

## CORPORACIONES EXTRANJERAS CONTROLADAS

### CONTROLLED FOREIGN CORPORATIONS

*Matías Cristóbal Pascuali Tello\**

#### *Resumen*

Este artículo tiene por finalidad el analizar a nivel nacional e internacional la institución de las CFC y su regulación, además se revisa que ha pasado a lo largo de la historia en lo relativo a su relación con la red de tratados internacionales de doble tributación, luego se hace un análisis de la nueva normativa chilena que regula esta institución y termina revisando la eventual posibilidad que esta normativa pudiese ser impugnada por presentar posibles vicios de inconstitucionalidad.

Palabras claves: CFC, elusión tributaria, tributación internacional.

#### *Abstract*

This article aims to analyze at a national and at an international level the institution of the CFC and its regulation also revising what has happened throughout history regarding its relationship with the international network of double taxation treaties, then there is an analysis of the new Chilean regulations regarding this figure and ends reviewing the eventual possibility that this legislation could be challenged because of possible elements of unconstitutionality.

Keywords: CFC, tax avoidance, international taxation, deferral.

#### *Introducción*

La mayoría de las grandes economías mundiales tienen legislación o normas antielusión destinadas a prevenir las pérdidas de recaudación

---

\* Licenciado en Derecho por la Pontificia Universidad Católica de Chile. Magister International Trade and Commercial Law en Oxford Brookes University; Magister Tax en King's College, University of London. Artículo recibido el 28 de enero de 2015 y aceptado el 1 de marzo de 2015. Correo electrónico [matias.pascuali@gmail.com](mailto:matias.pascuali@gmail.com)

tributaria producto del hecho que sus residentes no repatrien sus ingresos obtenidos en el extranjero, especialmente relacionados con ingresos por inversiones pasivas o inversiones de cartera.

En la mayoría de los sistemas tributarios a nivel mundial el ingreso o renta de fuente extranjera sólo tributa cuando esta renta es remitida al país de residencia del contribuyente.

En el caso de empresas transnacionales, por regla general, la normativa antielusión que les es aplicable se enfoca, en gran medida, al caso del establecimiento de empresas subsidiarias en paraísos fiscales. A este tipo de legislación se le denomina *anti haven legislation*, esta normativa busca evitar el diferimiento e incluso la elusión de impuestos en el país de residencia de la empresa matriz. Esta normativa actúa considerando la renta y utilidades de la subsidiaria domiciliada en el paraíso tributario como rentas de la matriz, a estas normas se les conoce como “CFC”, concepto que puede traducirse como normas de empresas extranjeras controladas.

Sin embargo esta normativa ha sido fuente de gran discusión, ya que ha sido afirmado por muchos que estas normas atentan contra los tratados internacionales de doble tributación existentes (basados en los modelos OCDE y ONU), a pesar de que la OCDE en principio ha aceptado estas normas en distintas legislaciones ha habido fallos en uno y otro sentido.

El año 2014 en Chile se dictó una reforma tributaria de grandes proporciones y que incluye el establecimiento de normas CFC, este trabajo pretende en primer lugar explicar en qué consiste esta figura, cuál ha sido su desarrollo en otras legislaciones, luego hacer un análisis de la legalidad o compatibilidad de estas normas con la red de tratados internacionales de doble tributación revisando los fallos que se han dictado en uno y otro sentido para finalizar con un análisis de la normativa chilena, para concluir preguntándonos sobre la posibilidad que la forma en que la Ley de la Renta estableció esta regulación pueda atentar contra los principios establecidos en la red de Tratados Internacionales de Doble Tributación Suscritos por Chile e incluso la eventual posibilidad que estas normas pudiesen llegar a ser inconstitucionales.

### 1) ¿De qué hablamos cuando nos referimos a CFC?

Las rentas que se obtienen desde el extranjero, por regla general, tributan una vez que éstas son percibidas, es decir, una vez que el contribuyente las recibe y las ingresa al país donde es residente, y son tributables en virtud del principio de la renta mundial, este principio establece que un contribuyente tributará en el país que es residente por todas sus rentas,

independientemente donde éstas tengan su fuente. Este principio lo aplican la vasta mayoría de los países para sus residentes.

