

NORMAS CFC EN CHILE: ANÁLISIS PARTICULAR DEL REQUISITO DE CONTROL DE ENTIDADES EXTRANJERAS DEL ARTÍCULO 41 G DE LA LIR¹

Francisco Ossandón Cerda

Magister en Tributación, Universidad de Chile.
Abogado, Universidad Diego Portales.
Abogado en Servicio de Impuestos Internos.

Resumen: El artículo 41 G en la Ley de Impuesto a la Renta regula lo que internacionalmente se conoce como Normas sobre Transparencia Fiscal Internacional o *CFC Rules (Controlled Foreign Company Rules)*. Conforme a esta norma, los contribuyentes residentes o domiciliados en Chile que controlen entidades en el extranjero, y que reciban rentas calificadas como “pasivas”, deberán tributar en nuestro país sobre base devengada o percibida. Para ello, la norma establece algunos requisitos; uno de ellos es que la entidad extranjera sea controlada. Este artículo tiene como objetivo analizar críticamente este requisito, así como los elementos que lo componen y algunas discusiones interpretativas en relación al mismo.

Palabras claves: Normas CFC, Artículo 41 G, Rentas Pasivas, Ley 20.780, Acción 3 BEPS

1 El autor agradece los comentarios y sugerencias hechos por los/as pares revisores/as.

1. INTRODUCCIÓN

El 29 de septiembre de 2014 se publicó en el Diario Oficial la Ley N° 20.780, conocida como Ley de Reforma Tributaria (en adelante, “reforma de 2014”). El proyecto había sido enviado al Congreso por el entonces Gobierno de la Presidenta Michelle Bachelet con el objetivo de obtener recursos permanentes para financiar la educación pública y otras prestaciones del Estado.

En ese contexto, además del establecimiento de dos regímenes generales de tributación —sistema de renta atribuida y sistema parcialmente integrado—, y un importante aumento de tasas de impuesto corporativo desde un 20% hasta un 25% o 27%, según sea el caso, la reforma incluyó una serie de medidas que tienen como objetivo combatir el diferimiento y la elusión de impuestos. Es así como, por un lado, se incluyó una Norma General Anti Elusión, la que procede una vez acreditado por la administración tributaria ante los Tribunales Tributarios y Aduaneros que existió simulación o abuso de las formas jurídicas. Por otro lado, para efectos de adecuar nuestra legislación a estándares internacionales, particularmente a los estándares de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (en adelante, “OCDE”), organización de la que Chile es miembro desde el año 2010, se incorporó el artículo 41 G en la Ley de Impuesto a la Renta (en adelante, “LIR”), entre otras medidas. Esta norma regula la tributación de lo que internacionalmente se conoce como Normas sobre Transparencia Fiscal Internacional o *CFC Rules* (*Controlled Foreign Company Rules*)², por sus siglas en inglés.

La nueva norma, que entró en vigencia a partir del 1 de enero de 2016, agregó una nueva excepción a la forma de reconocimiento de rentas de fuente extranjera en Chile, que de acuerdo al artículo 12 de la LIR, como regla general, debe efectuarse sobre base percibida (salvo para el caso de agencias o establecimientos permanentes constituidos por entidades chilenas en el extranjero, caso en el cual se reconocen sobre base percibida o devengada). En este sentido, el artículo 41 G de la LIR dispuso que aquellas rentas que sean calificadas como pasivas, cumpliendo ciertos requisitos, también se deberán reconocer en nuestro país sobre base devengada y ya no sólo sobre base percibida³.

2 *Controlled Foreign Company (CFC)* puede ser traducido al español como Sociedad Extranjera Controlada. En adelante, cuando nos refiramos a “normas o reglas CFC”, hablaremos de la regulación; en cambio, cuando nos refiramos sólo a “CFC”, lo usaremos como sinónimo de entidad extranjera controlada.

3 De conformidad al artículo 2 N° 2 de la LIR, se entiende por renta devenga “aquella sobre la cual se tiene un título o derecho, independientemente de su actual exigibilidad y que constituye un crédito para su titular”, y por renta percibida, según el N° 3 del mismo artículo, “aquella que ha ingresado materialmente al patrimonio de una persona”.

Esto supone un cambio importante, ya que en las últimas décadas hemos sido testigos de cómo una gran cantidad de capital ha salido desde Chile para ser invertido en mercados extranjeros⁴, por lo que muchos contribuyentes mantienen actualmente inversiones en el exterior, y la forma de cómo y cuándo deben tributar por dichas ganancias, cuando no tienen estructuras corporativas con agencias o establecimientos permanentes en el exterior, se vio modificada con la reforma.

El artículo 41 G de la LIR establece, a grandes rasgos, dos requisitos como presupuesto para su aplicación: (i) que un contribuyente o patrimonio de afectación domiciliado o residente en Chile controle una entidad en el exterior, y; (ii) que las rentas obtenidas por la entidad extranjera, sean devengadas o percibidas, se califiquen como “pasivas”. Cumplidos los requisitos, el propietario de la entidad controlada en el exterior deberá tributar en nuestro país sobre base devengada o percibida.

En virtud de este importante cambio normativo, el presente artículo tiene como objetivo efectuar un análisis particular del requisito de control de entidades extranjeras, así como de los principales elementos que lo componen. Este requisito sin duda es el que presenta mayores desafíos desde el punto de vista dogmático, de cumplimiento y de fiscalización. Prueba de ello son algunos de los pronunciamientos administrativos del Servicio de Impuestos Internos (en adelante, “SII”), y las dudas que todavía presentan algunos pasajes de la norma.

De esta manera, para efectos de analizar el mencionado requisito, en la segunda parte señalaremos algunos conceptos generales y el contexto internacional en el cual nace esta regulación y cómo ello fue incorporado en nuestro país. En la tercera parte mostraremos brevemente cuál era la regla general de tributación en Chile ante de la reforma de 2014 en la materia. Luego, en la cuarta parte haremos una descripción general de la norma chilena, así como de sus principales requisitos y características. En el quinto capítulo, analizaremos críticamente el requisito de control de una entidad extranjera exigido para el reconocimiento de rentas a través del artículo 41 G. En especial, nos referiremos a las entidades involucradas, a las discusiones entorno de las distintas hipótesis de control y a las interpretaciones administrativas del SII. Ello será complementado con las recomendaciones de la

4 La inversión directa de empresas chilenas supera ya un cuarto de siglo expandiéndose en el exterior, marcada por un fuerte dinamismo en el plano regional. Entre 1990 y diciembre 2015, la inversión materializada en el exterior alcanzó la suma de US\$ 106.604 millones, distribuida en más de 60 países de América, Europa, Oceanía, Asia y África. En la actualidad, existe un número superior a las 1.200 empresas chilenas ejecutando más de 3.000 proyectos en el exterior, según información de la DIRECON. Más información disponible en Sitio Web. En línea: <<https://www.direcon.gob.cl/inversiones-exterior/>> Consultado en mayo de 2019.

OCDE y con algunos casos de legislación comparada. Finalmente, en la última parte observaremos algunos esquemas que pueden ser útiles a la hora de analizar el requisito de control indirecto y las presunciones.

2. CONTEXTO DE LAS NORMAS CFC

2.1 Reporte BEPS

En las últimas décadas, gracias al desarrollo de nuevas tecnologías y a la apertura del comercio internacional, provocado por el fenómeno de la globalización, el comercio entre diferentes Estados y regiones del planeta ha cambiado drásticamente. La creación de empresas de carácter multinacional —con presencia física o virtual en varios países—, es la forma en la cual se estructuran muchos modelos de negocios hoy en día. Así, en la actualidad las inversiones y el traslado de utilidades se puede realizar con relativa facilidad entre diferentes Estados. Este desarrollo, no obstante, ha brindado oportunidades a las empresas multinacionales para reducir su carga tributaria (OCDE, 2013).

De esta manera, cuando las legislaciones no contemplan medidas eficaces para controlar o realizar un seguimiento a las operaciones de estas empresas, puede suceder que de manera artificial se trasladen beneficios a otros Estados, por ejemplo, para el sólo efecto de evitar total o parcialmente la tributación en dichos territorios, o que existan planificaciones fiscales agresivas cuyo objetivo sea diferir el pago de impuestos en el largo plazo; en definitiva, para eludir el pago de tributos que les correspondería de no mediar tales acciones.

Con esa preocupación como objetivo, la OCDE generó en febrero de 2013 un reporte denominado como *Base Erosion and Profit Shifting* (“BEPS”, por sus siglas en inglés), en el cual adopta un Plan de Acción que identifica 15 puntos o estrategias que recomiendan seguir a los países miembros de la organización para efectos de combatir la elusión de impuestos y el traslado de beneficios o utilidades entre Estados.⁵

⁵ La OCDE indica que “BEPS hace referencia a la erosión de la base imponible y al traslado de beneficios propiciado por la existencia de lagunas o mecanismos no deseados entre los distintos sistemas impositivos nacionales de los que pueden servirse las empresas multinacionales (EMN), con el fin de hacer “desaparecer” beneficios a efectos fiscales, o bien de trasladar beneficios hacia ubicaciones donde existe escasa o nula actividad real, si bien goza de una débil imposición, derivando en escasa o nula renta sobre sociedades. A tenor de la creciente movilidad del capital y de activos tales como la propiedad intelectual, así como de los nuevos modelos de negocio del siglo XXI, BEPS se ha convertido en un serio problema.” OCDE, “10 Preguntas sobre BEPS”. En línea: <<https://www.oecd.org/ctp/10-preguntas-sobre-beps.pdf>> Consultado en mayo de 2019.

Entre las principales medidas adoptadas por dicho Plan de Acción, destacan las siguientes:

- i. Acción 1: Hacer frente a los desafíos fiscales que plantea la economía digital;
- ii. Acción 3: Reforzar las normas sobre transparencia fiscal internacional (o Normas CFC);
- iii. Acción 6: Impedir el abuso de los Convenios para Evitar la Doble Tributación Internacional (“en adelante, “Convenios”);
- iv. Acciones 8 a 10: Garantizar que los resultados en materia de precios de transferencia tengan correspondencia con la creación de valor;
- v. Acción 11: Establecer métodos para la recopilación y análisis de datos sobre erosión de la base imponible, traslado de beneficios y medidas para abordar esta cuestión;
- vi. Acción 15: Desarrollar un instrumento multilateral para la aplicación de las medidas desarrolladas.

Además de la Acción 3 relativa a normas CFC, nuestro país ha seguido otras de estas recomendaciones, las que han sido incorporadas en nuestra legislación interna o en instrumentos multilaterales. A continuación, señalamos algunos ejemplos de ello.

La Acción 15, por ejemplo, se refiere al desarrollo de un instrumento multilateral que modifique los Convenios bilaterales suscritos entre los países. Explora la conveniencia y la viabilidad técnica de la elaboración de un instrumento multilateral que permita a los Estados que se adhieran al mismo implementar de forma rápida, coordinada y consistente aquellas medidas que emanan del resto de acciones del Plan de Acción BEPS (Fundación Impuestos y Competitividad, 2015a). El referido instrumento fue concluido y publicado el 24 de noviembre de 2016 por la OCDE bajo el nombre de *“Multilateral Convention to implement tax treaty related measures to prevent base erosion and profit shifting”* (“MLI”), y fue suscrito por 67 países el pasado 7 de julio de 2017, entre los que se encuentra Chile.⁶

6 Actualmente son 87 países los que han firmado el instrumento. El efecto práctico del MLI es que modificará los Convenios bilaterales existentes, en el sentido de implementar de forma multilateral y gradual las Acciones BEPS antes indicadas, sin la necesidad de renegociar unilateralmente cada instrumento, lo cual resultaría por cierto menos eficiente e involucraría un esfuerzo mayor de las naciones. Los primeros cambios en los Convenios —adecuándose al MLI— ya comenzaron a regir hace algunos meses en ciertos países como Austria, Australia, Francia, Israel y Japón. En Chile, si bien fue suscrito por el poder ejecutivo, todavía se encuentra pendiente su ratificación en la legislación interna a través del Congreso.

