través de la incorporación en sus legislaciones de normas CFC, ha establecido su particular definición y los alcances de la norma variando a veces, diametralmente la regla en cuestión entre una jurisdicción y otra.

El primer país que incorporó en su jurisdicción interna normas CFC, fue Estados Unidos de América (EEUU), hace ya más de medio siglo. Esta norma fue introducida a la legislación estadounidense durante el gobierno de John Fitzgerald Kennedy en el año 1962, convirtiéndose en una referencia para los otros países que decidieron incorporarla años más tarde.

Actualmente, las normas CFC está contenida en el United States Code - Title 26 - Internal Revenue Code - Subtítulo A. Income Taxes. Capítulo 1. *Normal Taxes and Surtaxes*. Subcapítulo N. *Tax Based On Income From Sources Within or Without The United States*. Part III. *Income From Sources Without The United States*. Subpart F. *Controlled Foreign Corporations*. De la sección 951 a la 965.

Las normas CFC está contenida en 56 páginas del código recién citado, lo que grafica el detalle de cómo se ha tratado esta norma de excepción en el país del norte, la que no sólo es extensa en lo sustantivo, sino que también muy detalla y estricta en materia procedimental.

La citada norma conocida en los Estados Unidos como la Subpart F, haciéndose referencia al lugar en que se sitúa la norma en la legislación, fue diseñada para prevenir que residentes Estadounidenses (personas naturales y personas jurídicas) difirieran artificialmente en los EEUU los ingresos imposables a través del uso de entidades extranjeras.

La razón que tuvo los EEUU para incorporar esta norma fue que hasta antes de la promulgación de las reglas de la *Subparte F*, EEUU sólo tenía la facultad de aplicar impuestos a las ganancias de las subsidiarias

extranjeras cuando dichos ingresos eran distribuidos a sus accionistas en los EEUU, aplazándose por ende la tributación en dicho país hasta que los socios decidieran voluntariamente distribuir ganancias. De esta manera, el objeto de la Subparte F es acelerar o adelantar la facultad impositiva de los EEUU sobre dichos ingresos, prescindiendo de la voluntad de los dueños.

Esta norma es excepción dentro de la legislación americana, ya que por regla general, la ley de los EEUU no impone tributos a las rentas de fuente extranjera generada por un no residente (no ciudadano o no nacional) de los EEUU.

- a. Requisitos generales.** La estructura macro de la norma de EEUU, requiere de:
- a. Un accionista residente en los EEUU;
 - b. Una corporación extranjera: Debe tratarse necesariamente de una entidad calificada para efectos impositivos en los EEUU como una corporación, porque los demás vehículos jurídicos, para efectos de tributación en los EEUU son considerados “transparentes”, es decir que para efectos impositivos no se considera la existencia de la entidad extranjera *per se*, como un ente independiente de sus socios, sino que los resultados del negocio pasan directamente a sus accionistas en los EEUU³¹. En adelante denominaremos a esta subsidiaria en el extranjero como CFC;
 - c. Que la segunda esté controlada por la primera: Más del 50% de los derechos o acciones deber ser de propiedad de accionistas Estadounidenses; y
 - d. Finalmente, la norma ordena que, cumpliéndose determinados requisitos, los accionistas estadounidenses deberán incluir dentro de sus ingresos, su porcentaje de participación sobre cierto tipo ganancias originadas por la CFC, aun cuando ésta última no los haya distribuido³².

³¹ Treasury Regulations. Son las normas tributarias emitidas por Internal Revenue Service (IRS) –ente fiscal de los EEUU–. Estas regulaciones son interpretaciones oficiales del Departamento del Tesoro respecto del Internal Revenue Code (Ley de la Renta en los EEUU) y son una fuente de la ley estadounidense para interpretación y aplicación de los impuestos federales. En las secciones § 301.7701-1; § 301.7701-2 y § 301.7701-3. Title 26. Chapter I. Subchapter F. Procedure and Administration. Se trata el tema de la entidad transparente y la tributación internacional de las corporaciones.

³² United States Code- Title 26 - Internal Revenue Code- Subtítulo A. Income Taxes. Capítulo 1. Normal Taxes and Surtaxes. Subcapítulo N. Tax Based On Income From

A continuación, realizaremos un breve resumen de los casos en los que aplica las normas CFC de los EEUU, y los requisitos para que esta norma opere.

- b. Definición de accionista estadounidense.** Dentro de esta denominación se incluye a los ciudadanos, a los residentes, a los extranjeros residentes en los EEUU, a las sociedades anónimas (*corporations*), a las sociedades de personas (*partnerships*) y a los *trusts*³³.
- c. Definición de control.** De acuerdo a la norma americana existe control cuando se reúnen dos requisitos copulativos:
 - a. Que los accionistas estadounidenses sean dueños directa o indirectamente de al menos el 10% de las acciones con derecho a voto de la compañía extranjera; y
 - b. Que en conjunto los accionistas estadounidenses posean más del 50% de las acciones o derechos de la compañía extranjera, ese 50% puede medirse considerando el valor de la compañía o los derechos de voto (poder de decisión).

Sólo los accionistas que directamente o indirectamente poseen el 10% o más de las acciones, son incluidos en el segundo requisito que es, que en conjunto posean más del 50% del derecho a voto o del valor de la compañía³⁴.

Es importante señalar que la norma exige, para la aplicación de las normas CFC, que estos porcentajes se logren alcanzar en cualquier día durante el año tributario³⁵.

Las normas CFC de los EEUU señala que, para determinar el porcentaje que corresponde a los accionistas estadounidenses, es

Sources Within or Without The United States. Part III. Income From Sources Without The United States. Subpart F. Controlled Foreign Corporations. Sección 951 (a).

³³ United States Code - Title 26 - Internal Revenue Code - Subtítulo A. Income Taxes. Capítulo 1. Normal Taxes and Surtaxes. Subcapítulo N. Tax Based On Income From Sources Within or Without The United States. Part III. Income From Sources Without The United States. Subpart F. Controlled Foreign Corporations. Sección 957 (c), 7701(a)(30), 7701(a)(31).

³⁴ Fundamentals of International Taxation, US Taxation of Foreigner Income And Feroreign Taxpayer. Edition 2012/2013. Boris I. Bittker y Lawrence Lokken. Páginas 69-8 y 69-2.