En virtud de la regla de que las rentas que tienen su fuente en el extranjero sólo tributan una vez que éstas han sido percibidas, es posible diferir el pago del impuesto por dichas rentas manteniéndolas en el extranjero por medio del establecimiento de empresas subsidiarias domiciliadas en otras jurisdicciones (preferiblemente de nula o baja tributación) que actúan como intermediarias manteniendo dichas rentas en dichas subsidiarias.

Para evitar este mecanismo de elusión muchos países han dictado normas específicas que intentan atacar este mecanismo, estas normas son conocidas a nivel comparado como normas CFC, que vienen de la denominación en inglés *Controlled Foreign Corporations* (compañías controladas en el extranjero).

Ahora si queremos conceptualizar la figura diremos que es bastante difícil de definir, sin embargo, básicamente una CFC es una compañía residente en el extranjero controlada por intereses domésticos<sup>1</sup>.

## 2) Regulación de las *Controlled Foreign Corporations* (CFC)

Históricamente, el primer país en regular las compañías controladas en el extranjero y establecer la tributación de rentas pasivas de subsidiarias en el extranjero fue Estados Unidos, el año 1967 mediante la dictación de la Subpart F del Revenue Code, luego la gran mayoría de las grandes economías mundiales han establecido reglas CFC, a inicios de 2015 33<sup>2</sup> países tenían en vigor reglas CFC, además otros han dictado reglas que aún no entran en vigencia<sup>3</sup> o las están discutiendo<sup>4</sup>.

Por regla general y a nivel comparado, en las legislaciones que cuentan con normas CFC, el propósito de estas normas es hacer tributar a una empresa matriz por las rentas pasivas generadas por una subsidiaria domiciliada, por regla general, en un paraíso tributario (empresa controlada o

<sup>1</sup> *Cahiers du Droit Fiscal* 2013, General Report, p. 29

<sup>2</sup> Alemania, Argentina, Australia, Brasil, Canadá, China, Corea del Sur, Dinamarca, Egipto, España, Estados Unidos, Estonia, Finlandia, Francia, Grecia, Hungría, Indonesia, Italia, Islandia, Israel, Japón, Lituania, Méjico, Nueva Zelandia, Noruega, Perú, Portugal, Reino Unido, Sudáfrica, Suecia, Turquía, Uruguay y Venezuela.

<sup>3</sup> Por ejemplo Chile.

<sup>4</sup> Por ejemplo Taiwán, India o Rusia.

CFC), es decir, esta regulación busca evitar el diferimiento internacional de las rentas, haciendo tributar directamente a la matriz, proporcionalmente, por rentas de la subsidiaria, aunque estas rentas no hayan sido retiradas.

Otro elemento distintivo es que la gran mayoría de las legislaciones aplican las normas CFC a las rentas pasivas, estas rentas son aquéllas que no proceden de una operación o industria activa, y son típicamente las rentas provenientes de intereses, dividendos o royalties.

Como vemos las normas CFC son normas especiales antielusión destinadas a evitar el diferimiento de rentas de fuente extranjera, mediante el establecimiento de subsidiarias controladas ubicadas por regla general en paraísos tributarios o en cualquier otra jurisdicción.

Por lo dicho anteriormente, los elementos a nivel comparado para ver si estamos ante una compañía subsidiaria controlada en el extranjero y por lo tanto que sean aplicables las regulaciones CFC son<sup>5</sup>:

- a) Control o el nivel de propiedad. La mayoría de las jurisdicciones exigen que la matriz o contribuyente residente tenga un control de sobre un 50 % de la compañía en el extranjero para calificarla como una empresa controlada, sin embargo hay excepciones, algunas jurisdicciones exigen un control en los hechos o incluso un interés substancial (es decir, participación en la empresa extranjera de al menos un 50 % o incluso algunos países consideran controladas las empresas en el extranjero en que se tiene menos de un 50 % y en que al menos un residente tenga por ejemplo al menos el 40 %), veremos más adelante que Chile ha tomado una forma amplia de determinación de control en base a presunciones, y elementos diferentes, como la capacidad de designar directores o modificar estatutos.
- b) Naturaleza jurídica de la CFC. La empresa subsidiaria ubicada en el extranjero, por regla general, debe ser una corporación, y por corporación entendemos una entidad con personalidad jurídica creada según la legislación en la cual es residente, salvo excepciones, las reglas CFC no consideran trusts o establecimientos permanentes en el extranjero, en este caso Chile ha optado por una concepción amplia incluyendo en su regulación cualquier “entidad” domiciliada en el extranjero.

