

### 1. RESUMEN EJECUTIVO

En general, es posible afirmar que la normativa doméstica chilena actualmente vigente ha seguido, en lo esencial, las Directivas de Precios de Transferencia OCDE en materia de Precios de Transferencia doméstica. Esta situación no era así con anterioridad a la modificación de la Ley sobre Impuesto a la Renta en el año 2012, en que existía una norma poco clara que hacía inefectiva su aplicación.

Si bien la nueva normativa es de reciente incorporación, podemos concluir que esta no fue influenciada por el Plan BEPS, que se incorpora a la realidad global recién a mediados del año 2013; no obstante que debemos destacar, que la legislación chilena se encuentra alineada con muchas de las recomendaciones que hoy propone dicho Plan.

Sin duda la lucha contra el problema de la erosión de la base imponible y la transferencia de beneficios es un tema que afecta actualmente a Chile y que se encuentra dentro de uno de los principales temas en la discusión de las políticas públicas hoy en día. La reciente modificación de los cuerpos normativos tributarios a través de la Ley 20.780 y el proyecto de ley de simplificación tributaria ingresado el pasado mes de Diciembre hacen fe de lo anterior.

No obstante, estos últimos cuerpos normativos no han incorporado modificaciones relevantes en materia de precios de transferencia.

El presente artículo tiene por objeto realizar una revisión del estado de la situación de la norma sobre precios de transferencia y los principales temas que son, o pueden ser, afectados por la incorporación de recomendaciones efectuadas en el Plan BEPS en la legislación chilena.

De esta forma, se realiza un análisis de la situación de los activos intangibles bajo

---

\* Abogado por la Universidad de Chile. LL.M. London School of Economics.

el derecho tributario chileno. Observamos que la legislación doméstica no define dicho concepto, dejando su regulación al derecho común. En materia de riesgos y capital, el artículo aborda la pregunta sobre la influencia de las personas, el capital y los riesgos asumidos y su relación con la obtención de beneficios, y en particular la regulación local implementada el último tiempo que permitiría analizar la substancia de la transacción por sobre su forma, siempre limitado al campo de los efectos en el derecho tributario. Por último, en lo relativo a la documentación exigida por la Autoridad Tributaria chilena, el artículo revisa la documentación que se recomienda implementar y confeccionar por el contribuyente, en armonía con las nuevas exigencias de información (*Master file, Country-by-Country y Local Report*) y concordancia con las normas constitucionales pertinentes.

La idea subyacente es que las modificaciones legales, en concordancia con la aplicación práctica de las normas incorporadas, aplicará a un mayor número de sujetos con tal de buscar transparentar la actividad de las empresas multinacionales y ampliar la base tributaria.

## 2. INTRODUCCIÓN

En términos generales, es posible concluir que las normas domésticas sobre Precios de Transferencia (“PT”) siguen los lineamientos plasmados en las Directivas PT OCDE, con ciertas limitaciones. En este sentido, es posible señalar que la normativa incorporada en la Ley de Impuesto a la Renta (“LIR”) a través de la promulgación de la Ley N° 20.630 de 27 de septiembre de 2012, vino a modificar una normativa sobre PT poco precisa y carente de una armonía adecuada para su aplicación, situación que se manifestó a través de su casi nula utilización hasta el año 2012 en que el Servicio de Impuestos Internos (“SII”) comenzó con un proceso de fiscalización exhaustivo.<sup>1</sup>

La nueva norma autoriza en forma específica<sup>2</sup> al SII para impugnar los precios,

---

<sup>1</sup> Es interesante destacar que entre los años 2006 y 2011 no se conocen más que un par de fiscalizaciones en materia de PT. Recién a partir del año 2012 con la promulgación de la nueva norma, se dan cuenta de fiscalizaciones masivas, muchas de ellas llegando al proceso de liquidación. Lo anterior, estimamos, es producto de la creación en el segundo semestre del año 2011 del Departamento de Fiscalización Internacional y del área de fiscalización de precios de transferencia.

<sup>2</sup> Con anterioridad a la entrada en vigencia de la normativa sobre PT, el artículo 38 de la LIR hacía aplicable la normativa “cuando los precios que la agencia o sucursal cobre a su casa matriz o a otra agencia o empresa relacionada de la casa matriz, no se ajusten a los valores que por operaciones similares se cobre entre empresas independientes, la Dirección Regional podrá impugnarlos fundadamente, tomando como base de referencia para dichos precios una rentabilidad razonable a las características de la operación, o bien, los costos de producción más un margen razonable de utilidad. Igual norma se aplicará

valores o rentabilidades fijados, o establecerlos en caso de no haberse fijado alguno, cuando las operaciones transfronterizas y aquellas que den cuenta de las reorganizaciones o reestructuraciones empresariales o de negocios que contribuyentes domiciliados, o residentes o establecidos en Chile, se lleven a cabo con partes relacionadas en el extranjero y no se hayan efectuado a precios, valores o rentabilidades normales de mercado.