³⁵ United States Code - Title 26 - Internal Revenue Code - Subtítulo A. Income Taxes. Capítulo 1. Normal Taxes and Surtaxes. Subcapítulo N. Tax Based On Income From Sources Within or Without The United States. Part III. Income From Sources Without The United States. Subpart F. Controlled Foreign Corporations. Sección 957 (a).

necesario sumar los porcentajes que están en manos de entidades relacionadas o de personas o entidades en las que se tengan algún interés, en la proporción que les corresponda³⁶.

- d. Definición de CFC (o entidad controlada).** Se trata de cualquier corporación organizada fuera de los EEUU.
- e. Normas de atribución.** La norma sigue la lógica de que los ingresos originados en la entidad controlada en el extranjero, se considerarán atribuidos al accionista estadounidense aun cuando no se hayan percibido materialmente los ingresos, prescindiéndose por ende de la voluntad y decisión de los socios.

Señala la ley que si una corporación extranjera es una CFC por 30 días consecutivos durante cualquier año tributario, los accionistas estadounidenses que sean dueños de las acciones el último día del año en que la corporación extranjera es una CFC, deberán incluir en sus ingresos brutos, a prorrata de sus acciones, los ingresos de la CFC señalados en la subparte F ya referida³⁷.

En otras palabras, no importa que efectivamente la subsidiaria en el extranjero, haya o no distribuido ganancias ese año. Para efectos tributarios, en EEUU los accionistas estadounidenses, deberán incluir dentro de sus ingresos brutos esas ganancias de la subparte F y tributar conforme a las reglas generales sobre dichos ingresos.

- f. Rentas que deben considerarse atribuidas.** No todos los ingresos de la CFC se entienden atribuidos a la controladora estadounidense. Los ingresos originados en la compañía extranjera que se considerarán atribuidos, son 2: A) Los ingresos de la CFC que son invertidos en ciertas propiedades de los EEUU; y B) Determinados ingresos enumerados por el Congreso de los EEUU, que en síntesis, son los siguientes³⁸.

³⁶ United States Code - Title 26 - Internal Revenue Code - Subtítulo A. Income Taxes. Capítulo 1. Normal Taxes and Surtaxes. Subcapítulo N. Tax Based On Income From Sources Within or Without The United States. Part III. Income From Sources Without The United States. Subpart F. Controlled Foreign Corporations. Sección 957 (a); 958 (a), 958 (b).

³⁷ Regulación de la Tesorería de los Estados Unidos. Title 26. Chapter I. Subchapter A. Part 1. Sección 1.951-1 (a).

³⁸ United States Code - Title 26 - Internal Revenue Code - Subtítulo A. Income Taxes. Capítulo 1. Normal Taxes and Surtaxes. Subcapítulo N. Tax Based On Income From Sources Within or Without The United States. Part III. Income From Sources Without The United States. Subpart F. Controlled Foreign Corporations. Sección 952; Secciones 956; 956 (A), Secciones 956 (c); 956 (c)(2); 956 (c)(3).

- a. Ciertos tipos de ingresos provenientes de seguros³⁹;
- b. Ciertos ingresos de la compañía extranjera que incluyen ingresos relacionados a: dividendos, intereses, rentas, regalías, ganancias, ingresos por ciertos contratos, ingresos de ciertas ventas, ingresos de ciertos servicios⁴⁰;
- c. Ingresos vinculados a negocios realizados con ciertos países con los que EEUU se encuentra en malos términos⁴¹;
- d. Las utilidades resultantes de operación en las que existe una cooperación o participación en un boicot internacional⁴²;
- e. Ingresos provenientes de negocios ilegales⁴³.

Sin duda, la categoría más relevante y que aplica a la mayoría de los casos, es la siguiente:

1. Los ingresos del holding extranjero. En este caso, se trata principalmente de ingresos provenientes de la actividad pasiva de la compañía: intereses, dividendos, royalties y ganancias de capital⁴⁴.
2. Los ingresos por ciertas ventas de la empresa. La norma entrega para este caso la definición exacta, pero en términos resumidos

³⁹ United States Code - Title 26 - Internal Revenue Code - Subtítulo A. Income Taxes. Capítulo 1. Normal Taxes and Surtaxes. Subcapítulo N. Tax Based On Income From Sources Within or Without The United States. Part III. Income From Sources Without The United States. Subpart F. Controlled Foreign Corporations. Sección 953 (Insurance Income).

⁴⁰ United States Code - Title 26 - Internal Revenue Code - Subtítulo A. Income Taxes. Capítulo 1. Normal Taxes and Surtaxes. Subcapítulo N. Tax Based On Income From Sources Within or Without The United States. Part III. Income From Sources Without The United States. Subpart F. Controlled Foreign Corporations. Sección 954.

⁴¹ United States Code - Title 26 - Internal Revenue Code - Subtítulo A. Income Taxes. Capítulo 1. Normal Taxes and Surtaxes. Subcapítulo N. Tax Based On Income From Sources Within or Without The United States. Part III. Income From Sources Without The United States. Subpart F. Controlled Foreign Corporations. Sección 999.

⁴² United States Code - Title 26 - Internal Revenue Code - Subtítulo A. Income Taxes. Capítulo 1. Normal Taxes and Surtaxes. Subcapítulo N. Tax Based On Income From Sources Within or Without The United States. Part III. Income From Sources Without The United States. Subpart F. Controlled Foreign Corporations. Sección 901.

⁴³ United States Code - Title 26 - Internal Revenue Code - Subtítulo A. Income Taxes. Capítulo 1. Normal Taxes and Surtaxes. Subcapítulo N. Tax Based On Income From Sources Within or Without The United States. Part III. Income From Sources Without The United States. Subpart F. Controlled Foreign Corporations. Sección 162 (c).

⁴⁴ United States Code - Title 26 - Internal Revenue Code - Subtítulo A. Income Taxes. Capítulo 1. Normal Taxes and Surtaxes. Subcapítulo N. Tax Based On Income From Sources Within or Without The United States. Part III. Income From Sources Without The United States. Subpart F. Controlled Foreign Corporations. Sección 954 (c).

se trata de las ventas y compras realizadas a un relacionado con la entidad extranjera. Por relacionado se entiende a una persona natural (esposo, hijos, nieto o padres); *trust* (en el caso del *trust* el beneficiario)⁴⁵, a una corporación, sociedad o compañía (para que exista relación se requiere que controle a la entidad extranjera en más de un 50%)⁴⁶. No se incluyen los casos de venta realizados a una persona natural que sea un no residente extranjero, aun cuando esa persona extranjera esté relacionada con el contribuyente de los EEUU⁴⁷.