En cuanto a las recomendaciones unilaterales, destaca la incorporación del artículo 41 E de la LIR, sobre Precios de Transferencia, en línea con algunas de las Acciones 8 a 10. Si bien la regulación existía antes de la reforma de 2014, hoy la norma es mucho más detallada y fue especialmente reformulada para cumplir con los estándares de la OCDE, especialmente en lo que respecta a los métodos de valoración de las operaciones entre entidades relacionadas.

La Acción 1, sobre los desafíos de la economía digital, es otro ejemplo. Parte de ésta, o al menos la intención de abordar el problema, se incluyó en el reciente proyecto de reforma tributaria 2018 enviado al Congreso por el Presidente Sebastián Piñera en agosto de 2018, denominado como “Modernización Tributaria”, y que se encuentra actualmente en discusión. Allí se establece la creación de un nuevo impuesto denominado como Impuesto a los Servicios Digitales, dirigido a aquellas entidades sin presencia física en nuestro país pero que prestan servicios, como sería el caso de Uber, Netflix, Spotify, AirBnB, HBO Go, entre otras plataformas.

2.2 Generalidades de la Acción 3 del Plan BEPS

En el año 2015, la OCDE publicó el informe final de la Acción 3 del Plan BEPS sobre “Normas para la Transparencia Fiscal Internacional” o normas CFC (en adelante, nos referiremos al reporte final de la Acción 3 como “Informe Final”). Conforme hemos explicado, esta Acción responde al riesgo que contribuyentes erosionen la base imponible en su país de residencia —y, en algunos casos, también en otros países— trasladando sus rentas a una entidad residente en una jurisdicción distinta. Sin tales normas, las CFC ofrecen oportunidades para el traslado de beneficios y el diferimiento a largo plazo de la tributación (OCDE, 2015).

El primer país que incorporó en su jurisdicción interna normas CFC fue Estados Unidos en el año 1962. Éstas se incorporaron en la Sub-parte F, artículos 951 a 965 del *Internal Revenue Code*. El artículo 951 comienza por definir el carácter subjetivo de la entidad o del sujeto residente y se basa en la calificación previa de la sociedad como CFC, para de esta manera aplicar directamente el gravamen sobre las rentas pasivas a sus accionistas en relación a una determinada clase de rentas obtenida por aquélla. En definitiva, el fenómeno que se produce es el de considerar a la entidad extranjera como transparente (Hurtado, 2018).

La regulación de Estados Unidos sirvió como guía para que los demás países incorporaran sus propias normas. Actualmente, de los 34 países miembros de la OCDE, sólo 24 de ellos cuentan con regímenes CFC (Bustos, 2017). Entre los países con normas CFC figuran Estados Unidos, Reino Unido, Alemania, Japón, Australia, Nueva Zelanda, Rusia, Suecia (desde 2015), entre otros. En el caso de Latinoamérica, destacan especialmente Brasil, México y Perú.

Si bien cada Estado que ha optado por incluir esta regulación en su legislación interna lo ha hecho de una forma particular, dependiendo de sus requerimientos especiales (aunque muchas veces inspirados en normas CFC de otros Estados), el común denominador ha sido eliminar el diferimiento del pago de impuestos en su territorio por los ingresos obtenidos por una filial o empresa subsidiaria ubicada fuera de sus fronteras, que corresponden a inversiones realizadas por una compañía controladora local (Abugattas, 2014).

De esta manera, los requisitos comunes para la aplicación de las normas CFC en todos los Estados, han sido los siguientes: (i) que la entidad ejerza control sobre la entidad extranjera, y; (ii) que se trate de negocios específicos, es decir, 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 territorio de baja o nula tributación (Abugattas, 2014). Como veremos más adelante, este fue el caso de Chile.

Con carácter general, estas normas, en sus distintas configuraciones, comparten objetivos de política tributaria tales como: (i) ser una medida disuasoria, (ii) tener rol complementario a las normas sobre precios de transferencia, (iii) la búsqueda del equilibrio entre su eficacia y la carga administrativa asociada a su implementación, y (iv) una aplicación efectiva de las mismas que, sin embargo, no genere supuestos de doble imposición (Fundación Impuestos y Competitividad, 2015b).

El Informe Final de Acción 3 señala que para que el diseño de reglas CFC sean efectivas, los Estados debiesen contemplar al menos los siguientes aspectos al momento de regular: (i) definición de entidad CFC; (ii) exenciones y umbrales impositivos aplicables a las CFC; (iii) definición de rentas CFC; (iv) cómputo de rentas; (v) atribución de rentas, y; (vi) prevención y eliminación de la doble imposición (OCDE, 2015).

Con matices, de alguna u otra manera todos estos elementos fueron seguidos por el legislador chileno a la hora de incorporar el artículo 41 G de la LIR.

3. REGLA GENERAL DE TRIBUTACIÓN PREVIO A LA REFORMA DE 2014

El estudio de la tributación internacional, además del foco en el problema de la elusión o del traslado de beneficios entre Estados, históricamente se ha preocupado del problema de la doble tributación internacional. En palabras simples, este problema consiste en la superposición de potestades tributarias de distintos Estados

(dos o más) sobre la renta obtenida por un contribuyente, debido a la aplicación de criterios jurisdiccionales distintos (Pederna, 2015). Lo anterior se debe a que, por regla general, existen dos principios o criterios que utilizan los países para gravar las rentas: el principio de la residencia y el principio de la fuente, los que generalmente colisionan entre sí.

El principio de la residencia utiliza el lugar de residencia del contribuyente como base para el establecimiento de las obligaciones tributarias⁷. El principio de la fuente, por su parte, tiene su aplicación sobre la fuente productora, es decir, el lugar donde la fuente de la renta está ubicada o en el Estado donde se encuentran y usan los factores de producción (Jaque, 2010)⁸.

En virtud de este cruce de criterios, normalmente ocurre que una misma renta pretenda ser cobrada por dos o más Estados. Para efectos de evitar lo anterior, las legislaciones contemplan herramientas bilaterales y unilaterales. La herramienta bilateral por excelencia son los Convenios para Evitar la Doble Tributación Internacional, los que contienen reglas para establecer cuándo uno de los Estados (o ambos), tendrá derecho a gravar las rentas. Chile mantiene actualmente vigente 33 Convenios, y uno suscrito, pero no vigente (con Estados Unidos).⁹

Por su parte, entre las muchas medidas unilaterales que contempla nuestra legislación para evitar la doble tributación, se encuentra el artículo 12 de la LIR, el que dispone que cuando deban computarse rentas de fuente extranjera, se considerarán las rentas líquidas percibidas (salvo en el caso de las agencias o establecimientos permanentes, que históricamente han tributado en base devengada). Además, para eliminar el efecto de la doble tributación, nuestra legislación otorga derecho a crédito por los impuestos pagados en el exterior¹⁰, rigiéndose por los requisitos,

7 En el caso de Chile, este principio se encuentra consagrado en el artículo 3 de la LIR al disponer 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. También conocido como "principio de renta mundial", que no es otra cosa que una mezcla de los principios de la residencia y de la fuente.

8 Su aplicación en nuestra legislación se encuentra en los artículos 10 y 11 de la LIR, los que otorgan una definición de rentas de fuente chilena (aquellas que provienen de actividades desarrolladas en Chile o bienes situados en el país, entre otras).

9 El último Convenio que entró en vigencia es el suscrito con Uruguay. Éste fue promulgado a través del Decreto 271 del Ministerio de Relaciones Exteriores, de fecha 29.08.2018 (aunque fue publicado en el Diario Oficial con fecha 24.01.2019), y se aplicará respecto de los impuestos que afecten las rentas obtenidas a contar del 1 de enero del 2019.

10 A diferencia de otros Estados, como por ejemplo Alemania y Países Bajos, en que se aplica el método de la exención. Es decir, en vez de otorgar crédito por lo pagado en el exterior, dicho monto se entiende como una exención para estos países.

límites y forma computo de los artículos 41 A y 41 C de la LIR, dependiendo de si el país de procedencia de las rentas pagadas ha suscrito un Convenio con Chile o no.

De esta manera, previo a la entrada en vigencia de la reforma de 2014, sólo se gravaban en Chile las inversiones de contribuyentes chilenos en el extranjero cuando éstos percibían las rentas desde el exterior, ya sea por pago de dividendos, porque efectuaban algún retiro de utilidades de sociedades constituidas en el extranjero, cuando percibían del exterior rentas por el uso de marcas, patentes o fórmulas (regalías) o cuando percibían alguna ganancia de capital; siempre en todos los casos, sobre base percibida (Abugattas, 2014).

Lo anterior implicaba que si, por ejemplo, un contribuyente nacional mantenía una inversión en el exterior, sólo debía reconocer dicha renta como regla general cuando la entidad extranjera efectuaba una distribución de dividendos al propietario nacional. Así, en la medida que las rentas se quedaran empozadas en la empresa extranjera, éste no debía tributar por ellas en nuestro país.

El mensaje presidencial de la reforma de 2014, 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, típicamente conocida como *CFC Rules*, que combaten el diferimiento de impuestos sobre rentas pasivas de fuentes extranjeras¹¹.

Como consecuencia del anterior, se incorporó el artículo 41 G en la LIR, el que terminó con la lógica que sólo se gravan las rentas en nuestro país sobre base percibida. Ahora, para el caso que las rentas califiquen como “pasivas” de conformidad a la norma, el contribuyente deberá reconocer las mismas sobre base devengada; es decir, aun cuando no se haya efectuado una distribución de dividendos, y las rentas se mantengan en el extranjero, por ejemplo, éstas deberán tributar en nuestro país, evitando así postergar la tributación por dichos ingresos.

El SII, por su parte, impartió instrucciones sobre el artículo 41 G de la LIR a través de la Circular N° 40 de 2016 (en adelante, “Circular”).

11 Biblioteca del Congreso Nacional, Historia de la Ley N° 20.780. En línea: <<http://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/4406/>> Consultado en mayo de 2019.

4. ARTÍCULO 41 G DE LA LEY DE LA RENTA

El artículo 41 G incorporado en la Ley sobre Impuesto a la Renta comienza señalando que *“No obstante lo dispuesto en el artículo 12 (...), los contribuyentes o patrimonios de afectación con domicilio, residencia o constituidos en Chile, que directa o indirectamente controlen entidades sin domicilio ni residencia en el país, deberán considerar como devengadas o percibidas las rentas pasivas percibidas o devengadas por dichas entidades controladas (...)”*, conforme a las reglas que se indican allí.

Luego de establecer su consecuencia jurídica —reconocimiento en Chile de las rentas sobre base percibida o devengada—, la norma expone los supuestos de hecho que configuran la misma y establece reglas adicionales sobre su implementación en títulos desde la letra A hasta la G (Chacra, 2016).

Así, el artículo 41 G de la LIR se estructura de la siguiente manera: la letra A define a las entidades controladas sin domicilio ni residencia en Chile; la letra B a los países o territorios de baja o nula tributación; la letra C a las rentas pasivas; la letra D a la forma de reconocer en Chile las rentas pasivas; la letra E indica la forma de imputar los créditos por impuestos pagados en el exterior; la letra F establece una exención a dividendos y retiros que ya hubieren tributado conforme a las normas del artículo y; finalmente la letra G establece la obligación de mantener un registro e informar al SII.

Observaremos a continuación los principales elementos indicados precedentemente.

4.1 Entidades controladas

En lo que respecta al requisito de control, éste se encuentra principalmente regulado en la letra A del artículo 41 G, mediante la cual se define a las entidades controladas sin domicilio ni residencia en Chile.