<sup>5</sup> Estos elementos pueden variar en las distintas legislaciones que regulan las CFC, sin embargo acá presentamos los elementos que generalmente incorporan estas regulaciones a nivel comparado, más adelante veremos algunos ejemplos específicos de legislaciones que regulan este tema.

- c) ¿Qué rentas de la CFC caen dentro de las regulaciones CFC? A nivel comparado existen 2 formas de determinar las rentas que caerán dentro de la regulación<sup>6</sup>:
- el enfoque transaccional, en virtud del cual sólo las operaciones que generen rentas pasivas realizadas por la empresa extranjera controlada serán objeto de tributación en el país de residencia de la matriz, independiente del país en que se generen.
  - el enfoque jurisdiccional o de la locación, en éste caso será objeto de las reglas CFC toda renta proveniente de una subsidiaria que esté domiciliada en una paraíso tributario o jurisdicción de baja tributación, esto usualmente se hace mediante el establecimiento de “listas negras” de jurisdicciones de baja tributación, o mediante el establecimiento de límites mínimos de tasas de tributación<sup>7</sup>.

Como veremos, Chile ha optado por una posición que puede considerarse “dura”, ya que ha optado por considerar ambos criterios, ya que considera las rentas pasivas de la subsidiaria, en el caso que la subsidiaria esté en el extranjero, adoptando el enfoque transaccional. Sin embargo, si la subsidiaria está en un país de baja o nula tributación, adopta el enfoque jurisdiccional y grava cualquier tipo de rentas de la subsidiaria. El único otro país que ha considerado dicha forma de determinación de rentas afectas a reglas CFC es Brasil.

### 3) Casos de países que han establecido regulaciones CFC

A modo de ejemplo veremos cómo han regulado algunos países sus normas antidiferimiento internacional respecto a CFC:

#### ESTADOS UNIDOS

La regulación de las CFC en los Estados Unidos (Subpart F) se encuentra en las secciones 951 a 965 de la ley tributaria del *US Internal Revenue Code*.

Subpart F limita el diferimiento proveniente de ciertos tipos de renta obtenidos por CFCs. Los contribuyentes estadounidenses deben incluir en su renta bruta la parte proporcional de la CFC por su renta anual.

<sup>6</sup> Angharad MILLER y Lynne OATS, *Principles of International Taxation*, p. 357.

<sup>7</sup> Reuven AVI-YONAH, *Global Perspectives in Income Taxation Law*, p. 161.

Subpart F se aplica, por regla general, a compañías extranjeras que sean CFC, es decir, que sean compañías extranjeras controladas. Una CFC para el derecho norteamericano es una compañía extranjera, con accionistas estadounidenses que individualmente tengan directa o indirectamente al menos un 10 % de acciones con derecho a voto de la compañía extranjera, y que en conjunto tengan más del 50 % del derecho a voto o propiedad de las acciones de la empresa extranjera. Estos requisitos se reducen en casos especiales, por ejemplo en caso de compañías de seguros.

La subpart F se aplica a CFCs ubicadas en cualquier jurisdicción. Sin embargo, existen reglas más duras en caso de algunos países denominados *sanctioned countries* (países sancionados).

En cuanto a qué rentas se le aplica la Subpart F, Estados Unidos utiliza una mezcla entre el enfoque transaccional y jurisdiccional haciendo objeto de esta regulación en general a las rentas pasivas, como por ejemplo dividendos, intereses, royalties. Además incluye las rentas provenientes de ciertos tipos de seguros, pero tienen un sustento más político que tributario, como las rentas además rentas provenientes de ciertos países y otras rentas que tienen una naturaleza más política que tributaria como pagos ilegales hechos a un gobierno extranjero.