Siguiendo en gran medida los lineamientos de la OCDE, la nueva norma establece la misma tipología metodológica que recomienda las Directivas PT OCDE;<sup>3</sup> establece como elementos para el análisis de comparabilidad las características de los bienes o de los servicios, el análisis funcional, las cláusulas contractuales, las circunstancias económicas y las estrategias empresariales; e incorpora un mecanismo de APA el cual, a la fecha, no ha sido utilizado probablemente por lo novedoso del sistema y por el exceso de procedimientos necesarios para poder llegar a una resolución final. Finalmente, la norma local establece la posibilidad de confeccionar estudios de precios para los efectos de producir evidencia de la aplicación de los métodos y determinación de precios, valores y rentabilidades, sin embargo, no lo establece con un carácter de obligatorio.

Respecto al resultado de una fiscalización en el ámbito de PT, se señala que si el contribuyente no ha logrado acreditar que las operaciones con sus partes relacionadas se han efectuado a precios, valores o rentabilidades normales de mercado, el SII podrá determinar, utilizando los mismos métodos establecidos en la ley, dichos precios, valores o rentabilidades. En caso de verificarse una diferencia entre lo determinado por el contribuyente y lo determinado por el SII, ésta se afectará con un impuesto único de tasa 35%, impuesto que se encuentra regulado en el artículo 21 de la LIR. Por lo tanto, el resultado de una fiscalización en materia de PT no implica la modificación de la base imponible del impuesto corporativo, si no que la aplicación de un impuesto especial de carácter sancionatorio.

Respecto de las reestructuraciones, la Ley las incluye dentro de las hipótesis de aplicación de la norma de PT, sin embargo, las somete a una condición. Señala la

---

*respecto de precios pagados o adeudados por bienes o servicios provistos por la casa matriz, sus agencia o empresas relacionadas, cuando dichos precios no se ajusten a los precios normales de mercado entre partes no relacionadas, pudiendo considerarse, además, los precios de reventa a terceros de bienes adquiridos de una empresa asociada, menos el margen de utilidad observado en operaciones similares entre empresas relacionadas”.*

<sup>3</sup> En este sentido, los métodos autorizados en la LIR son el Método de Precio Comparable No Controlado, el Método de Precio de Reventa, el Método de Costo más Margen, el Método de División de Utilidades y el Método Transaccional de Márgenes Netos. Adicionalmente se incluye un sexto método denominado Método Residual, el cual tiene aplicación en el caso que ninguno de los otros pueda ser aplicado.

norma que las disposiciones de PT aplicarán respecto de reestructuraciones cuando en virtud de ellas se haya producido a cualquier título o sin título alguno, *“el traslado desde Chile al extranjero de bienes o actividades susceptibles de generar rentas gravadas en el país y se estime que de haberse transferido los bienes, cedido los derechos, celebrados los contratos o desarrollado las actividades entre partes independientes, se habría pactado un precio, valor o rentabilidad normal de mercado, o los fijados serían distintos a los que establecieron las partes [...]”*.<sup>4</sup>

La Circular que regula la materia<sup>5</sup> tiene por objetivo dar instrucciones al personal del SII sobre la aplicación de la normativa incorporada en la LIR. Entre aquellas materias que trata, regula ciertas situaciones no contempladas en la nueva norma. Este sería el caso, por ejemplo, de la utilización de rangos de precios en la determinación de los valores de mercado, siendo la práctica del SII la que ha venido incorporando la utilización de la apreciación de los valores de mercado a través de los rangos inter-cuartiles.

De la lectura de la normativa incorporada a la LIR, como de la Circular que la regula, podemos concluir que en efecto el legislador y el órgano administrador han tomado en consideración los lineamientos dados por la OCDE y en particular las Directivas PT OCDE para los efectos de desarrollar la normativa interna de PT. No obstante lo anterior, para los efectos de su aplicación en el derecho interno, la norma no hace remisión alguna a dichas Directivas, ni tampoco lo hacen las instrucciones dadas en la Circular, salvo a modo referencial. Debido a la ausencia de norma expresa sobre la posibilidad de utilización de las Directivas como parte integrante de la norma local, éstas no podrán tener una aplicación supletoria a falta de norma expresa. En este sentido, su utilidad se restringe a servir como base interpretativa de dicha regulación en conformidad con las normas generales del derecho.

En efecto, el sistema Chileno constitucional tributario tiene como elemento fundante el principio de legalidad de los tributos, el cual establece una limitación a la utilización de elementos extraños a los procedimientos legislativos autorizados en la Constitución Política de la República en la aplicación de normas tributarias, lo cual se extiende a su interpretación. Es así que las Directivas como elemento interpretativo también estarían sujetas a la citada limitación cuando ésta lleve a una conclusión contraria al derecho interno.<sup>6</sup>

---

<sup>4</sup> Artículo 41 E párrafo segundo de la LIR.