Por ser el objeto particular de esta investigación, nos referiremos en extenso a este requisito en el siguiente capítulo. No obstante, por el momento basta con señalar que se incluyen distintas hipótesis de control —por capital, derecho a utilidades, derecho a voto y por administración— siguiendo algunas de las recomendaciones del Informe Final de la OCDE, así como presunciones de cuándo nos encontramos frente al mismo. Además, se define de manera amplia a los sujetos que intervienen en dicho control.

4.2 Rentas pasivas

Siguiendo lo que la mayoría de los países han hecho al incorporar normas CFC, la norma chilena establece un catálogo sobre qué tipos de ingresos se consideran como rentas pasivas, en vez de incorporar una definición o un concepto general. De esta manera, la letra C del artículo 41 G de la LIR indica que considerarán como rentas pasivas, percibidas o devengadas, las siguientes:

1. *Dividendos, retiros, repartos y cualquier otra forma de distribución, o devengo de utilidades provenientes de participaciones en otras entidades, incluso cuando se hubiesen capitalizado en el extranjero.*

El primer concepto se refiere a los dividendos, aunque la misma norma otorga una excepción. Dispone que no se considerará como renta pasiva la distribución, reparto o devengo de utilidades que una entidad controlada sin domicilio ni residencia en Chile haya obtenido desde otra entidad que controle, cuando esta última no tenga como giro o actividad principal la obtención de rentas pasivas.

Al respecto, la autoridad tributaria explicó que la regla de exclusión en análisis busca impedir que las rentas que en su origen no cumplen los requisitos para ser consideradas como pasivas, pasen a serlo por el mero hecho de que la entidad que las genera, sea controlada a través de una sociedad de inversión¹².

Un ejemplo sirve para ilustrar la idea anterior. La Sociedad A, domiciliada en Chile, controla a la Sociedad de Inversión B, domiciliada en el extranjero. A su vez, la Sociedad B controla a la Sociedad C, también domiciliada en el extranjero. Esta última es una empresa operativa dedicada al negocio del retail. Ante un eventual reparto de dividendos desde la Sociedad C hacia B, y posteriormente desde B hacia A, en principio ese flujo sería calificado como una renta pasiva. Sin embargo, precisamente esa es la situación que excluye la norma, indicando que, por el hecho de tener esta sociedad intermedia — Sociedad de Inversión B—, las rentas no pasarán a ser pasivas, por cuanto su origen proviene de una entidad operativa controlada.

2. *Intereses y otras rentas de capital (a que se refiere el N° 2 del artículo 20 de la LIR).*

Los intereses y otros capitales mobiliarios recibidos también se consideran como renta pasiva, salvo que se cumplan dos requisitos: (i) que la entidad extranjera

12 Servicio de Impuestos Internos, Circular N° 40 de 2016

sea una entidad bancaria o financiera regulada como tal por las autoridades del país respectivo¹³, y; (ii) que la misma no resida en un país de nula o baja tributación.

3. *Rentas derivadas de la cesión del uso, goce o explotación de marcas, patentes, fórmulas, programas computacionales y otras prestaciones similares, sea que consistan en regalías o cualquier otra forma de remuneración.*

El proyecto de Modernización Tributaria, actualmente en discusión en el Congreso, con el objetivo de “incentivar la innovación”, agrega una excepción a estas rentas, disponiendo que no se considerarán como rentas pasivas las actividades empresariales de desarrollo tecnológico que empresas chilenas emprendan a través de filiales en el extranjero. No se entiende el sentido de esta modificación propuesta, ¿es deseable crear incentivos para que los contribuyentes chilenos salgan a emprender en tecnología en el extranjero? ¿No sería mejor para el desarrollo interno que dicha investigación se haga dentro del territorio nacional?

4. *Ganancias de capital de la enajenación de bienes o derechos que generen rentas de las indicadas en los números precedentes.*

El SII precisó que este numeral se refiere las ganancias de capital obtenidas por la entidad controlada en el exterior y no aplica a la enajenación de la participación que se posee sobre una entidad controlada, como sería el caso de un venture capital¹⁴⁻¹⁵.

5. *Las rentas provenientes del arrendamiento o cesión temporal de bienes inmuebles, salvo que sea el giro principal de la entidad controlada;*

13 El Servicio de Impuestos Internos, a través de la Circular N° 27 de 2008, definió que se entiende por institución financiera extranjera: “aquella entidad constituida en el extranjero y que tenga por objeto otorgar préstamos o financiamientos, y por institución financiera internacional a la que tenga el mismo giro y cuyo capital esté formado con aportes de diferentes países miembros o por instituciones de diferentes países, siempre que dichas instituciones cuenten con un monto de capital pagado y reservas igual o superior a la cuarta parte del mínimo que se exija para la constitución de los bancos extranjeros en Chile, por la Ley General de Bancos, DFL N° 3, de 1997.”

14 Servicio de Impuestos Internos, Oficio N° 706 de 2017

15 *Venture Capital* o capital de riesgo, puede definirse como un tipo de operación financiera en la que se aporta capital a empresas con un alto potencial de crecimiento y elevados niveles de riesgo a cambio de un porcentaje de la empresa.

6. *Las ganancias de capital provenientes de la enajenación de inmuebles, salvo que hubieran sido utilizados en el desarrollo de una actividad empresarial generadora de rentas no pasiva;*
7. *Las rentas provenientes de la cesión de derechos sobre las facultades de usar o disfrutar cualquiera de los bienes o derechos generadores de las rentas consideradas pasivas de acuerdo con los números precedentes.*
8. *Las rentas que las entidades controladas en el exterior obtengan como consecuencia de operaciones realizadas con contribuyentes constituidos, domiciliados, establecidos o residentes en Chile.*

Lo anterior, siempre y cuando: (i) las entidades sean partes relacionadas en los términos del artículo 41 E; (ii) las rentas constituyan gasto deducible para los contribuyentes domiciliados en el país, o deban formar parte de valores sujetos a depreciación o amortización en Chile, según proceda, y; (iii) dichas rentas no sean de fuente chilena, o bien, siendo de fuente chilena o extranjera, estén sujetas a una tasa de impuesto en Chile menor al 35%. A través de la Circular, el SII ratificó que son requisitos copulativos.

4.3 Presunciones y exclusiones de rentas pasivas

El artículo 41 G, además de establecer un catálogo de rentas pasivas, incluyó una serie de situaciones especiales. Por ejemplo, estableció presunciones por el hecho de dónde se encuentran domiciliadas las CFC, o por el porcentaje que representan las rentas pasivas en la entidad extranjera. También, estableció umbrales mínimos y exclusiones frente al reconocimiento de dichas rentas. A continuación, observamos cuáles son estos casos.

4.3.1 Presunción sobre países de baja o nula tributación¹⁶

Chile optó por la recomendación de regular situaciones particulares para el caso de los “paraísos fiscales”, denominados técnicamente en la letra B del artículo 41 G como “países o territorios de baja o nula tributación”, señalándose que se entenderá por dichos países a aquéllos a que se refiere el artículo 41 H de la LIR. Esta última norma, a su vez, establece una serie de requisitos y criterios para considerar que un territorio o jurisdicción tiene un régimen fiscal preferencial, en línea con las instrucciones de la OCDE.

¹⁶ “Países de baja o nula tributación” debe entenderse como una expresión sinónima de “régimenes fiscales preferenciales” a que se refiere el artículo 41 H de la LIR.

Los criterios para considerar que una jurisdicción se encuentra en tal circunstancia, de acuerdo al artículo 41 H de la LIR, son los siguientes: (i) que tenga una tasa de tributación efectiva sobre los ingresos de fuente extranjera inferior a 17,5%; (ii) que no haya celebrado un convenio de intercambio de información con Chile; (iii) que carezca de reglas que permitan fiscalizar los precios de transferencia conforme a las recomendaciones de la OCDE o de la ONU; (iv) que no reúnan las condiciones para ser considerados sustancialmente cumplidores de los estándares internacionalmente aceptados en materia de transparencia e intercambio de información con fines fiscales por la OCDE; (v) que mantenga vigente uno o más regímenes preferenciales para fines fiscales; (vi) que gravan exclusivamente las rentas generadas, producidas o cuya fuente se encuentre en sus propios territorios.

Al respecto, el SII publicó una resolución en el año 2017 en la cual incluye un listado de más de 140 países —lista que fue actualizada mediante resolución del año 2018— que considera que tienen un régimen fiscal preferente. Entre estos se encuentran, por ejemplo, Bahamas, Bután, Costa Rica, Hong Kong, Islas Caimán, British Virgin Islands, Puerto Rico, Qatar, Venezuela, Vietnam, Yemen, sólo por nombrar algunos. Lo anterior sirve como una guía para los contribuyentes a la hora de realizar operaciones, y para la propia administración tributaria a la hora de fiscalizar.¹⁷

En relación a este tipo de jurisdicciones, el párrafo segundo de la letra C del artículo 41 G de la LIR contiene dos presunciones. En primer lugar, señala que todas las rentas obtenidas por una entidad residente en un Estado de baja o nula tributación son rentas pasivas. No obstante, esta presunción puede desvirtuarse. La prueba en contrario podría realizarse señalando, por ejemplo, que las rentas provienen en realidad de una entidad operativa, o que no son de las enumeradas en el catálogo del artículo 41 G de la LIR, letra C, que vimos anteriormente.

En segundo lugar, la norma en este caso, además de presumir legalmente la calidad de renta pasiva, presume la renta que la entidad controlada genera en tal supuesto. Así, se indica que la CFC domiciliada en un país o territorio de baja o nula imposición genera en el ejercicio, a lo menos, una renta neta pasiva igual al resultado de multiplicar la tasa de interés promedio que cobren las empresas del sistema financiero del referido país o territorio por el valor de adquisición de la participación o el valor de participación patrimonial, el que resulte mayor, que

17 La Resolución Ex. SII N° 124, de fecha 19.12.2017 incluyó una lista de países que se consideran como territorios con regímenes fiscales preferentes. Esta lista fue actualizada mediante Resolución Ex. SII N° 55, de fecha 05.06.2018.

corresponda a la participación, directa o indirecta, de los propietarios constituidos, domiciliados o residentes en Chile.¹⁸

Finalmente, el proyecto de Modernización Tributaria —actualmente en discusión en el congreso— propone modificar el artículo 41 H de la LIR, disponiendo que se entenderá que una jurisdicción tiene un régimen fiscal preferencial cuando la carga real efectiva con impuestos a la renta en dicho territorio o jurisdicción sea inferior a una tasa del 30% o no grave las rentas de fuente extranjera. Sin embargo, agrega que no se considerará como tal si entre Chile y dicho país existe un convenio de intercambio de información tributaria.

4.3.2 Presunción de extensión de rentas pasivas

También se establece que, si las rentas pasivas representan el 80% o más del total de los ingresos de la entidad controlada sin domicilio ni residencia en Chile, el total de los ingresos de ésta serán considerados como rentas pasivas. En otras palabras, lo que la norma hace es extender el concepto de rentas pasivas a otras rentas que pudieran ser de origen no pasivas o de una entidad operativa, a través de una presunción de derecho que no admite prueba en contrario.

4.3.3 Exclusiones del concepto de rentas pasivas o excepciones a la forma de reconocimiento de estas rentas en Chile

Sólo se aplicará el artículo 41 G cuando las rentas pasivas de la entidad controlada excedan del 10% de sus ingresos totales en el año respectivo.

No se aplicará la norma cuando el valor de los activos de la entidad controlada, considerados proporcionalmente según su permanencia en el ejercicio, no exceda de un 20% del valor total de sus activos. Esta exclusión fue incorporada por la Ley N° 20.899 de 2016 (en adelante, “Ley de Simplificación”).