Como contrapartida existen ciertos beneficios o exenciones destinados a que las rentas atribuidas al contribuyente en Estados Unidos luego al ser efectivamente distribuidas por la empresa extranjera no paguen nuevamente impuesto y sean excluidas de la renta bruta del accionista norteamericano.

### REINO UNIDO

La legislación para hacer tributar las rentas de una compañía controlada en el extranjero se introdujo por primera vez en el Reino Unido en 1984, sin embargo recientemente dicha normativa ha sido objeto de cambios sustanciales<sup>8</sup>.

Esta normativa es aplicable, en términos generales, si la empresa controlada es residente en el extranjero y es controlada desde el Reino Unido, se entiende que una compañía es controlada desde el Reino Unido cuando sus accionistas son capaces de asegurar que los negocios de la compañía son conducidos de acuerdo a los deseos de un residente en el Reino Unido. Esta forma de determinar el control es mucho más amplia, y permite cierta discrecionalidad al momento de determinar la aplicación de esta normativa.

<sup>8</sup> La normativa CFC del Reino Unido se encuentra en la Parte 9A de la *Taxation (International and other Provisions) Act 2010 (TIOPA)*

¿Qué rentas deben declararse en el Reino Unido? Los legisladores en este caso han elegido someter a este régimen todas las rentas proveniente de empresas controlada domiciliadas en el extranjero y establecer una larga serie de excepciones, que hace que ciertas rentas (sino la mayoría) no deban declararse, sin embargo por regla general deben declararse y por lo tanto pagan impuesto en el Reino Unido. Estas excepciones son bastante amplias, por ejemplo, no deben declararse las rentas provenientes de ingresos comerciales, lo que se interpreta como que sólo se aplican a rentas pasivas, sin embargo si dichas rentas pasivas se prueba que son parte de los ingresos de una operación comercial, no deben declararse, también se excluyen las rentas de la empresa controlada en el extranjero cuando se acredita que si bien existe control, quienes administran la compañía en el extranjero lo hacen en forma independiente.

Esta forma de determinar las rentas sujetas a declaración da mayor flexibilidad al momento de emprender una aventura comercial en el extranjero y podría considerarse que es más beneficiosa para el contribuyente, sin embargo da mayor poder a la autoridad, la cual si establece un caso, acreditando fehacientemente la intención de diferir o eludir impuestos, le será más fácil poder dirigirse contra su contribuyente para poder reclamar el pago del impuesto correspondiente.

#### *4) Discusión sobre la procedencia de las normas CFC a nivel comparado e internacional*

Mucho se ha discutido a nivel comparado o en los foros internacionales acerca de la legalidad de las reglas CFC, por legalidad en este caso entendemos la concordancia de la figura de las CFC con el ordenamiento tributario internacional y con la red de tratados existentes, además también se ha discutido, ya al interior de los distintos países que las adoptan, la constitucionalidad de dichas normas.

A nivel internacional la discusión se ha dado a nivel de Estados, en foros internacionales y a nivel doctrinario.

En el ámbito internacional la discusión se ha dado principalmente a propósito de la OCDE y su comentario al modelo de tratado de doble tributación (*Model Tax Convention of Income and Capital*). Este modelo de tratado es usado como base para la gran mayoría de tratados internacionales de doble tributación, tanto por miembros como por no miembros. En relación a este modelo la OCDE dicta comentarios interpretativos de sus normas.

Hasta 1998 la OCDE no zanjaba el problema de la legalidad o si estas normas podían considerarse violaciones a los tratados internacionales, sólo se limitaba a indicar que existían discrepancias entre los Estados, sin embargo el primer giro hacia la aceptación por parte de la OCDE de estas regulaciones se da en el documento denominado *Report on Harmful Tax Competition*. Dicho report señalaba que los países que no tuvieran normas CFC debía considerar incluirlas en sus legislaciones como forma de contrarrestar prácticas tributarias dañinas<sup>9</sup>.