<sup>5</sup> Circular N° 29 emitida por el SII el 14 de junio de 2013.

<sup>6</sup> Sobre el problema de la interpretación administrativa en materia tributaria en el contexto de la garantía constitucional de legalidad tributaria véase: GUZMÁN B., Alejandro. *La Interpretación administrativa en el derecho chileno*. Legal Publishing Chile, Thomson Reuters. Santiago,

Dado lo anterior, cualquier cambio a las Directivas no tendrá efecto positivo sobre la legislación interna, no obstante, podrá servir como herramienta a la hora de interpretar la normativa, siempre y cuando dicha interpretación no contravenga la legislación nacional.

Si bien ha existido una actividad legislativa importante en el país el último tiempo,<sup>7</sup> se puede concluir que ésta no ha sido consecuencia directa de la implementación del Plan BEPS no obstante de estar alineadas dichas reformas en muchos de sus objetivos.<sup>8</sup> Siguiendo la misma línea, la incorporación de la normativa de PT fue producto de una discusión anterior a los primeros informes sobre BEPS, en que básicamente lo que se buscaba era modernizar la legislación local y otorgar facultades a la autoridad fiscal en línea con lo que los países desarrollados ya habían implementado a la época respecto a dicha materia.<sup>9</sup>

Sin embargo, es importante notar que en el último tiempo la actividad del SII en el campo de la regulación a nivel administrativo ha estado bastante activo en la creación de diversos instrumentos que se alinean con uno de los principios fundamentales del Plan BEPS, que es la transparencia. Así, y a modo de ejemplo, en los últimos días del 2015,<sup>10</sup> el SII incorporó en su repertorio de declaraciones juradas la Declaración N° 1913 denominada “*Declaración Jurada Anual de Caracterización Tributaria Global*” la cual requiere que se informe los datos referidos al grupo empresarial al que pertenezca el declarante, y en particular el porcentaje que del total de sus ingresos representan operaciones con partes relacionadas, y si algunas de estas empresas contrapartes de esas operaciones no posee personal propio ni activos relevantes; datos referidos a reorganizaciones empresariales y de los asesores externos involucrados; datos sobre instrumentos financieros y contratos deri-

---

2014. Céspedes P. Rodrigo. “Veinte años de jurisprudencia sobre el principio de legalidad tributaria durante la vigencia de la Constitución de 1980”. En: *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*. XXIII. Valparaíso: 2002. pp. 279-302.

<sup>7</sup> La Ley N° 20.780 del 27 de septiembre de 2014 vino a modificar de manera significativa el régimen tributario de impuesto a la renta en Chile, modificando a su vez normativa en materia de Impuesto a los Bienes y Servicios (IVA) e incorporó al Código Tributario una norma general anti elusiva (GAAR).

<sup>8</sup> A modo de ejemplo, la normativa CFC y la GAAR, regulada en la Circular N° 65 de 2015 que señala que “*la inclusión de esta normativa va en línea con los esfuerzos desarrollados recientemente por los países miembros de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) y del G20 para combatir la elusión en el «plan de acción contra la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios» conocido internacionalmente como Proyecto BEPS por sus siglas en inglés*”.

<sup>9</sup> Historia de la Ley N° 20.630. Mensaje del Presidente de la República dispone que: “*El proyecto de ley moderniza la legislación sobre precios de transferencia, adecuando las normas actuales en dicha materia a las mejores prácticas internacionales actualmente vigentes*”.

<sup>10</sup> Resolución Exenta N° 110 de 24 de diciembre de 2015.

vados, en particular si los beneficios de estos beneficiaron a alguna empresa relacionada situada en un territorio de baja o nula tributación; datos referidos a resultados antes de impuesto, entre otros, si tomando como referencia el EBITDA de la empresa se destinan más del 30% de éste a solventar pagos de regalías, intereses y gastos financieros, derivados, honorarios de gerenciamiento u otros conceptos en beneficios de empresas relacionadas, el origen de la principal fuente de financiamiento y si este provienen de una empresa relacionada o si este fue utilizado para financiar sociedades relacionadas y si en el diseño de dicho financiamiento fue asesorado por una o más empresas externas; datos referidos a bienes de capital; y finalmente datos sobre operaciones internacionales, en particular si se han llevado a cabo durante el año comercial anterior un esquema que involucre a entidades constituidas en el exterior que genere un beneficio económico o tributario, sean dichas entidades relacionadas o no, o si se encuentra en proceso de implementar un esquema que involucre el traslado de funciones o un interés en entidades constituidas en el exterior; y si de existir este esquema, éste fue desarrollado al interior de la empresa o se trata de una asesoría externa.