Tampoco se aplicará esta norma cuando las rentas pasivas de la entidad controlada se hayan gravado con impuestos a la renta cuya tasa efectiva sea igual o superior a un 30% en el país donde se encuentra domiciliada, establecida o constituida dicha entidad, conforme a las normas que ahí se apliquen. La autoridad administrativa

¹⁸ Además, la disposición agrega que en caso que el país o territorio publique oficialmente la tasa de interés promedio de las empresas de su sistema financiero, se utilizará dicha tasa. En caso que no pueda determinarse la tasa indicada, se utilizará la tasa promedio que establezca anualmente el Ministerio de Hacienda mediante decreto supremo.

indicó que dicha exclusión: (i) se aplica también a entidades transparentes, aun cuando el contribuyente obligado al pago sea el propio socio de estas, y; (ii) que el contribuyente con domicilio o residencia en Chile debe reconocer las rentas pasivas generadas por una entidad controlada indirectamente (sociedad de inversiones pasiva), aun cuando la entidad controlada directamente es una sociedad operativa que está sujeta a una tasa igual o superior al 30%.¹⁹

Finalmente, el artículo 41 G establece que no deberán considerar devengadas las rentas pasivas percibidas o devengadas en el ejercicio por entidades controladas en el exterior, cuando no excedan de 2.400 UF en total. Al respecto, el SII señaló que para dicho cálculo se consideran los ingresos netos, es decir, después de la deducción de gastos y otros ajustes tributarios.²⁰

4.4 Forma de reconocimiento y crédito por impuestos pagados o adeudados en el exterior por rentas pasivas

La letra D del artículo 41 G indica que las rentas pasivas se considerarán percibidas o devengadas por los propietarios domiciliados o residentes en Chile, en proporción a la participación, directa o indirecta, que ellos tengan en la entidad controlada. Para efectos de determinar dicha proporción, el SII podrá ejercer las facultades de fiscalización que correspondan. Además, para establecer el monto de las rentas pasivas que deben computarse en Chile, se aplicarán las normas de determinación de la base imponible de conformidad a los artículos 29 al 33 de la LIR (i.e. ingresos brutos, menos costos y gastos, más otros ajustes), y se agregará ese resultado a la entidad nacional, salvo que el resultado arroje una pérdida tributaria, caso en el cual no se reconocerá en nuestro país²¹.

19 Servicio de Impuestos Internos, Oficio N° 1781 de 2017. El concepto de entidades transparentes no se encuentra definido en nuestra legislación, sino que es más bien una construcción anglosajona. La principal característica de este tipo de entidades es que no son sujetos de impuestos, sino que las consecuencias tributarias se transfieren o traspasan directamente a los propietarios. Un ejemplo serían las sociedades *partnerships* de Estados Unidos.

20 Servicio de Impuestos Internos, Oficio N° 1.958 de 2018. Esto constituye un cambio de criterio por parte de la autoridad tributaria, ya que previamente, a través del Oficio N° 2.399 de 2017, había señalado que las 2.400 UF eran ingresos brutos y no netos.

21 El Servicio de Impuestos Internos, a través del Oficio N° 477 de 2017, precisó que esta norma únicamente se dispone la imposibilidad de reconocer en Chile la pérdida tributaria final, lo cual no obsta a que dicha pérdida tributaria determinada pueda reconocerse implícitamente en años comerciales posteriores, mediante la determinación de una renta pasiva menor, pues tal posibilidad se encuentra contemplada expresamente en el artículo 31 N° 3 de la LIR, mediante el mecanismo de imputación de pérdidas de ejercicios anteriores, la que constituye un gasto del ejercicio en que se invoca; en cualquier caso, debe relacionarse directamente con la generación rentas pasivas y no otro tipo de rentas.

Respecto a este punto, el SII ha señalado correctamente que sólo se regula la forma de reconocer en Chile las rentas percibidas o devengadas, y no cómo se debe llevar la contabilidad o los estados financieros de las sociedades extranjeras; corresponderá a cada entidad definir la forma en que determinan los resultados financieros, de acuerdo a prácticas contables adecuadas²².

Por otro lado, en cuanto a los créditos, la letra E del artículo 41 G de la LIR establece la posibilidad de reconocer como crédito en Chile, tanto los impuestos pagados o adeudados en el extranjero, como el Impuesto Adicional pagado en Chile, aplicado sobre las rentas pasivas que deban reconocerse en el país.

En el caso de los impuestos pagados en el extranjero, habrá que distinguir si dicho país ha suscrito o no con Chile un Convenio que se encuentre vigente, para efectos de determinar las reglas como topes y otros ajustes para reconocer el crédito.

Adicionalmente, la norma permite deducir como crédito los impuestos pagados en el extranjero en el caso de inversiones indirectas, es decir, aun cuando la entidad controlada no se encuentre domiciliada en el país en que haya invertido directamente el contribuyente domiciliado en Chile, siempre que: (i) que se encuentre vigente con el país que haya aplicado tales impuestos acreditables en Chile, un Convenio u otro que permita el intercambio de información para fines tributarios, y; (ii) que se cumplan los demás requisitos que establece la letra E.

Finalmente, el proyecto de Modernización Tributaria propone unificar y simplificar en el artículo 41 A LIR las normas sobre reconocimiento de crédito por impuestos pagados en el exterior (actualmente, las normas se encuentran en dispersas en el artículo 41 A, 41 C y 41 G de la LIR).

5. EL REQUISITO DE CONTROL DE ENTIDADES EXTRANJERAS EN EL ARTÍCULO 41 G DE LA LEY DE LA RENTA

Conforme hemos explicado anteriormente, la norma CFC chilena establece dos requisitos para su aplicación: (i) que la entidad extranjera sea controlada directa o indirectamente por un residente o domiciliado en Chile, y; (ii) que las rentas sean calificadas como pasivas.

22 Servicio de Impuestos Internos, Oficio N° 3218 de 2016 y Oficio N° 1773 de 2016

Antes nos hemos referido a qué se entiende por rentas pasivas, a sus exclusiones y presunciones, y también a la forma en cómo deben reconocerse en Chile. En el presente apartado, estudiaremos el requisito de control en nuestro país, cuya regulación se encuentra mayormente en la letra A del artículo 41 G LIR. Sin embargo, previo a ello, es conveniente revisar brevemente cuáles son las recomendaciones de la OCDE en la materia, y cuál es la experiencia en la legislación comparada en ciertos países. Luego, estaremos en condiciones de analizar el artículo 41 G de la LIR.

5.1 El requisito de control en el Informe Final de la Acción 3 BEPS de la OCDE²³

El Informe Final comienza señalando que a la hora de determinar si las normas resultan aplicables, toda jurisdicción debe tener en cuenta dos cuestiones: (i) si nos encontramos ante un tipo de entidad que pudiera llegar a tener la consideración de CFC y (ii) si la sociedad matriz tiene un grado suficiente de influencia o control sobre la entidad no residente para que ésta pueda constituir una CFC.

En cuanto a la primera cuestión, sobre el tipo de entidad, se indica que, aunque pudiera parecer que las normas se aplican únicamente sobre sociedades, muchos países las aplican también a fideicomisos —*trusts*—, sociedades de personas —*partnerships*— y Establecimientos Permanentes (en adelante, “EP”) en determinadas circunstancias con el fin de evitar que las sociedades matrices puedan eludir la aplicación de las normas CFC por el simple hecho de cambiar la forma jurídica de sus filiales.

En relación a las hipótesis de control, el documento de la OCDE señala que deben abordarse dos cuestiones fundamentales: (i) el tipo de control, y; (ii) el nivel de control. A su vez, el tipo de control es posible subclasificarlo en 4 tipos:

- i. Control jurídico: Contempla generalmente la participación que tiene el residente en el capital social de la filial para determinar el porcentaje de participación o de derechos de voto, y es un test relativamente mecánico y sencillo de aplicar. No obstante, éstos por ser test formales, pueden ser insuficientes y de ahí que el control económico también sea una opción deseable. No obstante, el incorporar los derechos de adquisición de acciones (y por tanto de derechos

23 El presente apartado corresponde a un resumen de lo señalado por la OCDE en el Informe Final sobre la Acción 3 BEPS, acerca del requisito de control. En línea: <<http://www.oecd.org/ctp/designing-effective-controlled-foreign-company-rules-action-3-2015-final-report-9789264241152-en.htm>> Consultado en mayo de 2019.

de voto), como las opciones sobre acciones, pueden ayudar a mitigar algunas de las debilidades propias del control jurídico.

- ii. Control económico: Se centra en los derechos sobre los beneficios, el capital y los activos de una sociedad en determinadas circunstancias como su disolución o liquidación. Este test reconoce la posibilidad de que un residente pueda controlar una entidad, aun sin poseer la mayoría de sus acciones, si ostenta derechos sobre el valor subyacente de dicha entidad (e.g. derechos sobre ganancias en venta de acciones, derechos sobre activos de la entidad en caso de liquidación, o derechos a la distribución de beneficios en casos distintos de ventas o liquidaciones). No obstante, todavía es posible eludir las normas de control económico, a través de una nueva sociedad tenedora de valores – *holding*– para el grupo. En dichos casos, el control jurídico y económico puede alterarse en el nivel de toma de decisiones o en el control del negocio ejercido por la matriz previa.
- iii. *Control de facto*: Este tipo de control se relaciona con quién toma las decisiones de alto nivel sobre los asuntos de una sociedad no residente, o quién tiene la capacidad de influir en las actividades del día a día. Otra manera de hacerlo sería centrarse en aquellos vínculos contractuales entre el contribuyente y la CFC que permitan al primero desplegar una influencia relevante sobre la segunda. El Informe Final reconoce que este test es complejo y podría generar problemas de seguridad jurídica, por lo que indica que a menudo funciona sólo en subsidio de los otros tests.
- iv. *Control basado en la consolidación*: Se fija en el hecho de si una sociedad no residente es objeto de consolidación en la contabilidad de una sociedad residente de acuerdo con los principios contables. Este método no dista mucho de los mencionados previamente. De hecho, al igual que los test de control jurídico y de facto, los principios contables también se refieren a criterios como los derechos de voto u otros derechos conducentes a ejercer una influencia dominante sobre otra entidad, aunque emplean estos criterios a los solos efectos de establecer si una entidad debe o no ser consolidada.

Finalmente, en cuanto al nivel de control, el Informe Final señala que las normas CFC tendrían que cubrir, como mínimo, los casos en los que los contribuyentes residentes tengan un interés legal o económico en la entidad no residente superior al 50%. Algunas de las normas en vigor consideran que existe control cuando la matriz posee exactamente un 50%, aunque la mayoría exigen un control superior al 50%; incluso algunas jurisdicciones podrían optar por reducir el umbral de control por debajo del 50%.

Además, se establecen normas para identificar cuando los accionistas minoritarios actúan de manera concertada para ejercer su influencia y sumar las participaciones en la entidad controlada. Finalmente, recomienda establecer hipótesis de control indirecto, es decir, para evitar el traslado de beneficios únicamente por la interposición de una sociedad holding intermedia.²⁴

5.2 El requisito de control en la legislación comparada

5.2.1 Estados Unidos

El *Internal Revenue Code* de EE.UU. regula las normas CFC en la Sub-parte F, artículos 951 a 965. Allí se establece que existe control cuando se reúnen los siguientes requisitos: (i) 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 (ii) 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 (Abugattas, 2014)

El sistema estadounidense utiliza un sistema de doble porcentaje. Primero, considera un 10% para definir al propietario estadounidense y después el 50% al definir el control. El razonamiento detrás de estas reglas es enfocar el régimen en donde existe control efectivo y propiedad concentrada en Estados Unidos (Osorio, 2010).