Luego en la versión 2010 del comentario al modelo de tratado internacional, la OCDE entró de lleno al asunto y señala entre otras cosas que “La utilización de sociedades controladas ha de ser combatida con una legislación sobre transparencia fiscal internacional”<sup>10</sup>. Al final del mismo párrafo señala: “aunque algunos países hayan considerado que es útil precisar expresamente en sus convenios que la legislación sobre transparencia fiscal internacional –CFC– no era contraria al Convenio, dicha precisión es innecesaria. Se reconoce que la legislación sobre transparencia fiscal internacional –CFC– que sigue este enfoque no entra en conflicto con las disposiciones del Convenio.” Sin embargo varios países<sup>11</sup> han expresado ser contrarios a esta interpretación presentando observaciones a dicho comentario.

Los artículos del modelo que se ha discutido son violados por la normativa CFC son el artículo 7 (beneficios empresariales) y el artículo 10 (dividendos).

Respecto del artículo 7, que se refiere a los beneficios empresariales, dicho artículo establece que

“Los beneficios de una empresa de un Estado contratante solamente pueden someterse a imposición en ese Estado, a no ser que la empresa realice su actividad en el otro Estado contratante por medio de un establecimiento permanente situado en él”.

Los que señalan que las normas CFC atentan contra éste artículo alegan que básicamente lo que hacen las normas CFC es permitir que un Estado someta a imposición en dicho Estado las rentas de una empresa residente

<sup>9</sup> OECD Comité on Fiscal Affairs, *Harmful Tax Competition* (OECD, 1998, pp. 40-42).

<sup>10</sup> Párrafo 23 del comentario al artículo 1 del *Model tax convention on income and on capital*, versión 2010.

<sup>11</sup> Entre otros han presentado opiniones contrarias a la interpretación de la OCDE Bélgica, Suiza, Luxemburgo y Holanda. Estos países señalan que las normas CFC constituyen violación a la red de tratados existente basados en el modelo OCDE.

en otra jurisdicción, lo que iría en contra del artículo 7. Sin embargo podría sostenerse que lo que se grava no es la renta de la empresa extranjera, sino que se grava la renta que presuntivamente habría recibido el contribuyente del Estado si no hubiese existido un diferimiento artificial en la recepción de la renta.

Respecto del artículo 10, que trata sobre los dividendos pagados por una sociedad residente de un Estado contratante a un residente del otro Estado contratante, en su numeral 5 se establece que

“...ni tampoco (podrá un Estado contratante) someter los beneficios no distribuidos de la sociedad (residente en el otro Estado contratante) a un impuesto sobre las mismas, aunque los dividendos pagados o los beneficios no distribuidos consistan, total o parcialmente, en beneficios o rentas procedentes de ese otro Estado”.

A nivel doctrinario, esta regulación en un primer momento fue criticada por los autores señalando que un país no podía cobrar impuestos a no residentes por rentas de fuente extranjera, que esto atentaba contra principios de derecho internacional tributario. Sin embargo, con el tiempo y con el hecho de que son muchas las jurisdicciones que han dictado este tipo de normas se ha dicho que esto ha sido uno de los casos en que la costumbre internacional altera principios de derecho internacional<sup>12</sup>.

Si bien esta discusión parece zanjada a nivel institucional internacional, esta discusión se ha dado al interior de los países que han dictado normas CFC.

Los países a medida que han dictado normas CFC han provocado usualmente gran discusión interna, y por regla general los contribuyentes han atacado en tribunales la aplicación de dicha normativa señalando que atenta contra la red de tratados o contra algún tratado internacional de doble tributación en específico.

Así tenemos varios ejemplos de sentencias de tribunales en distintos países que han resuelto el tema en uno u otro sentido.

En primer lugar tenemos una sentencia dictada por la Corte Suprema Administrativa de Finlandia<sup>13</sup>, la cual falló que las normas CFC dictadas por Finlandia podían aplicarse a una subsidiaria de una empresa Finesa domiciliada en Bélgica y sujeta a un régimen tributario favorable por parte del gobierno belga, en lo relativo a si la aplicación de la normativa CFC violaba el tratado de doble tributación entre Finlandia y Bélgica, el cual

<sup>12</sup> Reuven AVI-Yonah, *International Tax as International Law*, p. 28.

<sup>13</sup> 4 *International Tax Law Reports*, 2002, at 1009. (versión en inglés)

está basado casi en su totalidad en el modelo OCDE, la corte señaló que la aplicación de la normativa CFC era compatible con dicho tratado. La decisión se basó principalmente en el objetivo y propósito de los tratados de doble tributación y en los comentarios al modelo OCDE.