Sin duda, la información requerida a través de esta declaración jurada se manifiesta como una actividad preparatoria a la implementación de un sistema orientado a buscar transparentar la información de los contribuyentes, lo que nos hace pensar en principio que el SII se encuentra siguiendo la línea del Plan BEPS. Sin embargo, teniendo en consideración que en los últimos años en materia de tributación Chile ha ido contracorriente con las tendencias de simplificación y rebajas en las tasas que ha surgido a nivel internacional, nos hace suponer que cualquier aproximación a la implementación de la normativa de BEPS en Chile tendrá como objetivo la incorporación de aquellas recomendaciones que incrementen la transparencia y protección de la base imponible doméstica antes que acomodar la legislación local a alguna recomendación orientada a buscar la armonización del sistema tributario internacional.

### **3. INTANGIBLES**

A efectos de PT, en el marco de la OCDE, se considera un intangible como aquellos que, sin ser un activo físico o financiero, es susceptible de ser propiedad de alguien o de ser controlado para su uso en actividades comerciales y cuyo uso o transferencia sería compensado de haberse realizado en transacciones entre partes independientes en situaciones comparables.

Como punto de partida debemos señalar que no existe definición ni tratamiento tributario de intangibles en la legislación tributaria doméstica. Por tanto, habrá de recurrir al campo de la interpretación normativo domestico para poder deter-

minar el alcance de dicho concepto.

En conformidad con las normas de interpretación de la ley<sup>11</sup> “*las palabras técnicas de toda ciencia o arte se tomarán en el sentido que les den los que profesan la misma ciencia o arte; a menos que aparezca claramente que se han tomado en sentido diverso*”. Así, nos deberemos remitir a la definición que para estos efectos se da en la profesión contable, la cual se encuentra contenida en la norma internacional contable 38. En conformidad con ésta, un activo intangible es un “*activo identificable, de carácter no monetario y sin apariencia física*”, entendiéndose como activo aquel recurso controlado por la entidad informante como resultado de sucesos pasados y del que la entidad espera obtener, en el futuro, beneficios económicos.

Ambas definiciones si bien tienen ciertas similitudes se alejan debido a su propia naturaleza y objetivos. Así la definición de intangible para efectos de la OCDE, pone su foco en la determinación de las condiciones que serían acordadas por personas independientes en transacciones comparables.

Como hemos señalado, el tratamiento tributario de este tipo de activos no ha sido regulado de manera específica en la LIR, a diferencia de lo que ocurre respecto de los activos fijos tangibles.<sup>12</sup> Sin perjuicio de ello, deben ser contabilizados con sujeción a las normas de los artículos 16 y siguientes del Código Tributario.

El citado artículo 16 señala que en aquellos casos en que se exija contabilidad al contribuyente, éste deberá llevarla de acuerdo a las prácticas contables adecuadas que reflejen claramente el movimiento y resultado de sus negocios. Por otra parte el inciso 3° de esta norma, dispone que cada contribuyente deberá determinar sus ingresos y rentas tributables según el sistema contable que haya utilizado regularmente, de acuerdo a sus libros de contabilidad.

De esta manera y ante la ausencia de una disposición especial en la legislación tributaria que determine un tratamiento contable particular aplicable a los activos intangibles, debemos atender a los principios contables generalmente aceptados aplicables a esta materia.<sup>13</sup>

---

<sup>11</sup> Artículo 21° del Código Civil Chileno.

<sup>12</sup> Respecto de éstos, el artículo 31 N° 5 de la LIR establece que su costo de adquisición puede ser deducido vía depreciación durante todo el período de vida útil del bien.

<sup>13</sup> Este criterio ha sido reconocido por el SII mediante el Oficio N° 2563 de 29 de junio de 2000, el que establece: “(...) este Servicio carece de competencia para impartir normas contables sobre la forma en que los contribuyentes deben contabilizar las inversiones, los ingresos o gastos, provenientes de las operaciones o actividades que desarrollen, puesto que tal materia está radicada en los organismos técnicos que tienen facultades para ello, sin perjuicio de lo dispuesto por el inciso primero del artículo 16 del Código Tributario, en cuanto establece que en los casos en que la ley exija llevar contabilidad, los

La actividad jurisdiccional, lamentablemente, no ha generado una definición, ya sea general o particular, de lo que debe entenderse como intangibles. Es importante destacar a este respecto que a la fecha no existen fallos sobre PT en que se tenga como base la legislación actual.

Ahora, desde la perspectiva tributaria, será necesario establecer que no cualquier intangible es reconocido como activo tributario. Sólo será reconocido como tal, aquel sobre el cual haya recaído una inversión efectiva. En este sentido, una marca creada por el propio contribuyente carecerá de representación tributaria, situación contraria a lo que ocurriría en el escenario que dicha entidad comprara la marca a un tercero.