Lo anterior, como se ha señalado, tiene por finalidad acumular el porcentaje de participación de cada accionista estadounidense, a efectos de que una entidad extranjera sea considerada como controlada. Ello, por cuanto se asume que los accionistas minoritarios pueden actuar de manera concertada para influir en las decisiones que se adoptan por la entidad extranjera (Lucero, 2018), en línea con lo señalado por la OCDE. De esta manera, sólo se establece un control de tipo jurídico.

24 Las hipótesis de control indirecto, que como veremos, fueron recogidas en nuestras normas CFC, se explican en el capítulo 6 de este documento mediante esquemas. Sin perjuicio de ello, un ejemplo sencillo de control indirecto sería una Sociedad A, que controla a la Sociedad B, y a su vez, B controla a la Sociedad C. En este caso, Sociedad A no participa directamente en Sociedad C, sin embargo, es posible afirmar que como A controla a B (control directo), la primera tiene además el control indirecto de C.

5.2.2 Brasil

La legislación brasileña hace una distinción en la forma en que las empresas de dicho país operan en el extranjero, distinguiendo según sean subsidiarias – *controladas*– o coligadas, estando ambas sometidas a las normas nacionales CFC.

De acuerdo con el párrafo 2 del artículo 243 de la Ley N° 6.404/1976, la sociedad subsidiaria extranjera –*controlada*– es la entidad en la que la sociedad matriz controladora (brasileña), directamente o a través de otra sociedad controlada (control indirecto), tiene derechos societarios, de forma permanente, que garantizan el derecho de voto y la facultad de elegir a la mayoría de los administradores o al consejo de administración de la sociedad subsidiaria extranjera (Velasco, 2017).

Las coligadas por su parte, se definen en el artículo 243, párrafo 1, y son entidades en las que la sociedad matriz brasileña posee al menos el 10% de las acciones y tiene el poder de influir en el proceso de toma de decisiones de la coligada extranjera, sin controlarla. Se presume que existe influencia significativa cuando el inversor posee el 20% o más del capital de la coligada, sin controlarlo. No obstante, la legislación brasileña también contempla la posibilidad de propiedad conjunta artículo 83 de la Ley N° 12.937/2014, según el cual una entidad jurídica domiciliada en Brasil que posea acciones en una coligada extranjera y que, junto con las personas físicas o jurídicas residentes o domiciliadas en Brasil o en el extranjero que se consideren relacionadas con la entidad coligada extranjera, tenga más del 50% de los derechos a voto de la filial en el extranjero, es tratada como una sociedad controladora (Velasco, 2017).

Así, Brasil adopta un control jurídico, basado en la mayoría de los derechos de voto de la subsidiaria o el vínculo entre la compañía brasileña y la extranjera afiliada –*coligada*–, excluyendo los otros tipos de control.

5.2.3 Perú

De conformidad a la legislación peruana, se considerarán controladores a aquellos contribuyentes domiciliados en Perú, que tributen sobre sus rentas de fuente mundial y que, vinculados entre sí, conjuntamente, directa o indirectamente, tengan un 50% o más del capital, los votos, o los resultados de la entidad extranjera (Araya, 2016).

En el caso peruano, entonces, también se adopta un criterio de control jurídico, excluyendo los tests económicos, de facto o de consolidación, como es sugerido en el Informe Final.

5.3 El requisito de control en el artículo 41 G de la LIR

El artículo 41 G de la LIR, y en particular su letra A, indican lo siguiente:

“Artículo 41 G.- No obstante lo dispuesto en el artículo 12 y en los artículos precedentes de este Párrafo, los contribuyentes o patrimonios de afectación con domicilio, residencia o constituidos en Chile, que directa o indirectamente controlen entidades sin domicilio ni residencia en el país, deberán considerar como devengadas o percibidas las rentas pasivas percibidas o devengadas por dichas entidades controladas, conforme a las reglas del presente artículo.

A.- Entidades controladas sin domicilio ni residencia en Chile.

Para los efectos de este artículo, se entenderá por entidades controladas sin domicilio o residencia en Chile, aquellas que, cualquiera sea su naturaleza, posean personalidad jurídica propia o no, tales como sociedades, fondos, comunidades, patrimonios o trusts, constituidas, domiciliadas, establecidas, formalizadas o residentes en el extranjero, cumplan con los siguientes requisitos copulativos:

1) Para efectos de los impuestos de la presente ley, las rentas de la entidad controlada, no deban computarse en Chile de conformidad al artículo 41 B, N°1.

2) Sean controladas por entidades o patrimonios constituidos, domiciliados, establecidos o residentes en Chile. Se entenderá que la entidad es controlada por tales contribuyentes cuando al cierre del ejercicio respectivo o en cualquier momento durante los doce meses precedentes, éstos, por sí solos o en conjunto y en la proporción que corresponda, con personas o entidades relacionadas en los términos establecidos en las letras a), b) y d) del artículo 100 de la ley N° 18.045, cualquiera sea la naturaleza de los intervinientes, posean directa o indirectamente, respecto de la entidad de que se trate, el 50% o más de:

- i) El capital, o*
- ii) Del derecho a las utilidades, o*
- iii) De los derechos a voto.*

También se considerarán entidades controladas, cuando los contribuyentes, entidades o patrimonios constituidos, domiciliados, establecidos o residentes en Chile, directa o indirectamente, por sí o a través de las referidas personas relacionadas, puedan elegir o hacer elegir a la mayoría de los directores o administradores de las entidades en el exterior o posean facultades unilaterales para modificar los estatutos, o para cambiar o remover a la mayoría de los

directores o administradores, y aquellas entidades que estén bajo el control de una entidad controlada directa o indirectamente por los contribuyentes, entidades o patrimonio constituidos, domiciliados, establecidos o residentes en Chile.

Salvo prueba en contrario, se presumirá que se trata de una entidad controlada para los fines de este artículo, cualquiera sea el porcentaje de participación en el capital, las utilidades o el derecho a voto que tenga directa o indirectamente el contribuyente constituido, domiciliado, establecido o residente en Chile, cuando aquella se encuentre constituida, domiciliada o residente en un país o territorio de baja o nula tributación.

Del mismo modo, se presume que se trata de una entidad controlada cuando el contribuyente constituido, domiciliado, establecido o residente en Chile tenga, directa o indirectamente, una opción de compra o adquisición de una participación o derecho en dicha entidad, en los términos de los literales i), ii) o iii) anteriores.

Para los efectos señalados, no se considerarán como personas o entidades relacionadas el controlador que sea una entidad no constituida, establecida, ni domiciliada o residente en Chile, que a su vez no sea controlada por una entidad local. (...)

De la lectura de la apertura de la norma, podemos obtener algunas impresiones. La primera, es que la frase “*no obstante lo dispuesto en el artículo 12*”, daría a entender que la tributación sobre base percibida sigue siendo la regla general, y la norma CFC, la excepción. Esto podría tener importantes consecuencias a la hora de interpretar la norma ya que, por regla general, las interpretaciones de normas excepcionales suelen ser más restrictivas. No obstante, si consideramos el fin de la norma como anti elusiva, esa afirmación puede cuestionarse.

Una segunda conclusión es que es un requisito para su aplicación que los contribuyentes o patrimonios de afectación —que controlan las CFC— sean residentes o se encuentren domiciliados o constituidos en Chile. Lo que llama la atención es que se incluye de manera expresa a los patrimonios de afectación. Esto es novedoso, por cuanto los patrimonios de afectación no tienen un gran desarrollo en la legislación nacional y se contemplan, por ejemplo, para el caso de los FIP; a diferencia de los países anglosajones, origen de dichas entidades, en los cuales son más comunes.

Una tercera conclusión es que los sujetos deben controlar directa o indirectamente una entidad en el extranjero.

Una cuarta conclusión, o más bien una consecuencia, es que los contribuyentes deberán reconocer en Chile por esta norma sólo aquellas rentas que califiquen como pasivas, ya sean percibidas o devengadas.

A continuación, estudiaremos los elementos indicados en la letra A del artículo 41 G de la LIR precedente, diferenciando según los sujetos involucrados y las distintas hipótesis de control.

5.3.1 Sujetos del artículo 41 G de la LIR

5.3.1.1 Controlador del CFC

El legislador determinó quiénes son los sujetos llamados a reconocer en Chile las rentas pasivas. Para estos efectos, el inciso primero del artículo 41 G dispone que serán *“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.”*

Aunque la norma no lo señala, por “contribuyentes” —indica la Circular— debemos entender la definición que entrega el Código Tributario en el N° 5 del artículo 8, el que dispone que para los fines de dicho Código y demás leyes tributarias (e.g. LIR), se entenderá por contribuyente a: (i) las personas naturales; (ii) las personas jurídicas, y; (iii) a los administradores y tenedores de bienes ajenos afectados por impuestos.

A su vez, estos contribuyentes pueden ser definidos de la siguiente manera:

- i. Personas naturales: Se define a las personas naturales como todo individuo de la especie humana, cualquiera sea su edad, sexo, estirpe o condición.²⁵
- ii. Personas jurídicas: Personas jurídicas son un ente ficticio, capaz de ejercer derechos y de contraer obligaciones, además de contraer obligaciones civiles y de ser representada judicial y extrajudicialmente.
- iii. Administradores y tenedores de bienes ajenos afectados por impuestos: Estos contribuyentes: (i) deben estar domiciliados, establecidos, ser residentes o

25 Servicio de Impuestos Internos. Diccionario Contable. Disponible en línea: <http://www.sii.cl/diccionario_tributario/dicc_p.htm> Consultado en mayo de 2019.

constituidos en Chile, y; (ii) a través de los cuales se controlen directa o indirectamente entidades sin domicilio ni residencia en el país. Respecto a éstos, el SII ha señalado que el propósito del legislador al extender ese concepto a los administradores y tenedores de bienes ajenos es el que se dé cumplimiento a las obligaciones tributarias por parte de las personas que actúan como representantes, o más aun, a quienes detentan bienes ajenos sin poseer título alguno que les confiera algún derecho sobre ellos.²⁶

Adicional a los conceptos mencionados, la Circular precisa que debe incluirse dentro de la definición de contribuyente el concepto de establecimientos permanentes situados en Chile. Ello, según las recomendaciones de la OCDE que señalamos anteriormente.

Por su parte, por patrimonios de afectación la Circular establece que se comprenden dentro de la definición a aquellos conjuntos de bienes valorables en dinero y destinados a la realización de un fin específico. Estimamos que al menos las siguientes entidades o relaciones jurídicas pueden ser comprendidos dentro de esta clasificación de patrimonios de afectación:

- i. Fondos de Inversión y Fondos Mutuos: La Ley N° 20.712, Ley Única de Fondos (“LUF”), define a estos Fondos como un patrimonio de afectación integrado por aportes realizados por partícipes destinados exclusivamente para su inversión en los valores y bienes que esta ley permita, cuya administración es de responsabilidad de una administradora.
- ii. Trusts: Para efectos tributarios, se ha definido a los *trusts* extranjeros —a los anglosajones— como relaciones legales, por acto inter vivos o mortis causa, por una persona, el constituyente, mediante la transmisión o transferencia de bienes, los cuales quedan bajo el control de un *trustee* en interés de uno o más beneficiarios o con un fin determinado.²⁷
- iii. Bienes constituidos en fideicomiso: El Código Civil señala en su artículo 733 que se llama propiedad fiduciaria la que está sujeta al gravamen de pasar a otra persona, por el hecho de verificarse una condición. La constitución de la propiedad fiduciaria se llama fideicomiso.

26 Servicio de Impuestos Internos, Oficio N° 492 de 1995

27 Servicio de Impuestos Internos, Oficio N° 2390 de 2015

Se debió incluir este concepto de patrimonios de afectación en forma separada al de contribuyentes, ya que éstos en la mayoría de los casos, no se encuadran dentro del concepto de contribuyentes señalado anteriormente. Es más, en el caso de los Fondos, por ejemplo, la LUF dispone expresamente que los fondos de inversión y fondos mutuos no serán considerados contribuyentes del Impuesto de Primera Categoría²⁸; por tanto, de no haber sido incorporada esta precisión, hubiesen quedado fuera del alcance de la norma.