3. Los ingresos por ciertos servicios de las empresas extranjeras, incluidas las compensaciones, comisiones, u otras similares, que se desarrollen con una persona relacionada, fuera del país de residencia de la CFC⁴⁸.
4. Utilidad de la empresa extranjera por embarques⁴⁹.
5. Los ingresos relacionados con el petróleo⁵⁰.

Los ingresos recién detallados deben considerarse atribuidos generalmente en el año en que la compañía extranjera los produce.

⁴⁵ United States Code - Title 26 - Internal Revenue Code - Subtítulo A. Income Taxes. Capítulo 1. Normal Taxes and Surtaxes. Subcapítulo N. Tax Based On Income From Sources Within or Without The United States. Part III. Income From Sources Without The United States. Subpart F. Controlled Foreign Corporations. Sección 958 y 318.

⁴⁶ United States Code - Title 26 - Internal Revenue Code - Subtítulo A. Income Taxes. Capítulo 1. Normal Taxes and Surtaxes. Subcapítulo N. Tax Based On Income From Sources Within or Without The United States. Part III. Income From Sources Without The United States. Subpart F. Controlled Foreign Corporations. Sección 954 (d).

⁴⁷ United States Code - Title 26 - Internal Revenue Code - Subtítulo A. Income Taxes. Capítulo 1. Normal Taxes and Surtaxes. Subcapítulo N. Tax Based On Income From Sources Within or Without The United States. Part III. Income From Sources Without The United States. Subpart F. Controlled Foreign Corporations. Sección 958 b) 1) y 4).

⁴⁸ United States Code - Title 26 - Internal Revenue Code - Subtítulo A. Income Taxes. Capítulo 1. Normal Taxes and Surtaxes. Subcapítulo N. Tax Based On Income From Sources Within or Without The United States. Part III. Income From Sources Without The United States. Subpart F. Controlled Foreign Corporations. Sección 954 (e).

⁴⁹ United States Code - Title 26 - Internal Revenue Code - Subtítulo A. Income Taxes. Capítulo 1. Normal Taxes and Surtaxes. Subcapítulo N. Tax Based On Income From Sources Within or Without The United States. Part III. Income From Sources Without The United States. Subpart F. Controlled Foreign Corporations. Sección 954 (f).

⁵⁰ United States Code - Title 26 - Internal Revenue Code - Subtítulo A. Income Taxes. Capítulo 1. Normal Taxes and Surtaxes. Subcapítulo N. Tax Based On Income From Sources Within or Without The United States. Part III. Income From Sources Without The United States. Subpart F. Controlled Foreign Corporations. Sección 954 (g).

Sin perjuicio de lo anteriormente expuesto, existen varias excepciones relativas a las clases o cantidades de ingresos que deben considerarse atribuidos por una CFC, especialmente quedan excluidos los ingresos provenientes de las rentas activas y se excluyen por regla general las rentas de la CFC que tenga como fuente los EEUU (no se incluyen los ingresos de fuentes dentro de los EEUU).

- g. Distribución efectiva por parte de la CFC.** Cuando la CFC realice efectivamente una distribución de utilidades, será necesario realizar un procedimiento para que esas ganancias no vuelvan a tributar, si es que ya fueron consideradas para el pago de los impuestos por aplicación de la **normas CFC**. Dicho procedimiento que se regula en la Secciones 959 y 961 del apartado del Código de Rentas de los EEUU ya citado.
- h. Derecho a Crédito.** Es posible además, que en el caso de distribuciones efectivas de ganancias por parte de la CFC, el accionista estadounidense tenga derecho a usar como crédito los impuestos pagados en el extranjero por la CFC. Ello ocurre cuando se cumple el requisito de que el accionista estadounidense esté estructurado como una sociedad anónima y se incluyan los impuestos pagados por la CFC como crédito proveniente de ingresos extranjeros. El manejo de este crédito es muy similar al derecho a crédito fiscal por los impuestos pagados en el extranjero, disponible para la empresa estadounidense, cuando los dividendos reales son pagados por una empresa extranjera filial.
- i. Venta de la CFC.** Finalmente y para completar este breve análisis a la CFC, parece interesante saber que la venta de la CFC será tratada en los EEUU como un dividendo, si el accionista es dueño de al menos un 10% de las acciones, directamente o indirectamente, durante los 5 años anteriores a la venta de las acciones, la porción de la ganancia atribuible a ese accionista será un dividendo para efectos tributarios en los EEUU. En los demás casos, la venta será tratada como una ganancia de capital⁵¹.
- j. Normas procedimentales.** Es importante mencionar que, además de las normas sustantivas detalladas precedentemente, el tratamiento de

⁵¹ United States Code - Title 26 - Internal Revenue Code - Subtítulo A. Income Taxes. Capítulo I. Normal Taxes and Surtaxes. Subcapítulo N. Tax Based On Income From Sources Within or Without The United States. Part III. Income From Sources Without The United States. Subpart F. Controlled Foreign Corporations. Sección 960 y 1248.

la CFC es extenso en la legislación de los EEUU, ya que se requiere cumplir con varias y estrictas formalidades como la presentación de informes y la anotación en registros establecidos, y además se contienen severas sanciones para su incumplimiento.

V

COMPARACIÓN ENTRE LAS NORMAS CFC DE LOS ESTADOS UNIDOS Y LAS NORMAS CFC INCORPORADAS POR LA LEY 20.780

Con el objeto de comprender mejor la norma que se pretende incorporar en Chile, es interesante realizar una breve y pequeña comparación, entre nuestras normas CFC y la pionera de ellas que es las normas CFC de los EEUU.

La norma americana data como se señaló anteriormente del año 1962. Por lo que se trata de una norma que existe hace ya 52 años, la que ha sido modificada en varias ocasiones conforme a las necesidades que surgieron tras su aplicación práctica. Lo que la hace muy interesante al momento de compararla con nuestro proyecto de norma.