Lo anterior representa una diferencia importante a la hora de pensar en una cesión o venta de este activo financiero, desde que en la primera hipótesis, y considerando que la venta deberá hacerse a valores de mercado, se generará una ganancia de capital equivalente al precio de dicha cesión. En la segunda hipótesis, la venta generará una ganancia de capital sólo en el entendido que dicho valor de mercado es superior al costo de adquisición de dicho intangible. Como se observa, la legislación Chilena al tener un concepto amplio de enajenación, incorpora dentro de éste tanto la venta como la cesión de dicho derecho, y en general, cualquier acto a través del cual se traspase el dominio de dicho bien.

En el campo de PT, la legislación no ha priorizado la utilización de alguno de los métodos para el caso de intangibles, y sigue el principio del “método más apropiado”. Sin embargo, la Circular ha establecido, estimamos como recomendación, ciertas circunstancias en que alguno de los métodos son más apropiados, estableciendo como veremos en los siguientes párrafos, referencias a intangibles en los métodos PCNC, CM y PU.

Así, respecto del MPCNC la Circular dispone que dicho método es más apropiado de aplicar respecto de la *“venta de materias primas negociadas en un mercado abierto, siempre y cuando la operación realizada entre partes relacionadas y la o las operaciones realizadas entre partes independientes se lleven a cabo en circunstancias comparables, y en concreto en el mismo nivel del proceso de comercialización (por ejemplo, venta a una empresa de producción secundaria o de montaje, a un distribuidor, a un minorista, etc.)”*, y

---

*contribuyentes deberán ajustar los sistemas de ésta y la confección de inventarios a prácticas contables adecuadas, que reflejen claramente el movimiento y resultado de sus negocios.*

*En consecuencia, y de acuerdo a lo antes expresado, los contribuyentes están facultados para registrar sus operaciones bajo los principios y normas contables de general aceptación impartidos por los organismos colegiados competentes, sin perjuicio que al resultado contable que arroje el balance se le efectúen los ajustes necesarios que establece el artículo 33 de la Ley de la Renta, con el fin de poder determinar la base imponible sobre la cual el contribuyente debe cumplir con sus obligaciones tributarias”.*



a “*algunas operaciones financieras, tales como préstamos de dinero*”.<sup>14</sup>

Para el caso de MPR, dispone que este “*método sería de mayor utilidad cuando se aplica a actividades de venta y de comercialización, como las de un distribuidor*”.<sup>15</sup>

En el MCM, dispone la Circular que este método es de mayor utilidad cuando, por ejemplo “*en la venta a una parte relacionada, cuando el fabricante (vendedor) no aporta activos intangibles únicos y de valor en su producción, y no asume ningún riesgo inusual o cuando la operación entre partes relacionadas consiste en prestar servicios en los cuales el prestador del servicio no aporta ningún activo intangible único y de valor y no asume ningún riesgo inusual*”.<sup>16</sup>

Respecto del MPU, la Circular señala como ejemplo en la utilización de dicho método a las utilidades provenientes de intangibles únicos de gran valor.

Finalmente, la norma residual dispone como ejemplo la aplicación de métodos de flujo de caja descontado en algunas situaciones sobre transferencia de activos intangibles.

La norma local no especifica ni prioriza algún método como idóneo en el análisis para el caso de intangibles. Sin embargo, en la práctica, uno de los métodos más utilizados en el análisis de royalties y licencias por los contribuyentes, y preferido por el SII, es el MPCNC. Por su parte, para la venta o cesión, se utiliza más en la práctica el método residual, que en el caso se representa a través de los utilizados de un método basado en flujos de caja. Tampoco hace diferencia entre intangibles valiosos y los que no lo son, o de primer y segundo nivel. Sin embargo, estimamos que es en esta área que sería prudente incorporar dicha diferenciación a la regulación de forma tal de obtener certeza en los mecanismos a implementar para efectuar las valoraciones de los intangibles.

Respecto de las valoraciones de las operaciones cuyos efectos han de radicarse en Chile, es interesante destacar que la normativa tributaria general no contiene una mención expresa a la necesidad de que las operaciones se hagan a valores de mercado. En efecto, si bien es usual señalar que las operaciones se deben realizar a valores de mercado, esta conclusión se deriva de las normas establecidas en el Código Tributario respecto de la facultad de tasación que tiene el SII. Así el artículo 64 del cuerpo normativo citado dispone la regla general señalando que “*Cuando el precio o valor asignado al objeto de la enajenación de una especie mueble, corporal o incor-*

---

<sup>14</sup> Circular N° 29 emitida por el SII el 14 de junio de 2013.

<sup>15</sup> Ídem.

<sup>16</sup> Ídem.