Dentro de los controladores también se incluye el concepto de “entidad”²⁹, el cual es amplio, comprendiendo todo aquello que funcione como una unidad económica, tenga o no personalidad jurídica, y detentada por un titular unipersonal o pluripersonal, pudiendo abarcar entonces, desde una empresa individual, una sociedad, hasta patrimonios de afectación, comunidades, vehículos de inversión, u organizaciones sin personalidad jurídica.³⁰

Lo anterior es una interpretación que el SII parece extraer de la definición de “entidades controladas”, aunque en línea con la intención de la norma, de no dejar fuera ningún supuesto para dejar de aplicarla. Asimismo, el SII subsana en este punto la omisión del legislador en el concepto de controlador, en las que no se incluirían, en principio, las sociedades de hecho o las comunidades, aunque bien pudiera argumentarse que son “patrimonios de afectación”, lo que, en todo caso, haría redundante la inclusión del concepto de “entidad”.

5.3.1.2 Entidad controlada

Por entidades controladas sin domicilio o residencia en Chile, la letra A del artículo 41 G dispone que se entenderán “*aquellas que, cualquiera sea su naturaleza, posean personalidad jurídica propia o no, tales como sociedades, fondos, comunidades, patrimonios o trusts, constituidas, domiciliadas, establecidas, formalizadas o residentes en el extranjero*”, y que además cumplan con los demás requisitos que establece la norma.

La misma norma ejemplifica como “entidad” a las sociedades, fondos, comunidades, patrimonios o *trusts*. De esta manera, se encuadran en el concepto de entidad

28 Artículo 81, número 1, de la Ley N° 20.712, Ley Única de Fondos

29 Si bien al comienzo del artículo 41 G no se hace referencia a “entidades” para aquellos sujetos obligados a reconocer estas rentas en nuestro país, el número 2) de la letra A indica, a propósito del requisito para entender quién puede controlar una entidad en el extranjero, que “entidades” nacionales también serían controladores.

30 Servicio de Impuestos Internos, Circular N° 40 de 2016, p. 2

controlada cualquier tipo de sociedad, comunidad, fondo de inversión público o privado, patrimonio de afectación o fiduciario, *trust*, u otro vehículo de inversión constituido o establecido en el exterior; elementos que ya fueron analizados en el punto 5.3.1.1 anterior, razón por la cual se dan por reproducido el mismo alcance respecto de este numeral.

A través del Oficio N° 1781 de 2017, a propósito de la consulta de un contribuyente, el SII precisó que el concepto de entidad controlada, al ser amplio, incluye también a los consorcios, *joint ventures*, *partnerships* y en general a todo tipo de entidades transparentes en las que el contribuyente es socio o partícipe (pudiendo o no existir un patrimonio separado del de su titular).

En definitiva, para determinar el tipo de entidades que podrían constituir una CFC, se sigue la recomendación de la OCDE en el Informe Final de definir de manera amplia el tipo de entidades cubiertas, de forma tal que las normas puedan ser aplicables no sólo a sociedades sino también a ciertas entidades transparentes y establecimientos permanentes, en la medida en que tales entidades obtengan rentas que susciten riesgos BEPS y tales riesgos no sean abordados de otra forma.

Esto contrasta, por ejemplo, con la situación de Brasil según hemos revisado anteriormente, país en el cual sólo se comprenden dentro de las normas CFC a las sociedades subsidiarias y las *coligadas*, dejando fuera, por ejemplo, a los establecimientos permanentes y a otras entidades híbridas. Desde este punto de vista, la norma chilena parece ser lo suficientemente amplia para cumplir con los objetivos que persigue la regulación en lo que a las entidades respecta.

5.3.2 Hipótesis de control en el artículo 41 G de la LIR

Luego de revisar qué se entiende por “controlador” y por “entidad controlada” ahora analizaremos los supuestos de control propiamente tales.

5.3.2.1 Control por capital, derecho a utilidades o derecho a votos.

La primera hipótesis de control es por capital, derecho a utilidades o derecho a votos. Se entenderá que la entidad extranjera es controlada por contribuyentes residentes o domiciliados en Chile cuando al *“cierre del ejercicio respectivo o en cualquier momento durante los doce meses precedentes, éstos, por sí solos o en conjunto y en la proporción que corresponda, con personas o entidades relacionadas en los términos establecidos en las letras a), b) y d) del artículo 100 de la ley N° 18.045, cualquiera sea la naturaleza de los intervinientes, posean directa o indirectamente, respecto de la entidad de que se trate, el 50% o más de: (i) el capital, o; (ii) del derecho a las utilidades, o; (iii) de los derechos a voto.”*

Algunos comentarios al respecto. El primero dice relación con el porcentaje de participación en el capital, derecho a utilidades o derecho a voto, que en el caso chileno es del 50% para efectos de considerarse como controlador. Esto genera el efecto que, si una sociedad extranjera pertenece en un 50% a dos personas residentes en Chile, dicha CFC tendrá dos controladores afectos a las normas de rentas pasivas (Hurtado, 2018), quienes deberán reconocer las rentas en proporción a su participación.

El segundo es que, como bien comenta Lucero (2018), la ley precisa que los controladores son llamados a reconocer las rentas siempre que al cierre del ejercicio respectivo o en cualquier momento durante los doce meses precedentes, estos controlen la entidad extranjera. Así, podría darse el caso que un contribuyente enajene su participación en la CFC a otro contribuyente chileno el día 30 de diciembre, por ejemplo, y así deje de ser controlador. La pregunta que el autor se plantea es quién o quiénes, y también, cómo deben reconocerse las rentas en ese caso: ¿el que enajenó? ¿el nuevo propietario? ¿ambos? Y más importante ¿por cuánto porcentaje? De la lectura de la norma puede desprenderse que bajo el supuesto planteado ambos deben reconocer las rentas, ya que la norma es expresa al señalar como controlador a cualquiera que sea considerado como tal “*durante los doce meses precedentes*”. Al no existir una regulación expresa para el caso anterior, el autor concluye que lo lógico es que se reconozcan las rentas en proporción al tiempo que cada uno controló la CFC.

Cuando el legislador incluyó hipótesis de control “*durante los doce meses precedentes al cierre del ejercicio*” —siguiendo la recomendación de la OCDE— estaba pensando que el día 30 de diciembre el controlador podría enajenar su participación a otra entidad extranjera, y así, al dejar de considerarse como controlador al cierre del ejercicio, podría burlar la norma y evitar que se tributara en el país del controlador. No obstante, aun en dicha circunstancia, omitió regular expresamente cómo debía reconocer las rentas aquél que enajenó su participación. Con todo, pareciera que lo lógico —y justo también, si se quiere— que ello sea en proporción al tiempo controlado.

En tercer lugar, la norma hace una remisión expresa a la Ley de Mercado de Valores (“LMV”) en cuanto a las normas de relación, disponiendo al efecto que serán las letras a), b) y d) del artículo 100 de dicho cuerpo normativo las que establecerán cuando existe relación.

El artículo 100 de la LMV dispone que son relacionados con una sociedad: (i) las entidades del grupo empresarial al que pertenece la sociedad; (ii) las personas jurídicas que tengan, respecto de la sociedad, la calidad de matriz, coligante, filial

o coligada, y; (iii) 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. En relación a esto último, el artículo 98 de la LMV define acuerdo de actuación conjunta como una convención entre dos o más personas que participen simultáneamente en la propiedad de una sociedad, directamente o a través de otras personas naturales o jurídicas controladas, mediante la cual se comprometen a participar son idéntico interés en la gestión de una sociedad. Se presume tal acuerdo entre una persona y su cónyuge o parientes hasta el segundo grado de consanguinidad.

De esta manera, existe la interrogante si acaso una CFC, que tiene como propietarios a 4 personas naturales (una madre y sus tres hijas, por ejemplo), cada una de ellas con el 25% de participación, se puede entender que, al existir una relación de parentesco, sean consideradas como controladores en virtud del artículo 41 G de la LIR. Al respecto, el SII ha interpretado que no hay relación entre una persona y su cónyuge o sus parientes, sino que, entre cualquiera de éstos y la sociedad respectiva.³¹ En definitiva, no deberán sumar sus participaciones para efectos de determinar si existe control en los términos de la norma CFC, por cuanto aquellos no deben considerarse relacionados entre sí.³²

En este caso, además surge la interrogante si dado que la norma no sólo contempla a contribuyentes, sino que también a entidades —concepto conforme hemos señalado es bastante amplio—, pudiera entenderse que existe una organización o unidad económica entre la madre y sus tres hijas, por hecho de actuar concertadas o por la relación de parentesco, por ejemplo. Sin embargo, la administración tributaria no optó por esta posibilidad.

31 Servicio de Impuestos Internos, Oficio N° 363 de 2018. Esta interpretación va en línea con lo que ha señalado la Comisión para el Mercado Financiero (ex SVS), órgano encargado de regular e interpretar la LMV. Así, a través del Oficio Ord. N° 3267, de 31.01.2017, dicho órgano señaló que: *“En cuanto a las consultas referidas a la posibilidad que personas naturales (que sean hermanos o primos) puedan ser consideradas personas relacionadas entre sí, cabe señalar que conforme a lo dispuesto en el artículo 100 de la LMV, las personas relacionadas -en todas las hipótesis contenidas en dicha disposición legal- se encuentran vinculadas “con una sociedad”, es decir, la ley define la “relación” entre personas siempre respecto de una sociedad y no respecto de personas naturales. De esta forma, la legislación establece que una persona natural puede ser relacionada con una sociedad, pero no contiene casos en los cuales una persona natural pueda estar “relacionada” con otra persona natural. De lo cual podemos colegir que no sería factible establecer que personas naturales puedan ser consideradas relacionadas entre sí a la luz de la LMV”.*

32 Servicio de Impuestos Internos, Oficio N° 705 de 2018

Como puede apreciarse, el legislador chileno decidió incorporar, en este punto, parte de las recomendaciones contenidas en el Informe Final de la OCDE sobre el control jurídico de la entidad extranjera, estableciendo como requisito el que tenga un 50% o más de participación en ella. Asimismo, se regula a las partes relacionadas para efectos que, por medio de la creación artificial de otras entidades, no disminuyan su participación en la CFC y así esquiven la aplicación de la norma, disponiendo que las participaciones de tales sujetos relacionados deberán sumarse a la hora de evaluar el requisito de control.

5.3.2.2 Control por facultades de administración

La norma también indica que se considerarán entidades extranjeras controladas cuando los contribuyentes residentes o domiciliados en Chile, directa o indirectamente, por sí o a través de partes relacionadas: (i) puedan elegir o hacer elegir a la mayoría de los directores o administradores de las entidades en el exterior, o; (ii) posean facultades unilaterales para modificar los estatutos, o; (iii) posean facultades para cambiar o remover a la mayoría de los directores o administradores.

Es decir, se contempla la recomendación del Informe Final de incorporar hipótesis de control de facto, por facultades de administración en la entidad controlada. No obstante, como vimos, dicho informe reconoce que un test de control de facto aumenta la complejidad y los costos de cumplimiento y de fiscalización de las normas (OCDE, 2015).

Ante esto, Lucero (2018) señala que cabe preguntarse qué ocurre, por ejemplo, cuando un contribuyente es considerado controlador por poseer facultades para elegir a la mayoría de los administradores de la entidad extranjera, pero éste no posee participación alguna en el capital, derecho a las utilidades o derecho a voto de la entidad extranjera.