Para realizar esta comparación, se pondrá especial atención en los siguientes 4 elementos: a) Ente Controlador; b) Entidad Controlada; c) Definición de Control y d) Definición de las rentas atribuibles.

a. Ente controlador

De acuerdo a lo que señala el artículo 41 G de la Ley de la Renta, para que las normas CFC operen se requiere que se trate de “contribuyentes o patrimonios de afectación domiciliados, residentes o constituidos en Chile”, norma bastante amplia, pues sólo se requiere, prácticamente, ser residente chileno para caer dentro de la definición que señala la ley, ya que se indica que puede tratarse de cualquier persona, natural o jurídica e incluso un patrimonio de afectación domiciliado, residente o constituido en Chile.

Por su parte, la norma estadounidense comprende dentro de la denominación de controlador a todo accionista estadounidense, entre los cuales se incluye a los ciudadanos, a los residentes, a los extranjeros residentes en los EEUU, a las sociedades anónimas (*corporations*), a las sociedades de personas (*partnerships*) y a los *trusts*.

La norma estadounidense es incluso más amplia que la norma chilena, ello porque en la legislación americana se grava no sólo a los residentes sobre rentas de fuente mundial, (como lo explicamos más arriba en este trabajo respecto del caso chileno) sino que además de los residentes se grava de igual forma a los nacionales (nacidos en EEUU) y a los ciudadanos, que también tributan sobre fuente mundial, aun cuando no residan en los EEUU.

La amplitud de la norma estadounidense podría llevar a que un residente en un tercer estado (por ejemplo Argentina) de nacionalidad o ciudadanía americana, se vea gravado con las normas CFC por las rentas de una sociedad constituida fuera de los EEUU (por ejemplo en Colombia).

b. Entidad Controlada

Respecto a la definición de entidad controlada, nuestra Ley señala que: a) debe estar constituida, domiciliada, establecida, formalizada o ser residentes en el extranjero; b) puede tratarse de cualquier entidad, cualquiera sea su naturaleza, posean o no personalidad jurídica propia (sociedades, fondos, comunidades, patrimonios o *trusts*). Estableciendo además una presunción respecto de aquellas domiciliadas en un país o territorio de baja o nula tributación, las que se presumen controladas.

Por su parte la norma estadounidense requiere que la CFC sea cualquier corporación organizada fuera de los EEUU.

En este punto, es donde encontramos una primera y radical diferencia, la norma chilena establece una presunción de control respecto al país de constitución o residencia de la entidad extranjera. Es decir, uno de los casos en los que opera las normas CFC chilena, es aquel en donde la tributación que afecta a la entidad extranjera en su país de residencia, es baja o nula respecto de Chile.

En cambio, la norma estadounidense no se refiere a la carga impositiva de la entidad en el extranjero, son otros los requisitos que gatillan la aplicación de la norma como lo revisamos en el capítulo anterior. Pero no existe relación entre la tributación del país de residencia o constitución de la entidad extranjera y la aplicación de las normas CFC.

c. Control

La norma chilena detalla los casos específicos en los que una entidad se entiende controlada por otra, haciendo una enumeración bastante amplia de los casos, y que son los siguientes: a) cuando posean directa o indirectamente (considerando a sus relacionados) el 50% o más de capital, derecho a las utilidades o derecho a voto; b) cuando por sí o a través de sus relacionados puedan elegir o hacer elegir a la mayoría de los directores o administradores o posean facultades para cambiar los estatutos, remover directores o administradores; c) establece una presunción simplemente legal de control cuando la entidad esté constituida, sea domiciliada o residente de un país o territorio de baja o nula tributación; y d) establece una segunda presunción simplemente legal para los casos en que el contribuyente chileno, directa o indirectamente, tenga derecho a ejercer una opción de compra.

La norma chilena básicamente considera: ser accionista en una compañía extranjera, tener derechos para la toma de decisiones, tener derecho a recibir ingresos, residir la entidad extranjera en un paraíso fiscal o en un territorio de baja o nula tributación; y se suma a esta lista, los casos de intereses indirectos en la entidad extranjera (relacionados con los intereses de la compañía, fondos, relaciones familiares, etc.).

La norma chilena resulta bastante amplia, pues no sólo se refiere al dominio directo que ejerce la entidad chilena sobre la extranjera, sino que además considera para su definición de control, otros aspectos como las facultades de administración, la residencia de la entidad extranjera en un país o territorio de baja o nula tributación y los intereses indirectos en la entidad.

Por su parte, la norma de los EEUU señala que existe control cuando se reúnen dos requisitos copulativos: a) Que los accionistas estadounidenses sean dueños directa o indirectamente de al menos el 10% de las acciones con derecho a voto de la compañía extranjera (quienes se consideran propietarios de las acciones); y b) Que en conjunto los accionistas estadounidenses posean más del 50% de las acciones o derechos de la compañía extranjera, ese 50% puede medirse considerando el valor de la compañía o los derechos de voto (poder de decisión, este segundo requisito se refiere a quienes se les considera controladores).

La norma de los EEUU es distinta a la que se incorpora en Chile, pues la primera se refiere al dominio de las acciones. Y no al poder de administración o lugar de residencia de la entidad extranjera. La norma estadounidense utiliza un criterio relacionado al dominio de la compañía,

tomando en cuenta dos factores: el poder votante de los accionistas y el valor de las acciones, y además utiliza un sistema de doble porcentaje, considera un 10% para definir al propietario estadounidense y luego el 50% al definir el control.

La norma estadounidense es más simple de aplicar y da más certeza a la hora de tomar decisiones en la inversión en el exterior. En cambio, la norma chilena es compleja y de difícil fiscalización, ya que considera una serie de factores.

d. Rentas Pasivas

Finalmente, respecto a la definición de rentas pasiva la norma americana es más detallada y analiza cada uno de los casos y sus respectivas excepciones, pero en resumen, lo que ordena es ingresar a la CFC y escoger aquellos ingresos detallados en la Subparte F, y luego obliga a reconocer y atribuir esas ganancias al accionista en los EEUU.

La norma chilena también realiza una enumeración de las rentas que deben considerarse pasivas para los efectos de esta norma e igualmente señala que deben incorporarse a la renta de la entidad chilena.