*poral, o al servicio prestado, sirva de base o sea uno de los elementos para determina un impuesto, el Servicio, sin necesidad de citación previa, podrá tasar dicho precio o valor en los casos en que éste sea notoriamente inferior a los corrientes en plaza o de los que normalmente se cobren en convenciones de similar naturaleza considerando las circunstancias en que se realiza la operación".* Es ésta la norma la que sirve de fundamento a la necesidad de realizar operaciones a valores de mercado.

La LIR no establece regulación alguna respecto de la determinación del precio o valor a ser asignado en la enajenación de un determinado bien, y por tanto, serán las partes las que libremente podrán determinar el precio de venta en conformidad con el principio de la autonomía de la voluntad. En consecuencia, podemos concluir que las valorizaciones realizadas por las propias partes pueden constituir una adecuada referencia al valor de mercado, y en el contexto de transacciones entre partes independientes, ésta será una situación usual. No obstante, la intervención de expertos o peritos en la determinación del valor constituirá una adecuada referencia al valor de mercado, siendo éste un medio de prueba que gozará de mayor aceptación frente a una eventual revisión por parte de un tribunal que deberá fallar de acuerdo con la sana crítica.

En el campo de PT, no siendo posible recurrir a alguno de los métodos directos o indirectos establecidos, se deberá recurrir al método residual señalado específicamente para estos casos. Este método es admisible cuando, atendidas las características y circunstancias del caso, no sea posible utilizar alguno de los otros métodos mencionados. En este caso, el contribuyente está autorizado a determinar los precios o valores de sus operaciones utilizando otros métodos que le permitan obtener cifras que, razonablemente, hubieran acordado partes independientes en operaciones y circunstancias comparables.

La Circular cuando explica el método señala a modo de ejemplo, la aplicación de métodos de flujos de caja descontados en algunos casos de valoración de empresas o en algunas situaciones sobre transferencia de activos intangibles, no ahondando más en sus explicaciones. Instruye que el contribuyente deberá emplear el método que sea más apropiado, considerando las características y circunstancias en el caso particular.

En este caso, la utilización de expertos o peritos independientes resulta más recomendable para asegurar la obtención de un medio de prueba que consigne que el valor de la transacción se ajusta a los de mercado.

Finalmente, se debe reconocer que en ocasiones se transmiten intangibles, o derechos sobre los mismos, en combinación con ciertos servicios o en conjunto con activos materiales. A efectos del análisis de PT, la Circular se encuentra alineada

con el principio de desagregación en el sentido de que toda transacción debe evaluarse independientemente, limitándose a disponer que si un contribuyente lleva a cabo, en iguales o similares circunstancias, dos o más operaciones con partes relacionadas que están íntimamente conectadas desde un punto de vista económico o que forman parte de un conjunto de operaciones cuyo análisis no puede hacerse separadamente de una manera fiable, dichas operaciones pueden agregarse a fin de realizar un análisis de comparabilidad y aplicar el método de PT que resulte más apropiado a las circunstancias del caso.

#### 4. RIESGOS Y CAPITAL

La Acción 9 sobre Riesgos y Capital busca desarrollar reglas de PR que aseguren que una entidad no acumulará ganancias de forma inadecuada mediante la utilización de medios formales, que no contengan la substancia adecuada para llevar a cabo la actividad de que se trate.

Sobre esta materia, una de las más importantes incorporaciones a la legislación tributaria que trajo consigo la Ley 20.780 del 2014 fue la incorporación del principio de substancia sobre forma y la incorporación de una norma general anti elusiva (NGA).<sup>17</sup> Ésta dispone que los hechos imponibles contenidos en las leyes tributarias no podrán ser eludidos mediante el abuso de las formas jurídicas.<sup>18</sup> Una vez determinada la existencia de abuso o simulación para fines tributarios por el Tribunal, éste procederá a declararlo, debiendo determinar en la misma resolución el monto del impuesto que resulte adeudado, juntos con los respectivos reajustes, intereses penales y multas.<sup>19</sup>

La Circular<sup>20</sup> que la regula dispone que *“Conforme a la NGA, tanto la administración tributaria como los Tribunales no están restringidos a reconocer la forma jurídica elegida por los contribuyentes, y bajo la cual se presenta la transacción, si ésta vulnera los hechos gravados establecidos por la ley, en la medida, como se ha dicho, que tales formas jurídicas constituyan abuso o simulación”*.

Sin embargo, la norma no aplica a cualquier hipótesis de abuso, desde que la misma dispone que en los casos en que sea aplicable una norma especial para evitar la elusión, las consecuencias jurídicas se regirán por dicha disposición y no por lo ar-

---

<sup>17</sup> Es importante señalar que si bien la norma entró en vigencia, actualmente existe un proyecto de ley que entre otras materias buscaría modificar la aplicación de dicha norma.