Por otro lado, y tomando la postura contraria, tenemos un fallo del *Conseil d'Etat* francés, el cual con fecha 28 de junio de 2002 falló el caso *Schneider*<sup>14</sup>, en lo relativo a la contradicción de las normas CFC francesas con el tratado de doble tributación entre Francia y Suiza, específicamente contra el artículo 7 (1) de dicho tratado, cuyo texto es exacto al del modelo OCDE. Señaló que dicho artículo impedía aplicar la normativa CFC a una subsidiaria con residencia en Suiza de una empresa francesa, ya que dicho tratado eximía del cobro de impuestos a la empresa suiza por parte del fisco francés, ya que era una empresa distinta y no un establecimiento permanente, y que por lo tanto dicho tratado la protegía de la aplicación de las normas CFC. Este fallo considera que la renta generada por la CFC no es una renta de la empresa residente en Francia (matriz) y que la norma CFC establecería un cobro extraterritorial de impuestos, lo que atentaría contra los principios establecidos en dicho tratado internacional.

## 5) Nueva normativa CFC chilena

El nuevo artículo 41 G de la Ley de la Renta, incorporado por la Ley 20780, establece esta figura que existe en varios países y que en su desarrollo ha sido fuente de grandes polémicas. Esta es la regulación de las *controlled foreign companies* (empresas extranjeras controladas).

Los contribuyentes o patrimonios de afectación con domicilio, residencia o constituidos en Chile que directa o indirectamente controlen entidades sin domicilio ni residencia en Chile deberán considerar como devengadas las rentas pasivas percibidas o devengadas por dichas entidades controladas.

Un elemento importante de la forma como el artículo 41 G de la Ley de la Renta define al contribuyente al cual se le aplica esta regulación es que se habla de contribuyentes en general, sin distinguir entre personas naturales o jurídicas, e incluso se habla de patrimonios de afectación (por ejemplo los *trusts*). Esta es una gran diferencia con la mayoría de las regulaciones de CFC, ya que por regla general la regulación de las CFC se aplica a las inversiones pasivas en el extranjero hechas por empresas

<sup>14</sup> *Société Schneider Electric*, 28 June 2002, *Conseil d'Etat* N° 232, 276, *4International Tax Law Reports*, 2002, at 1077

o personas jurídicas y excluye por regla general las inversiones pasivas hechas por personas naturales.

*¿QUÉ SE CONSIDERA COMO ENTIDADES CONTROLADAS  
SIN DOMICILIO NI RESIDENCIA EN CHILE?*

Aquellas entidades, cualquiera sea su naturaleza, tengan o no personalidad jurídica, que cumplan los siguientes requisitos:

- Que las rentas de la entidad controlada no deban computarse en Chile de conformidad al artículo 41 B, N°1, es decir, que la entidad controlada no sea un establecimiento permanente del contribuyente chileno.
- Que la entidad sea controlada por entidades o patrimonios con domicilio, residencia, constituidos o establecidos en Chile.
- ¿Qué se entiende por “controlada” para efectos de ésta normativa?
- Cuando al cierre del ejercicio o en cualquier momento en los 12 meses precedentes, por sí o en conjunto con personas relacionadas, posean directa o indirectamente el 50 % o más de:
  - El capital
  - El derecho a obtener utilidades.
  - El derecho a voto
- Además se considerarán controladas cuando el contribuyente chileno, por sí o a través de personas relacionadas, pueda elegir o hacer elegir a la mayoría de los directores o administradores de las entidades en el exterior.
- Además se considerarán controladas también cuando el contribuyente chileno tenga facultad para modificar los estatutos y cambiar o remover directores o administradores.

*PRESUNCIONES DE CONTROL*

La Ley establece presunciones de control, en virtud de las cuales se entenderá controlada la entidad extranjera a pesar de no cumplirse requisitos de porcentajes de participación o control, así se presumirá que una entidad será controlada, sin tener en consideración el porcentaje de participación del controlador chileno, cuando la controlada se encuentre constituida, domiciliada o sea residente en un país o territorio de baja o nula tributación. Otra presunción de control señala que se presume controlada la entidad extranjera cuando el contribuyente chileno tenga una opción de compra o adquisición de una participación a derecho en dicha entidad.