Sin embargo, la diferencia radica en que la norma chilena realiza una evaluación mucho más global, e incluso señala que si la entidad tiene más del 80% de sus rentas pasivas, se presume que el 100% de los ingresos provienen de actividades pasivas.

La norma chilena está diseñada más como una excepción de entidad y no transaccional, ya que a pesar de contar con una enumeración de las rentas que se consideran pasivas para efectos de las normas CFC, tiene un par de presunciones que generalizan el tratamiento.

En cambio, la norma de los EEUU es más selectiva y detallista en cuanto a los ingresos que deben ser atribuidos al accionista. Esta norma de carácter excepcional como se ha señalado, está diseñada precisamente como una excepción de transacciones y, nunca clasifica a la entidad extranjera como productora de rentas pasiva en su globalidad bajo presunción alguna, sino que, como ya lo hemos señalado, trata a cada uno de los ingresos en su particularidad.

La norma americana obliga a identificar los ingresos de rentas activas u operativas, permitiendo aplazar la tributación en los EEUU sólo respecto de ese tipo de ingreso, aun cuando la misma entidad tenga ingresos que clasifican en la Subparte F.

VI LAS NORMAS CFC EN OTROS PAÍSES DE LATINOAMÉRICA, PERÚ⁵²

Perú hasta el día 31 de diciembre del año 2012 contemplaba una tributación muy similar a la existente hasta hoy en Chile, para las inversiones pasivas realizada por sus contribuyentes desde Perú al extranjero. Sólo se tributaba en Perú por las rentas obtenidas en el exterior en dos casos: cuando se devengaban en su favor, en el caso de actividades empresariales y otras de tipo activo, o cuando se percibían las rentas, en el caso de otro tipo de fuentes foránea, incluyendo las de tipo pasivo.

El 1 de enero del año 2013 entró en vigencia el Régimen de Transparencia Fiscal Internacional de la Ley del Impuesto a la Renta, aplicable a las personas jurídicas y naturales domiciliadas en el país, que regula la atribución de las rentas pasivas que obtengan las entidades controladas no domiciliada a favor de sus accionistas domiciliados en Perú⁵³. La Ley de la Renta peruana incorpora así sus propias normas CFC.

a. Requisitos generales de las normas CFC de Perú

Primer requisito: Debe tratarse de una persona natural o jurídica domiciliada en Perú; segundo requisito: Debe estar sujeta a tributación de fuente mundial; tercer requisito: Dicha persona debe ejercer un grado de control sobre una entidad no domiciliada; y cuarto requisito: La entidad controlada debe ser residente de una jurisdicción privilegiada.

b. Definición de controlador

Debe tratarse de contribuyentes domiciliados en Perú, que tributen sobre sus rentas de fuente mundial y que vinculados entre sí⁵⁴, conjuntamente,

⁵² RAMOS ÁNGELES, JESÚS A., Aplicación de las Reglas CFC (Controlled Foreign Companies) en Perú: El Régimen de Transparencia Fiscal Internacional. Artículo publicado en la Revista Informativo Caballero Bustamante, N° 779, Editorial Thomson Reuters, marzo 2014, Lima. Perú.

⁵³ El 18 de julio del año 2012 se publicó en el Diario Oficial “El Peruano” el Decreto Legislativo N° 1120, que modifica la Ley de la Renta, Decreto Supremo N° 179-2004-EF (Ley de la Renta Peruana).

⁵⁴ La ley peruana considera supuestos de vinculación personal, patrimonial, administrativa, contractual e incluso por interposición de entidades.

directa o indirectamente, tengan un 50% o más del capital, los votos, o los resultados de la entidad extranjera.

c. Entidad Controlada

La definición de entidad controlada considera a toda entidad domiciliada en el extranjero distinta de sus socios o integrantes para los fines del impuesto a la renta, con o sin personalidad jurídica, que cumplan con los requisitos de control indicados anteriormente y que sean residentes en una jurisdicción privilegiada.

Se incluye dentro del concepto de jurisdicción privilegiada a todos los países enumerados en el Reglamento de la Ley de la Renta como territorio de baja o nula imposición⁵⁵ y a aquellos Estados o territorios en los que no se graven las rentas pasivas con impuesto a la renta o que gravándose la tasa sea inferior o igual al 22,5%.

En consecuencia, se aplican las normas CFC a los trusts, a los fondos de inversión, a las asociaciones, a las fundaciones y a las sociedades domiciliadas en el exterior cualquiera sea su naturaleza.

d. Rentas que deben considerarse atribuidas

Deben considerarse atribuidas todas las rentas pasivas, se incluyen dentro de este concepto las rentas periódicas producto de las inversiones y colocaciones de capitales, las rentas provenientes de la cesión temporal de determinados bienes, los dividendos, las ganancias de capital y las regalías. Se excluyen algunas rentas pasivas como los arriendos para las inmobiliarias y los intereses para las entidades financieras (no se excluyen los dividendos y regalías en caso de holdings); y se re caracterizan como pasivas ciertas rentas activas cuando se trata de partes relacionadas (norma anti elusiva).

Se establecen dos presunciones, la primera de ellas: si las rentas pasivas de la entidad controlada son mayores al 80% del total de las rentas, todas las rentas se considerarán pasivas; y la segunda de ellas: se considerarán pasivas todas las rentas de una entidad residente en un paraíso fiscal.

Finalmente, se incluyen ciertas reglas especiales como no considerar

⁵⁵ Decreto Supremo N° 258-2012, publicado el 18 de enero de 2013, que modifica el Reglamento de la Ley de la Renta.

rentas pasivas a los dividendos pagados entre entidades en el extranjero cuando se aplique la primera de las presunciones del párrafo anterior, esto para evitar la doble imposición económica internacional.

El Reglamento ha aclarado además que deberán atribuirse en principio las rentas pasivas de las entidades controladas indirectamente que se encuentren en el último nivel de una estructura, sin importar el nivel en que se encuentren, pudiendo considerarse además proporcionalmente el crédito tributario indirecto generado por dicha entidad controlada.

e. Normas de atribución

Al 31 de diciembre de cada ejercicio, deberán atribuirse a su controlador o controladores en caso de ser vinculados, las rentas netas pasivas devengadas por la entidad controlada en el extranjero, en proporción a su participación directa o indirecta en ella.