<sup>18</sup> Artículo 4° ter del Código Tributario.

<sup>19</sup> Artículo 4° quinquies del Código Tributario.

<sup>20</sup> Circular N° 65 de 23 de Julio de 2015.

títulos antes citados.<sup>21</sup>

Por tanto, es posible en una primera aproximación concluir que la NGA se encuentra limitada frente a la existencia de normas especiales anti elusión, como sería la norma sobre PT. Sin embargo el 41 E, artículo que contiene dicha regulación, sólo faculta al SII para que analizando la substancia de la operación, pueda determinar el precio, valores o rentabilidades de las operaciones de que se trate, por lo que podría argumentarse, que respecto de la operación en sí misma, sí resultaría aplicable la NGA siempre y cuando pueda acreditarse por parte del SII que existió un abuso en la forma jurídica. El alcance de esta hipótesis aún se encuentra en discusión.

Por otra parte, existe una norma particular que en términos económicos puede considerarse una recalificación que consiste en tratar como retiros a los préstamos que efectúen los contribuyentes domiciliados o residentes en Chile a sus accionistas o propietarios domiciliados o residentes en el exterior. Para estos efectos el SII debe proceder a calificar fundadamente que constituyen un retiro encubierto de cantidades afectas al Impuesto Global Complementario o Adicional. Para ello deberá tomar en consideración entre otros elementos, las utilidades retenidas en la empresa a la fecha del préstamo y la relación entre éstas y el monto prestado; el destino y destinatario final de tales recursos, el plazo de pago del préstamo y la tasa de interés entre otras cláusulas.

Debido a la reciente entrada en vigencia de la nueva normativa PT, no existe jurisprudencia aun respecto de ella en el contexto de la aplicación del principio de la substancia sobre el fondo, y en este sentido, no sabemos aún como factores tales como el personal involucrado, el capital comprometido o los riesgos contractualmente asumidos serán valorados.

Entendemos que uno de los aspectos más relevantes de los Reportes Finales está relacionado con la relación que existe entre las funciones ejecutadas y la correspondiente asignación de retornos. Así, el tema central se convierte en alinear la substancia, esto es, la contribución de valor real a la operación, con la asignación de utilidades para propósitos tributarios tiendo particular énfasis en el tratamiento de los retornos asociados con los riesgos asumidos, el capital e intangibles.

En relación con este último punto y la utilización del método de partición en las utilidades como metodología estándar para resolver problemáticas de este tipo, no encontramos ni en la legislación ni en la jurisprudencia alguna guía que nos ayude a determinar si dicho método será el apropiado. Seguimos entonces guía-

---

<sup>21</sup> Artículo 4° bis inciso cuarto del Código Tributario.

dos por el principio del mejor método.<sup>22</sup>

Haciendo un análisis basado en la experiencia de la aplicación de dicho método de partición de utilidades, observamos que bajo la legislación Chilena este método carecería de una regulación adecuada desde que la esencia del mismo parte de la premisa de la distribución de utilidades residuales a través de algún tipo de ajuste a la transacción a efecto de dejar las utilidades que correspondan en el respectivo contribuyente. Sin embargo, en Chile no existe un mecanismo claro de ajustes voluntarios conducentes a lograr tal objetivo, lo cual, en conjunto con el hecho de que la Circular no es clara respecto de ajustes voluntarios que pudiera hacer un contribuyente, expone a la aplicación del impuesto único multa la utilización de tal método para finalmente repartir el residual de las utilidades bajo esta metodología.

## 5. OTRAS TRANSACCIONES DE ALTO RIESGO

Algunos países han adoptado de forma unilateral enfoques específicos para desalentar las exportaciones triangulares de *commodities* entre partes vinculadas, en las que participe un intermediario extranjero sin genuina sustancia económica, como por ejemplo, el denominado “sexto método” de PT en Latinoamérica.

A diferencia de legislaciones como la de Perú, Argentina, Ecuador o Colombia, en que se ha aplicado el sexto método en materia de *commodities* con positivos resultados, en Chile este tipo de enfoque no ha sido adoptado específicamente por el legislador.

El método, implementado en otras jurisdicciones que señala que el valor de mercado en la exportación o importación de *commodities* será el valor de cotización de dichos *commodities* en mercados internacionales, bolsas de comercio, o similares, no se encuentra incorporado en la legislación Chilena. No obstante, la Circular dispone la aplicación del MPCNC a la “venta de materias primas negociadas en un mercado abierto, siempre y cuando la operación realizada entre partes relacionadas y la o las operaciones realizadas entre partes independientes se lleven a cabo en circunstancias comparables, y en concreto en el mismo nivel del proceso de comercialización (por ejemplo, venta a una empresa de producción secundaria o de montaje, a un distribuidor, a un minorista, etc.)”. En principio, pudiese pensarse que la Circular se alinea con el objetivo de dicho método, desde que la referencia a su negociación en mercado abierto nos hace pensar en la aplicación del valor del *commodity* al precio de cotización al momento de la transacción.