¿QUÉ SE ENTIENDE POR PAÍS O TERRITORIO  
DE BAJA O NULA TRIBUTACIÓN?

Se entenderá como país o territorio de baja tributación aquellos a que se refiere el artículo 41 H de la Ley de la Renta, es decir, aquellos países o territorios que tengan una tasa de tributación efectiva sobre los ingresos de fuente extranjera que sea inferior al 50% de la tasa del inciso primero del artículo 58 (en estos momentos es de un 35% , es decir, 17,5%), o que no hayan celebrado con Chile un convenio que permita el intercambio de información para fines tributarios o el celebrado no se encuentra vigente, además también serán considerados de baja o nula tributación aquéllos territorios o jurisdicciones cuya legislación carezca de reglas que faculten a la administración tributaria respectiva para fiscalizar los precios de transferencia, aquellos cuyas legislaciones contienen limitaciones que prohíben a sus respectivas administraciones tributarias la solicitud de información a sus administrados y/o la disposición y entrega de esa información a terceros países, aquellos cuyas legislaciones sean consideradas como regímenes preferenciales para fines tributarios por la OCDE o por la Organización de Naciones Unidas y aquellos que gravan exclusivamente las rentas generadas, producidas o cuya fuente se encuentre en sus propios territorios.

Luego el artículo 41 G señala que deberán declararse las rentas pasivas. ¿Qué entendemos por rentas pasivas?

Por regla general se habla de rentas pasivas cuando hablamos de actividades no productivas, los típicos ejemplos de rentas pasivas son:

- Dividendos
- Intereses.
- Royalties.

El artículo 41 G establece un listado de rentas que se consideran pasivas para efectos de esta regulación.

Una norma importante es que si las rentas de la empresa controlada no son consideradas rentas pasivas, esta regulación no tiene aplicación. Sin embargo, si las rentas pasivas representan el 80% o más del total de los ingresos de la entidad controlada constituida, domiciliada o residente en el extranjero, el total de los ingresos de ésta serán considerados como rentas pasivas.

Respecto de las rentas pasivas existe otra presunción, se presumirá que todas las rentas obtenidas por una entidad controlada constituida, domiciliada o residente en un territorio o jurisdicción a que se refiere el artículo 41 H, son rentas pasivas, es decir, en caso que la entidad controlada sea residente en un territorio de baja o nula tributación, todas sus rentas, independientemente si provienen de una actividad productiva o

son rentas pasivas, deberán agregarse a la base imponible del controlador chileno.

Sin embargo hay una norma de protección, ya que las normas anteriores sólo se aplicarán si las rentas pasivas de la entidad controlada superan el 10 % de sus rentas totales.

### ¿CÓMO SE RECONOCEN EN CHILE ÉSTAS RENTAS?

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 determinar el monto de las rentas pasivas que debe computarse en Chile, se aplicarán las normas de esta ley sobre determinación de la base imponible de Primera Categoría, y se agregará a la renta líquida imponible de la empresa al término del ejercicio, salvo que el resultado arroje una pérdida, caso en el cual no se reconocerá en el país.

Luego de analizar la regulación CFC de Chile vemos que es una de las más duras a nivel mundial, ya que hace sujeto de la normativa no sólo a las CFC ubicadas en paraísos tributarios, sino que cualquier empresa ubicada en el extranjero puede ser sujeta a tributación por el sólo hecho de ser residente en otro país.

### 6) *Legalidad de la normativa chilena*

Para analizar la legalidad (cuando hablamos de legalidad en este caso nos referimos a la posibilidad que la normativa CFC chilena pueda ser incompatible con alguno o con, en general, la red de tratados internacionales de doble tributación firmados por Chile), debemos preguntarnos cuál es la naturaleza de la renta a que se refiere el artículo 41 G de la Ley de la Renta, como hemos visto dicho artículo establece que un contribuyente chileno debe declarar las rentas de una entidad extranjera que se encuentre bajo su control, sin embargo la pregunta que cabe hacernos es ¿dicha renta es una renta propia del contribuyente chileno o es una renta de la entidad extranjera? Para responder dicha pregunta debemos ver qué se entiende por renta.