La ley de la Renta peruana permite deducir los gastos incurridos por la entidad controlada, los que deben cumplir los requisitos que la propia ley establece (entre ellos estar destinados a generar la renta, acreditados documentalmente, etc.) y en caso de ser gastos destinados a producir rentas activas y pasivas deberán prorratearse.

Las rentas pasivas pueden compensar las pérdidas de la entidad controlada, incluso si se producen por la actividad relacionada a la producción de rentas activas.

Excepcionalmente no son atribuibles, las rentas de la entidad controlada originada en fuente peruana; las que hayan sido gravadas con un impuesto tasa efectiva mayor al 22,5%; y las rentas pasivas que no superen las 5 UIT (Unidad Impositiva Tributaria) o cuando sus rentas pasivas sean menores o iguales al 20% de los ingresos totales de la entidad controlada.

No se atribuyen las pérdidas de la entidad controlada.

f. Distribución efectiva por parte de la CFC

No estarán gravadas en Perú las utilidades efectivamente distribuidas por las entidades controladas a sus accionistas domiciliados, con posterioridad a la atribución de las rentas pasivas que las generaron, por haber estado afectas al impuesto a la renta con ocasión de la atribución.

g. Derecho a Crédito

El contribuyente peruano tiene derecho a deducir del impuesto a la renta que finalmente determine, el impuesto abonado en el exterior que gravó dichas rentas pasivas, ya sea en el territorio donde resida (incluso siendo un paraíso fiscal) o en el país o territorio donde se pagan las rentas que devengan a su favor. Con un tope de crédito, que es hasta el importe que resulte de aplicar la tasa media. El exceso de crédito no puede imputarse ni arrastrarse.

h. Normas procedimentales

Existen reglas especiales de informar a la autoridad fiscal estas inversiones en el extranjero y de llevarlas contabilizadas en los registros.

VII PROBLEMAS PRÁCTICOS Y ACTUALIDAD

Aproximación a los problemas prácticos en la aplicación de las normas CFC

Las normas CFC son usadas tanto por los países en los cuales los dividendos pagados desde el extranjero se encuentran exceptuados del pago de impuestos, como por los países en los cuales a dichos dividendos se les otorga un crédito directo o indirecto por los impuestos pagados en el exterior, en el primer caso mediante la eliminación de la excepción y en el segundo caso limitando el diferimiento⁵⁶.

En general las normas CFC, por ser normas excepcionales, son restrictivas en su alcance, salvo el caso de las normas de los Estados Unidos. En la mayoría de los países las normas CFC están orientadas a gravar aquellas rentas de carácter pasivo que han sido trasladadas de una jurisdicción a otra, sin que exista una razón de negocios distinta a la de evadir el pago de los impuestos en el país de residencia, por esta razón, en la mayoría de los casos se excluyen las rentas activas.

Algunos de los tantos países que cuentan con normas CFC son Australia, Canadá, Francia, Alemania, Japón, Suecia, Reino Unido, Estados

⁵⁶ AULT, HUGH J. Y ARNOL, BRIAN J., *Comparative Income Taxation a Structural Analysis*, Kluwer Law International, Tercera Edición, pagina. 477 y siguientes.

Unidos, Brasil, México, Perú, Argentina y Venezuela, entre muchos otros. Un ejemplo de país que no ha adoptado por incluir en su legislación las normas CFC es Holanda.

En cada uno de ellos existe una definición particular de las reglas y una experiencia práctica distinta, lo anterior ha llevado a que cada país modifique sus normas CFC de manera de ajustarlas a la realidad imperante y de hacerlas más eficientes⁵⁷.

Existe poca literatura referente a la experiencia práctica y a los problemas generales que las normas CFC han enfrentado en su aplicación⁵⁸.

En el caso de México, la experiencia ha sido bastante favorable, y las normas CFC vigentes desde el año 1997 han tenido resultados positivos en lo que a evasión fiscal se refiere. Lo anterior porque como parte de la estrategia, la autoridad fiscal mexicana se encargó de preparar a una unidad fiscal especialmente dedicada a la supervisión del cumplimiento de estas normas, ellos sumado a los acuerdos bilaterales y multilaterales de intercambio de información que México ha suscrito, que permitieron a México alcanzar resultados favorables con la normativa CFC.

Argentina, adoptó sus normas CFC en el año 1999, y según la opinión de los expertos⁵⁹, la política fiscal de las normas CFC han fallado, y clasifican a los contribuyentes en tres listas, primero aquellos que evadían el pago de los impuestos aun antes de la entrada en vigencia de las normas CFC, quienes evaden tanto el impuestos corporativo como el que afecta individualmente a las personas naturales, y señalan que lo anterior se asocia a la inexistencia de sanciones criminales asociadas al incumplimiento de las normas CFC. El segundo grupo lo conforman las grandes corporaciones y personas naturales de altos patrimonios, quienes han escapado de la aplicación de las normas CFC mediante sofisticadas planificaciones fiscales, generalmente usando a países no clasificados como

⁵⁷ AULT, HUGH J. Y ARNOL, BRIAN J., En su libro "Comparative Income Taxation a Structural Analysis, Kluwer Law International, Tercera Edición" en las páginas 477 y siguientes realizan una revisión de las normas CFC y sus distintas modificaciones en EEUU, Japón, Canada, Francia, Alemania, Suecia, Reino Unido y Australia. Sin referirse a la experiencia práctica en la aplicación de la norma.

⁵⁸ Uno de los trabajos orientados a estudiar este tema, fue el realizado por Héctor J. Lehuède, abogado de la Universidad de Chile, y Juris Science Master de la Universidad de Stanford, quien, en el año 2003 realizó un estudio práctico de las normas CFC en México, Argentina, Venezuela y Brasil mediante entrevistas realizadas directamente a los expertos de cada país.

⁵⁹ Recogidas por Héctor J. Lehuède en su trabajo. Ref. 58.

paraísos fiscales y el “Treaty Shopping”⁶⁰, y finalmente el tercer grupo, muy residual, son aquellos contribuyentes que declaran sus inversiones en el extranjero y sobre los cuales las normas CFC tienen aplicación.