Las instrucciones del SII en la Circular señalan respecto a este punto que *“en los demás supuestos de control contemplados en la norma (...) se entenderá por proporción a la participación el grado directo o indirecto de control efectivo que se tenga en la entidad controlada. Este grado de control será acreditado por el contribuyente de acuerdo a las normas generales, sin perjuicio del análisis y conclusiones que este Servicio efectúe al respecto en un proceso de fiscalización.”*

Frente a esto, el autor plantea que dichas instrucciones no señalan qué debe entenderse por grado de control efectivo ni tampoco establece criterios objetivos ni subjetivos que permitan determinar los casos en que dicho grado de control se configuraría, limitándose a que se acreditan de acuerdo a las normas generales. La solución —propone— es un cambio normativo incorporando un numeral en el

artículo 41 G que establezca que, frente al control de facto, deberán reconocerse las rentas en la medida que, a su vez, el contribuyente tenga derechos sobre el capital o utilidades, caso en el cual las rentas pasivas deberán reconocerse en proporción a su participación en dicho capital o utilidades (Lucero, 2018).

Esta propuesta parece razonable, por cuanto ayudaría con la certeza jurídica. La *Australian Taxation Office* —Oficina de Impuestos de Australia— ya optó por esta solución interpretativa en el año 2008 frente a un problema similar, indicando que sólo cuando un controlador australiano tiene intereses directos o indirectos en la propiedad de un CFC, el test de control de facto dará lugar a un porcentaje de atribución para el contribuyente; de lo contrario, no existirá tal atribución.³³ No obstante, la diferencia es que la norma australiana se refiere a “intereses directos o indirectos”, por lo que su test pareciera ser más amplia que los meros derechos sobre el capital o utilidades, pero a la vez, otorga un límite, por cuanto una vez descartado el interés, no se deberá atribuir la renta.

Con todo, por otro lado, existe el temor que un cambio legislativo como el propuesto pudiera ser un espacio para esquivar la norma. Precisamente, la intención de estas disposiciones es actuar como un efecto disuasorio en hipótesis de control distintas a las del capital o utilidades. En ese sentido, el reconocimiento de rentas en “*proporción a la participación*” para la hipótesis de control de facto del que habla la Circular, y que se efectuará según “*el grado directo o indirecto de control efectivo que se tenga en la entidad*”, son situaciones casuísticas, que variarán conforme a la prueba que pueda producirse, y a la forma en la cual el SII y/o el contribuyente puedan determinar que dicho control existe de acuerdo a las facultades de administración; todo ello con independencia de su participación en dicho capital o utilidades.

Bajo esta lógica podría decirse que, de seguir una propuesta como la planteada por el autor, en el caso que un contribuyente no tenga participación en una CFC, por ejemplo, pero se establezca que en realidad éste ostenta la calidad de administrador pudiendo modificar los estatutos y, en definitiva, ejerciendo el control de facto de la entidad, no deberá atribuírsele renta alguna. Sin embargo, la postura de reconocer las rentas en relación al control efectivo en la entidad pareciera ser lo más lógico basado en los fines de la regulación; de lo contrario, no tendría sentido una disposición como el control de facto sólo para determinar que una persona controla la entidad, pero no para establecer su consecuencia: la tributación por las rentas en proporción a dicho control.

33 Orbitax, CFC attribution based on de-facto control test clarified. En línea: <<https://www.orbitax.com/news/archive.php/CFC-attribution-based-on-de-fa-1124>> Consultado en mayo de 2019.

Si bien se ha reconocido que el control de facto es en sí mismo polémico debido a su grado de complejidad —así lo señala la propia OCDE—, no es menos cierto que toda norma anti elusiva (sea general o especial) conlleva necesariamente un grado de incertidumbre. De esta manera, una solución alternativa podría ser un cambio legislativo intermedio que indique que, frente a la hipótesis de control de facto, las rentas deberán reconocerse sólo cuando se determine que el contribuyente tiene un interés directo o indirecto en la propiedad de un CFC, tal como lo hace la norma australiana. Con todo, todavía alguien podría preguntarse qué debemos entender por interés o indirecto. Como en este punto la norma no puede ponerse en todos los casos posibles, sería tarea del intérprete otorgar directrices al respecto. A modo de ejemplo, este interés podría estar dado por la relación contractual entre el contribuyente y la CFC.

Otra posible solución además de la señalada, o complementaria a ella —aunque no menos problemática—, sería un cambio legislativo en el sentido de establecer una presunción simplemente legal de renta para el caso del control de facto. En definitiva, si se determina que un contribuyente controla la entidad o posee intereses directos o indirectos en ella, pero no posee participación, por ejemplo, la norma le establecerá una presunción de porcentaje de atribución, salvo prueba en contrario del contribuyente.

En definitiva, como hemos visto no existe una sola solución al problema planteado. Es más, muchos países incluso han evitado establecer hipótesis de control de facto precisamente por los problemas que genera una disposición que es más bien subjetiva.

Finalmente, agregar que el legislador nacional sólo decidió incluir en el artículo 41 G de la LIR tests de control jurídico (analizado en el numeral anterior) y de facto, dejando fuera de la norma las recomendaciones relativas a: (i) incorporar normas sobre actuación en conjunto con partes no relacionadas; (ii) incluir un test de control económico para situaciones especiales como liquidación o disolución de la sociedad³⁴, o; (iii) establecer un criterio de control basado en la consolidación.

34 Aunque sí contempla el “derecho a las utilidades”, que algunos consideran más bien como parte del test de control económico que un test jurídico propiamente tal. Lo anterior, debido a que el Informe Final sólo incluye dentro del control jurídico el porcentaje de participación o derechos a voto, y no los beneficios. No obstante, el test de control económico regula situaciones especiales, como los beneficios en la disolución o liquidación, o derechos sobre el activo subyacente, cuestiones no incluidas en la norma chilena, razón por la cual en nuestra opinión no se contempla el test de control económico propiamente tal.

5.3.2.3 Presunción de control por entidad controlada domiciliada en un país de nula o baja tributación

Al estar domiciliada la CFC en un paraíso fiscal anteriormente señalamos que la norma presume: (i) el monto de las rentas, y; (ii) que sus rentas son pasivas. En este caso, la ley también presume que por estar domiciliada en alguno de esos países se trata de una entidad controlada, “*cualquiera sea el porcentaje de participación en el capital, las utilidades o el derecho a voto que tenga directa o indirectamente el contribuyente constituido, domiciliado, establecido o residente en Chile.*”

En este punto, algo que pudiera ser relevante es que el control se presume con independencia del porcentaje de participación; basta tener un 0,1% de una entidad domiciliada en British Virgin Islands (“BVI”), por ejemplo, para considerarse controlador. Con todo, la norma permite desvirtuar esta presunción. En la práctica aquello pudiera resultar difícil. Una forma de hacerlo podría ser probando que en realidad otro contribuyente controla la CFC, y no el contribuyente que se presume; en otras palabras, demostrando que otra persona o entidad tiene más del 50% del capital, por ejemplo, y que en realidad esa persona es controladora. Aunque, de nuevo, el probar un hecho negativo podría resultar complejo.

5.3.2.4 Presunción de control por opción de compra

Del mismo modo, se presume que se trata de una entidad controlada cuando el contribuyente nacional tenga, directa o indirectamente, una opción de compra o adquisición de una participación o derecho en dicha entidad, y aquello le permite obtener un 50% o más del capital, derecho a utilidades o derecho a votos.

Al igual que en el caso anterior, esta presunción puede ser desvirtuada por el contribuyente, aunque en la práctica resulta complejo visualizar cómo podría hacerlo. Un ejemplo de estas dificultades sería el siguiente caso: Sociedad A chilena y Sociedad B chilena tienen el 75% y 25% de participación, respectivamente, en Sociedad C, entidad extranjera que genera rentas pasivas. En principio, Sociedad A es la empresa que controla C y deberá reconocer en Chile dichas rentas. No obstante, existe un acuerdo de opción de compra del 100% de las acciones de la Sociedad A, que beneficia a la Sociedad B, en caso que se den determinadas condiciones del mercado.

En el ejemplo anterior, Sociedad A es en principio la controladora, por cuanto tiene más del 50% del capital de C. Sin embargo, en virtud de esta disposición en análisis, entenderíamos que Sociedad B también sería controladora, al tener un acuerdo de opción de compra por el 100% de la Sociedad C, aun cuando no lo haya ejercido todavía. En consecuencia, podemos preguntarnos, ¿ambas entidades (A y B) deberán reconocer en Chile las rentas generadas por C? ¿o sólo un contribuyente?

Una solución interpretativa —aunque pudiera ser forzosa— podría ser entender que como esta disposición se remite a los casos de control según participación de 50% o más del capital, derecho a utilidades o derecho a votos, y éstos a su vez, deben ocurrir al término del ejercicio o “*durante los doce meses precedentes*”, ella se refiera especialmente a esta última circunstancia. Así, si en el ejemplo anterior la Sociedad B suscribió la opción de compra en febrero, por ejemplo —es decir durante los doce meses precedentes—, pero en diciembre no ejerció dicha opción, sólo le correspondería reconocer las rentas a la Sociedad A, por considerarse ésta controladora. Por supuesto, en este caso la carga probatoria recaería sobre el contribuyente; es decir, podría desvirtuarse la presunción argumentando que no se ejerció la opción de compra durante dicho ejercicio y que otro es controlador.

Finalmente, otra interpretación más simple sería derechamente entender que, cuando la hipótesis de control se cumple, ésta excluye a aquella que se produce por la presunción.

5.3.2.5 Casos especiales de existencia o inexistencia de control

La Ley N° 20.899 de 2016 extendió el concepto de control al considerar como entidad controlada a aquellas que a su vez estén bajo el control de una entidad controlada directa o indirectamente por los controladores; es decir, se buscó evitar la interposición de sociedades con el mero afán de evitar el control. Así, estas sociedades “instrumentales” se consideran transparentes y deberán reconocer las rentas en Chile.

Lo anterior puede ejemplificarse de la siguiente manera: la Sociedad A, domiciliada en Chile, participa en un 60% en la Sociedad B, domiciliada en el extranjero. A su vez, la Sociedad B participa en un 55% en la Sociedad C, domiciliada en el extranjero, y se generan rentas pasivas. Como puede apreciarse, la Sociedad A tiene un control indirecto en la Sociedad C. La OCDE explica en el Informe Final que, a pesar de tener un control jurídico limitado, la Sociedad B ostenta un control económico suficiente como para ejercer influencia sobre la CFC, y la matriz, a su vez, tiene suficiente control económico para ejercer influencia sobre la Sociedad B, por lo que se recomienda que las normas consideren que la matriz tiene suficiente influencia sobre la entidad extranjera cuando el umbral de control se satisfaga en cada uno de los niveles de la cadena de propiedad. No obstante, la cuantía de renta atribuible a la matriz debería quedar limitada a su participación del 33% en Sociedad C (60% x 55%).

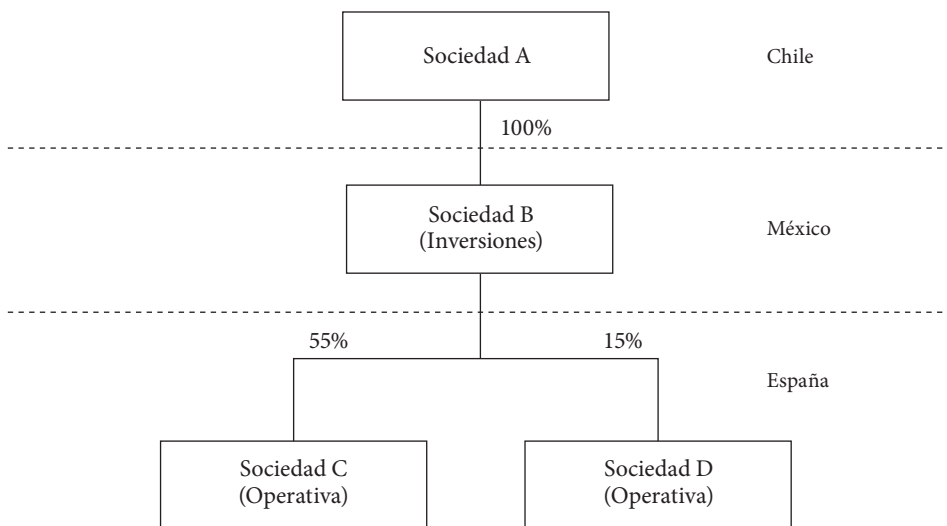
Finalmente, la norma dispone que no se considerarán como personas o entidades relacionadas el controlador que sea una entidad no domiciliada en Chile, que a su vez no sea controlada por una entidad local. Lo anterior excluye de control, por ejemplo, a la sociedad matriz de una entidad chilena, sobre la cual esta última no tiene control.