La Ley de la Renta, en su artículo 2<sup>a</sup>, define renta como...

“los ingresos que constituyan utilidades o beneficios que rinda una cosa o actividad y todos los beneficios, utilidades e incrementos de patrimonio que se perciban, devenguen o atribuyan, cualquiera que sea su naturaleza, origen o denominación”.

Si analizamos el concepto de renta contra la norma CFC vemos que las rentas de las entidades controladas no son ni utilidades ni beneficios del contribuyente chileno, y aunque lo fueran, no se encuentran percibidos ni devengados, pero ¿se encuentran atribuidos? Para esto tenemos que ir al mismo artículo 2° que define qué es lo que se considera renta atribuida, así esta es definida como “aquella que, para efectos tributarios, corresponda total o parcialmente a los contribuyentes de los impuestos Global Complementario o Adicional, al término del año comercial respectivo, atendido su carácter de propietario, comunero, socio o accionista de una empresa sujeta al impuesto de Primera Categoría conforme a las disposiciones del artículo 14, letra A) y demás normas legales, en cuanto se trate de rentas percibidas o devengadas por dicha empresa, o aquellas que le hubiesen sido atribuidas de empresas en que ésta participe y así sucesivamente”. Analizando dicha definición, podríamos considerar que esta renta de la CFC es una renta atribuida, sin embargo la definición misma limita la renta atribuida a aquella que existe en virtud del artículo 14 A de la Ley de la Renta, por lo que creemos que por el principio de legalidad, que nos impide hacer interpretaciones extensivas, esta renta tampoco es una renta atribuida.

Siguiendo con el análisis si la renta no es renta en los términos de la Ley de la Renta del contribuyente chileno, no nos queda más que pensar que es renta de la entidad en el extranjero, el cual no es un contribuyente chileno, esto nos lleva a preguntarnos si el legislador chileno no estaría ejerciendo jurisdicción tributaria extraterritorial sobre un contribuyente que no tiene domicilio en Chile. Esta afirmación nos podría llevar a sostener que la regulación CFC chilena sí podría estar en contradicción con los artículos 7 y 10 del modelo OCDE y por lo tanto dichos convenios de doble tributación firmados por Chile que contengan normas basadas en dichos artículos podrían estar siendo tácitamente modificados o incluso derogados por una ley simple posterior.

Ahora ¿qué problema tiene dicha derogación? Para responder esto debemos ir al artículo 54 número 1 inciso quinto de la Constitución, que señala que “Las disposiciones de un tratado sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo a las normas generales de derecho internacional”. Por lo tanto cabe preguntarnos, ¿podría considerarse que las normas CFC son inconstitucionales en lo relativo a determinados tratados internacionales que se basen en los artículos 7 y 10 del modelo OCDE por violación al artículo 54 número 1 de la Constitución? Dejo la pregunta planteada.

Creemos que ésta normativa ante su aplicación en un caso de un tratado internacional de doble tributación firmado por Chile en base al modelo OCDE, podría encontrarse en peligro de ser impugnada y

eventualmente declararse inconstitucional. Sin embargo creemos que la solución a eso debiera ser bastante simple, eliminando del concepto de renta atribuida la remisión al artículo 14 de la Ley de la Renta o bien incluyendo en dicha norma una remisión al artículo 41 G o simplemente aclarar y señalar expresamente que la renta de la entidad extranjera que se agrega a la renta líquida imponible del contribuyente chilenos es una renta atribuida.

### *Bibliografía*

- AVI-YONAH, Reuven, *Global Perspectives in Income Taxation Law*, Nueva York, Oxford University Press, 2011.
- AVI-YONAH, Reuven, *International Tax as International Law*, Nueva York, Cambridge University Press, 2007.
- INTERNATIONAL FISCAL ASSOCIATION, *Cahiers du Droit Fiscal*, 2013 Vol. 98a, Copenhague.
- MILLER, Angharad y OATS Lynne, *Principles of International Taxation*, 3ª ed., Londres, Bloomsbury Professional, 2012.
- OECD Comité on Fiscal Affairs, *Harmful Tax Competition*, París, OECD, 1998.