Venezuela tiene incorporadas las normas CFC desde el año 2000, a pesar que las normas venezolanas tienen su fundamento en la legislación mexicana, la experiencia práctica ha sido radicalmente opuesta, ya que derechamente los contribuyentes han evadido directamente las normas, no declarando sus ingresos en paraísos fiscales o bien evitando la aplicación de la normativa transfiriendo sus inversiones a países que no se encuentren en la lista negra (paraísos fiscales), aun cuando esto les implique una mayor carga impositiva.

Finalmente Brasil con normas CFC desde el año 1995, posteriormente revocadas y reincorporadas a la legislación el año 2001, ha tenido una experiencia práctica compleja, ya que se ha cuestionado la constitucionalidad de la norma⁶¹, la que según los expertos vulneraría el principio constitucional de que la imposición se basa en la disponibilidad de ingresos. Además se ha cuestionado el hecho de que bajo la regulación brasilera sólo los ingresos y no así las pérdidas obtenidas por la CFC son consideradas en la determinación de la renta atribuible a la entidad local. Todo lo anterior ha provocado que los contribuyentes brasileiros evadan la aplicación de la normativa, y utilicen los tratados internacionales firmados por Brasil para planificar estructuras tributarias sofisticadas que hagan difícil la aplicación de la norma. Cabe señalar que Brasil actualmente se encuentra en un proceso de redefinición de sus normas CFC⁶².

⁶⁰ Por lo general, se trata de la búsqueda de un tratado internacional para evitar la doble tributación, donde se interpone ficticiamente a una entidad –normalmente una sociedad– en un tercer país, tomando ventajas de los términos del tratado internacional, lo que no ocurriría si se estructura a través de una ruta más directa entre los dos países. Lo que se traduce en reducir la retención de los impuestos, o en re caractericen los ingresos y eximir así a las renta de imposición, lo que finalmente ocasionar una doble no imposición de la renta. Vern Krishna, CM, QC, LL.D, FCGA Borden Ladner Gervais LLP. Treaty Shopping and the Concept of Beneficial Ownership in Double Tax Treaties Managing Editor: Vern Krishna, CM, QC, LL.D, FCGA. Volume 19, Number 11. Current Tax August 2009.

⁶¹ El 25 de abril del año 2014, en el caso de RE 1.325.709, el Tribunal Superior de Justicia de Brasil dictaminó que el régimen de empresas extranjeras controladas de Brasil (CFC) no es compatible con el artículo sobre beneficios empresariales de los convenios fiscales celebrados por Brasil con Bélgica, Dinamarca y Luxemburgo (correspondiente al artículo 7 de la Convención Modelo de la OCDE).

⁶² El gobierno de Brasil el 14 de mayo del año 2014 promulgó la Ley N° 12.973 / 2014, que convierte en la ley Medida Provisional 627/2013 (PM 627). La nueva ley entrará

Las normas CFC deben pasar por un proceso de aclimatación en cada uno de los países en los que se implementan, señala que ciertas variables (como la idiosincrasia y la cultura de los contribuyentes, la situación económica y política del país), distintas del diseño mismo de las normas pueden ser relevantes al momento de diseñar una mejor normativa.

En la experiencia práctica de los cuatro países latinoamericanos recién citados, se demuestra que los efectos de cumplir las normas CFC (similares entre todos los países analizados) sumados a los efectos de su incumplimiento (posibilidad de ser sancionado criminalmente) generan un incentivo único para cumplir o no con las leyes, lo que explica, en parte, las diferencias en los resultados.

En suma, es posible señalar que para que las normas CFC tengan resultados favorables, es necesario considerar las características particulares del país en las que se introducen (culturales, idiosincrasia de los contribuyentes, entre otras) ya que la experiencia ha demostrado que una misma norma en su redacción y alcances puede tener resultados muy opuestos en su aplicación práctica (caso de México y Venezuela).

También pareciera ser de gran importancia la aclimatación de la norma a su entorno, muchos de los expertos⁶³, señalan estar de acuerdo con la política fiscal de las normas CFC y el objetivo final que ellas persiguen, no así con la forma en que las normas CFC se implementaron en sus respectivos países, importante en este punto es la experiencia de Brasil, en que la aplicación de las normas CFC se ha judicializado, cuestionando la constitucionalidad de la ley.

Pareciera además que el éxito de las normas CFC está estrechamente vinculado al refuerzo de la fiscalización y la educación especializada del ente fiscal en la materia, así como a los acuerdos de intercambio e informaciones, tanto bilaterales como multilaterales que permiten tener acceso a la actividad de los contribuyentes en otras jurisdicciones.

En algunos casos, los malos resultados de las normas CFC, se deben al bajo cumplimiento en general de los impuestos a la renta, a los altos niveles de evasión que pueden estar presente en el país que las implementa, a las lagunas legales existentes en cada una de las legislaciones y al “*Treaty Shopping*”.

en vigor 1 de enero 2015, pero los contribuyentes podrán optar por aplicar efectiva 01 de enero 2014. Ley que modifica las actuales CFC.

⁶³ Entrevistados por Héctor J. Lehuédé. Ref. 58.

Todos estos elementos pueden jugar en contra del éxito de las normas CFC, predominando algunos elementos de los antes detallados en algunos países más que en otros.

*Plan - Proyecto OCDE / G20*⁶⁴

La OCDE en conjunto con los países del G-20⁶⁵, en el mes de julio del año 2013 acordaron un Plan de Acción de 15 puntos para hacer frente a la erosión de las bases impositivas y el desplazamiento de los ingresos de un estado a otro (BEPS).

En el mes de septiembre del año 2014, se publicaron las primeras 7 medidas adoptadas, en cada una de ellas se contienen las recomendaciones preliminares y particulares para hacer frente al objetivo planteado, las que podrán verse alteradas el año 2015 cuando se dicte la segunda parte que contendrá las acciones restantes para completar el plan, ya que muchas interactúan entre sí⁶⁶.

El objetivo de este plan –proyecto OCDE / G20– además de garantizar a cada Estado sus ingresos respectivos mediante la realineación de los impuestos y la creación de valor acorde a las actividades económicas realizadas en cada país, es crear un conjunto único de normas fiscales internacionales basadas en el consenso para abordar BEPS. Como consecuencia de este plan, los contribuyentes deberían tener a juicio de la OCDE y del G20, una mayor seguridad y previsibilidad en sus operaciones inter fronteras.