6. ESQUEMAS Y ALGUNAS CONSIDERACIONES FINALES SOBRE EL CONTROL INDIRECTO Y LAS PRESUNCIONES

Conforme hemos estudiado, para que un contribuyente residente o domiciliado en Chile deba reconocer las rentas en virtud del artículo 41 G de la LIR, éste debe tener control sobre la CFC, y además dichas rentas calificarse como rentas pasivas. Sin embargo, la norma presenta una serie de situaciones particulares que pueden ser explicadas a través de esquemas, sobre todo aquellas relacionadas con el control indirecto y con las presunciones sobre países de nula o baja tributación.

En consecuencia, en la presente sección observaremos un par de esquemas.³⁵

ESQUEMA N° 1



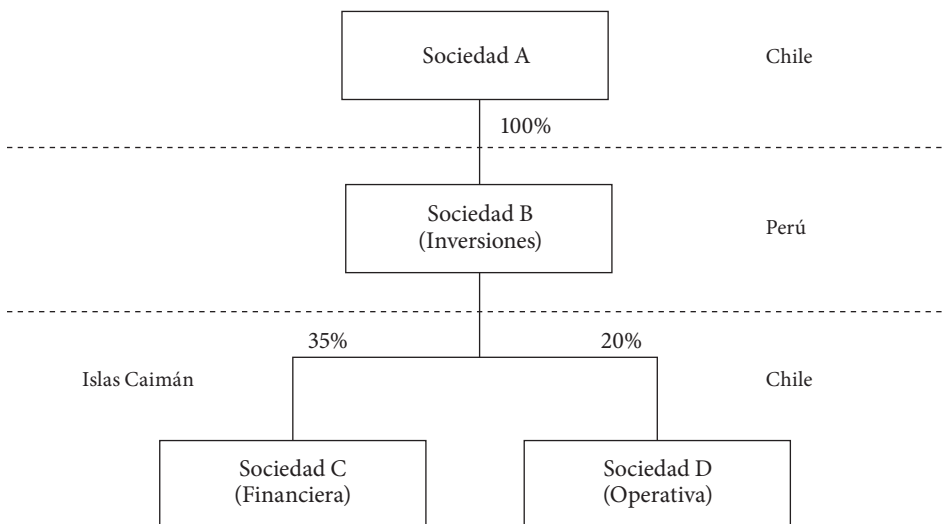
En el caso planteado, la Sociedad A, chilena, controla en un 100% a Sociedad B, que es una sociedad de inversiones domiciliada en México. Luego, esta entidad mexicana —que funciona como holding del grupo en el extranjero— posee un 55% de participación en Sociedad C, y un 15% en Sociedad D, ambas españolas. Tanto C como D son entidades operativas, dedicadas al negocio de la energía.

³⁵ En los esquemas se asumirá que ninguna de las exclusiones señaladas en el número 4.3.3 del presente documento es aplicable.

Supongamos que la Sociedad C reparte dividendos B quien a su vez las reparte a la Sociedad A. En este caso, en principio, dicha renta sería considerada como pasiva, por cuanto los dividendos se consideran como tales y B es controlada. No obstante, vimos que la norma CFC chilena otorga una excepción cuando los dividendos provienen, a su vez, de una entidad que es controlada y operativa. En este caso, la ley señala que no se considerarán como rentas pasivas, no tributando conforme el artículo 41 G. En consecuencia, en el caso planteado, la Sociedad A no deberá reconocer como rentas pasivas cuyo origen proviene desde la Sociedad C.

Por otro lado, en caso de reparto de dividendos desde B, que tiene como origen rentas provenientes desde la Sociedad D, sí deberán ser reconocidas por la Sociedad A, por cuanto la excepción señalada anteriormente sólo aplica respecto de entidades controladas, que a su vez controlen otras entidades. En este caso, si bien A controla a la Sociedad B, B no controla a la Sociedad D, razón por la cual se entiende que dichas rentas deberán ser reconocidas conforme al artículo 41 G, aun cuando su origen provenga de una entidad operativa.

ESQUEMA N° 2



Similar al esquema anterior, la Sociedad A, chilena, controla en un 100% a Sociedad B, que es una sociedad de inversiones domiciliada en Perú. Luego, esta entidad peruana —que funciona como holding del grupo en el extranjero— posee un 35% de participación en Sociedad C, domiciliada en Islas Caimán y dedicada al financiamiento del grupo, y un 20% en Sociedad D, domiciliada en Chile, entidad operativa dedicada al negocio de la minería.

Para el caso de un reparto de dividendos desde la financiera C, hacia B, y luego desde B hacia la Sociedad A, por el hecho de estar C domiciliada en Islas Caimán —un país considerado de nula o baja tributación—, se presumirá que existe control (aun cuando tenga 35% de participación en ella) y que tales rentas tienen la calidad de rentas pasivas. En consecuencia, el contribuyente chileno deberá reconocer las rentas como pasivas, salvo que éste sea capaz de desvirtuar dicha presunción.

Por su parte, en el caso que las rentas con destino a la Sociedad A tengan como origen la sociedad D, aun cuando ésta sea una entidad operativa domiciliada en Chile, por el hecho de existir el holding peruano, los dividendos se considerarán como rentas pasivas y provenientes de una entidad no controlada (Sociedad B sólo participa en un 20% en Sociedad D); en consecuencia, no aplica la excepción que contiene el artículo 41 G, y la Sociedad A deberá reconocer las rentas como devengadas y tributar conforme a la norma CFC.

En este último caso, al ser la norma tan amplia y no generar distinciones, se da el caso que rentas que tienen como origen una entidad operativa en Chile (Sociedad D), se transforman en pasivas por existir una estructura en la cual existe una entidad extranjera que reparte los dividendos a otra entidad nacional, algo que en principio no tendría mucho sentido en virtud de las normas CFC.

7. CONCLUSIONES

La incorporación del artículo 41 G en la Ley de Impuesto sobre la Renta en la reforma de 2014 responde a los esfuerzos de la OCDE por combatir el diferimiento y la elusión de impuestos a nivel internacional, a través del traslado artificial de rentas entre diferentes Estados.

Observamos que la estructura de la norma chilena sigue, en general, las recomendaciones del Informe Final de la Acción 3 del Proyecto BEPS. En este sentido, la norma recoge una definición de CFC, de entidad controlada, de rentas

pasivas, la forma en cómo se atribuirán esas rentas a los contribuyentes chilenos y el crédito otorgado, y finalmente, normas administrativas y de información a la autoridad tributaria.

En cuanto al requisito de control y a las entidades que intervienen en el mismo, se establece una definición amplia tanto de controlador como de entidad controlada, por lo que prácticamente todos los tipos jurídicos se encuentran contemplados en la norma. Ello incluye a sociedades, *trusts*, patrimonios de afectación, fondos de inversión, consorcios, *joint ventures*, establecimientos permanentes, sólo por nombrar algunos.

Frente a las hipótesis de control, en cambio, la norma incluyó dos de los cuatro tests de control recomendados por la OCDE: el control jurídico —por capital, derecho a utilidades o derecho a votos— y el control de facto —por facultades de administración—. El primero de ellos presenta discusiones interesantes, como la atribución de rentas para quienes ejercieron el control “*dentro de los 12 meses precedentes*” pero enajenaron su participación, o el caso de personas naturales con relaciones de parentesco que controlan entidades extranjeras, en que ya existe un pronunciamiento interpretativo del SII al respecto.

Por su parte, el control por facultades de administración es el que presenta mayores desafíos, ya que, por su naturaleza subjetiva, algunos autores estiman que podría no cumplir con el principio de certeza jurídica. Incluso, se han propuesto cambios legislativos al respecto, aunque como vimos, esto podría ser cuestionable al no existir una única solución a dicho problema, más aún si consideramos los fines que persigue tal disposición.

Finalmente, la norma CFC chilena también incluye presunciones, en línea con las recomendaciones de la OCDE. Por ejemplo, contempla presunción de control cuando existe una opción de compra, o cuando la entidad extranjera se encuentra domiciliada en un país de baja o nula tributación. Además, por razones de conveniencia, se regulan casos de cuando estamos frente a control indirecto y de las exclusiones del mismo.

8. BIBLIOGRAFÍA

Abugattas, Paula (2014), *Análisis crítico a las nuevas normas CFC introducidas en la Ley 20.780*, Anuario de Derecho Tributario UDP, Universidad Diego Portales, Chile

Araya, Paola (2016), *Cumplimiento tributario de las Rentas Pasivas*, Tesis para optar al grado de Magíster en Tributación, Universidad de Chile, Chile

Bustos, Andrés (2017), *Reglas CFC y su aplicación en América Latina: El caso particular de Chile*, Memorias del Premio Latinoamericano de Investigación, IFA Latinoamérica, Argentina

Chacra, Stephanie (2016), *Aplicación del Artículo 41 G de la Ley sobre Impuesto a la Renta a los Trusts*, Tesis para optar al grado de Magíster en Derecho Tributario, Universidad de Chile, Chile

Fundación Impuestos y Competitividad (2015a), *Plan de Acción BEPS - Acción 15: desarrollar un instrumento multilateral que modifique los convenios bilaterales*, España

Fundación Impuestos y Competitividad (2015b), *Plan de Acción BEPS - Acción 3: Diseñar normas de Transparencia Fiscal Internacional Eficaces*, España

Hurtado, Hugo (2018), *Tributación Internacional*, Thomson Reuters, Chile

Jaque, Javier (2010), *Principios e Introducción a la Doble Tributación Internacional*, Revista de Estudios Tributarios N°2 del Centro de Estudios Tributarios de la Universidad de Chile, Chile

Lucero, Gonzalo (2018), *Análisis Crítico de Problemas de Interpretación Que Existen en Torno a la Aplicación del Artículo 41 G de la Ley sobre Impuesto a la Renta*, Tesis para optar al grado de Magíster en Derecho Tributario, Universidad de Chile, Chile

OCDE (2013), *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*. En línea: <<https://www.oecd.org/ctp/BEPSActionPlan.pdf>>

OCDE (2015), *Designing Effective Controlled Foreign Company Rules, Action 3 – 2015 Final Report*. En línea: <<http://www.oecd.org/ctp/designing-effective-controlled-foreign-company-rules-action-3-2015-final-report-9789264241152-en.htm>>

Osorio, Hugo (2010), *Evitando Monstruos: Análisis Comparativo de las Normas sobre Sociedades Extranjeras Controladas*, Revista de Derecho, Universidad Austral de Chile, Chile

Pederna, Juan José (2015), *Análisis de la Doble Tributación Internacional: Aspectos Relevantes*”, Universidad Nacional de Cuyo, Argentina

Velasco, Camila (2017), *CFC Rules: An Evaluation Of Brazilian Legislation And BEPS Action 3: Should Brazil Change Its National Law To Be In Line With OECD BEPS Action 3?*, Tilburg University, Países Bajos