⁶⁴ OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project Explanatory Statement..BEPS: <http://www.oecd-ilibrary.org/taxation/action-plan-on-base-erosion-and-profit-shifting_9789264202719-en> ACTION PLANS: <<http://www.oecd.org/tax/beps-2014-deliverables.htm>>

⁶⁵ <https://www.g20.org/about_G20>. Donde se reúnen 19 países, más la Unión Europea (desde 1999). Es un foro de discusión de las economías mundiales y de cooperación, relacionadas con el sistema financiero internacional, los países industrializados y las economías emergentes. El objetivo es mantener la estabilidad financiera internacional.

⁶⁶ Acción 1 abordar los desafíos fiscales de la economía digital; Acción 2 la coherencia del impuesto corporativo a nivel internacional, y medidas para neutralizar las entidades híbridas; Acción 5 para abordar las prácticas fiscales nocivas; Acción 6 para la prevención del uso indebido de tratados internacionales; Acción 8 sobre precios de transferencia, en especial relacionados a los bienes intangibles; Acción 13 sobre la transparencia de las administraciones fiscales; y la Acción 15 para facilitar la rápida aplicación de las acciones de BEPS a través de la elaboración de un instrumento multilateral.

Este plan busca además eliminar la doble imposición⁶⁷. Sin embargo, al hacerlo se busca también que las nuevas normas no den lugar a una doble tributación internacional, o a cargas de formalidades innecesarias o restricciones a las actividades transfronterizas.

El llamado de la organización internacional es que los Estados partes den una respuestas coordinadas, que examinen sus normas tributarias internas, de manera de garantizar a la comunidad internacional que sus normas fiscales no permitirán a las empresas reducir indebidamente sus impuestos o a cambiar artificialmente las ganancias de una jurisdicciones a otra.

En suma, el Plan tiene como objetivo también garantizar que los beneficios se gravan en donde se realizan las actividades económicas.

Una de las acciones planteadas, que ha sido enumerada como la Acción 3, se refiere específicamente al tema tratado en ese artículo, debido a que su objeto es reforzar las reglas relativas a las normas CFC. Sin embargo, en esta materia no se ha alcanzado ningún consenso aun.

El plan completo de Acción BEPS, incluyendo el reforzamiento internacional de las normas CFC, debería entregarse a más tardar en septiembre del año 2015, momento en que la OCDE espera dar también la orientación técnica necesaria, para que cada país pueda implementar las medidas en sus legislaciones internas, así como la aplicación de las mismas a través de cambios en los tratados internacionales bilaterales y multilaterales.

CONCLUSIONES

“Los Estados miembros que adoptan disposiciones sobre transparencia fiscal internacional –CFC– o las reglas antiabuso referidas anteriormente en su legislación tributaria nacional tratan de **mantener la equidad y la neutralidad** de esta última en un contexto internacional caracterizado por presiones fiscales muy diferentes, pero dichas **medidas deberían adoptarse sólo con dicho fin**. Como regla general, no deberían aplicarse dichas medidas cuando la renta en cuestión ha estado

⁶⁷ El objetivo del derecho fiscal internacional es la imposición en sólo uno de los estados involucrados, y no la eliminación de la imposición. El principio es que las rentas deben tributar internacionalmente una vez.

sometida a una imposición comparable a la del país de residencia del contribuyente”⁶⁸.

La propia OCDE señala que las normas CFC son siempre normas de excepción, y como tales siempre deben limitarse al fin para el cual fueron creadas.

Desde este punto de vista la elaboración de las normas CFC debe resguardar, desde su redacción y hasta su alcance en la práctica, de cumplir con el objetivo para el cual fue creada, que es mantener la igualdad y equidad en materia tributaria internacional.

Chile, como nuevo país miembro de la OCDE está llamado a cumplir las directrices de este organismo, por lo que la incorporación en la legislación chilena de normas CFC, era el camino lógico, y necesario, a seguir tras la culminación del largo proceso de incorporación a esta entidad internacional.

Por ello, era esperable que como parte de esta gran reforma, se aprovechara la instancia de modificar también nuestras normas de tributación internacional, igualando nuestra legislación interna a los estándares internacionales que recomienda la OCDE. Y parte de esos estándares es contar con normas CFC, para que combatan la erosión de la base impositiva, el diferimiento del pago de los impuestos y el desplazamiento de las rentas a otras jurisdicciones de menos carga impositiva.

Es importante recordar que las CFC son normas de aplicación excepcional, y que como tal debe ser redactada de forma cuidadosa, de manera que no vulneren las garantías constitucionales y las directrices del derecho tributario internacional.

Por ello, por ser Chile un país sin experiencia previa en la aplicación de este tipo de normas, pareciera prudente que a la hora de diseñarlas fuesen realizadas de forma razonable y, por sobre todo sencilla en su control y fiscalización, de manera que desde sus inicios la norma tenga un enfoque realista y abordable para nuestras autoridades fiscales.

Sin embargo, la norma contenida en el artículo 41 G de la Ley de la Renta es bastante ambiciosa, extremadamente amplia en varias de sus definiciones y poco concreta, lo que puede transformar la institución de las normas CFC en reglas inmanejables, costosas, incomprensibles e

⁶⁸ Párrafo 26, referente al artículo 1, Octava Edición de la versión abreviada de la publicación titulada “Modelo de Convenio tributario sobre la renta y el Patrimonio”. Modelo de Convenio 22 de julio de 2010.

incluso en varias de sus partes en “letra muerta” por la imposibilidad de fiscalizarla.

Todo lo anterior podría generar incerteza jurídica, como resultado de la amplitud y alcances de la norma. Generalmente, los inversionistas quieren tener certeza de las reglas del juego. En consecuencia, la inexactitud y amplitud de la norma propuesta puede acarrear, como indeseable resultado, que nuestro modesto desarrollo como plataforma de inversión sea menos competitivo internacionalmente, que los intereses migren a otros países, y que en definitiva disminuya la inversión directa hacia el extranjero.

Además, es importante mencionar que a pesar de los grandes avances de nuestro ente fiscal, aún tenemos recursos limitados para fiscalizar todos los aspectos de esta amplia norma. Por ello, pareciera más aconsejable haber establecido alternativas más simples de control en una primera instancia de vida de esta norma.