---

<sup>22</sup> La Circular sólo propone como ejemplo de utilidad de éste método el caso de *joint venture* y de algunos intangibles, sin entrar a detallar más al respecto.

Respecto de servicios intra-grupo, ni la normativa interna ni la jurisprudencia ha mostrado preferencia por algún método específico de PT para el análisis de su valoración. En esta materia se sigue el principio de utilización de la regla del mejor método. Como hemos observado más arriba, la Circular recomienda, señalando que sería de mayor utilidad, el método de costo más margen cuando la operación entre partes relacionadas consiste en prestar servicios en los que el prestador no aporta ningún activo intangible único y de valor y no asume ningún riesgo inusual.

Sin embargo, en la práctica se ha preferido utilizar el método transaccional de márgenes netos por considerar que el método anteriormente expuesto deja de lado gastos operativos necesarios para la prestación del servicio analizado.

Además, considerando la disponibilidad de transacciones comparables, el método transaccional de márgenes es preferible porque no se ve distorsionado por los distintos estándares contables que pudieran estar utilizando dichos comparables en sus respectivas jurisdicciones, para el reconocimiento de costos y gastos.

A esta conclusión también podremos llegar respecto de aquellos servicios en que si se aporta algún valor adicional o se asuma algún tipo de riesgo mayor.

En todo caso, la jurisprudencia aún no ha aportado nada al respecto.

Respecto de la necesidad de tener soporte de la prestación de los servicios intra-grupo, la norma de PT solo requiere en términos generales que el contribuyente mantenga a disposición del SII la totalidad de los antecedentes en virtud de los cuales ha aplicado tales métodos o elaborado los estudios, pudiendo incluso requerir información a autoridades extranjeras respecto de las operaciones que sean objeto de fiscalización por PT. No requiere al contribuyente tener un soporte en particular para el reconocimiento de los gastos por servicios intra-grupo.

Sin embargo, la normativa general sobre gasto en la LIR dispone que el contribuyente deberá acreditar o justificar en forma fehaciente ante el SII, los gastos en que incurra. De esta forma, será necesario que aquél tenga algún sustento o soporte que acredite la materialización efectiva de dichos gastos, situación que actualmente es objeto de fiscalización por parte del SII.

Así también lo dispone el artículo 21 del Código Tributario, artículo que dispone que será el contribuyente a quien le corresponde probar con los documentos, libros y otros métodos la verdad de sus declaraciones o la naturaleza de los antecedentes y monto de las operaciones que deben servir para el cálculo del impuesto.

Por lo tanto, es la normativa general sobre prueba la que exigirá al contribuyente

poder acreditar la materialidad del servicio del que fue beneficiario y que justificará la existencia del gasto.

## 6. DOCUMENTACIÓN

En cumplimiento de la Acción 13 del Plan BEPS, la OCDE ha elaborado un nuevo Capítulo V de las Directivas de PT OCDE relativo a la documentación de PT, que supone un cambio radical respecto del enfoque existente. Este plan de acción plantea una documentación estructurada en tres pilares. Sin embargo, para que el modelo definido tenga la validez general que se pretende, los distintos Estados tendrían que adoptar legislación uniforme que acoja el planteamiento. En este sentido, estimamos que la administración tributaria Chilena tiene un fuerte incentivo para incorporar a su cartera de documentación estos instrumentos. El SII ha dado señales en esta línea por medio de la incorporación de la declaración jurada N° 1913 antes señalada. Uno de los mayores problemas que actualmente tiene la administración tributaria es la falta de transparencia en las operaciones de los diversos grupos multinacionales que realizan actividades en Chile.

Si bien en principio no sería necesario un cambio normativo para los efectos de la recopilación de información, podría ser dudoso que se permita compartir información detallada de los negocios, contenida ya sea en el *Local file* o el *C-b-C Report*, a otra jurisdicción sin violar el principio de reserva que rige al SII. Si bien en el contexto de los tratados de intercambio de información podría permitirse esta transferencia, en ausencia de tratado podría constituir una violación de dicho principio. Para estos efectos será recomendable la incorporación de una normativa con rango de ley que permita utilizar este tipo de instrumentos de acuerdo con la finalidad establecida para ella, que es la de ser compartida con otras jurisdicciones fuera de procesos de fiscalización específicos.

La OCDE recomienda que el nuevo esquema de documentación sea exigible respecto de los ejercicios fiscales que empiecen el 1 de enero de 2016. En este sentido creemos factible su aplicación inmediata para el presente año, de ser aprobada una ley para ello, en el entendido que dicha información deba ser entregada al SII en el año siguiente al de la ocurrencia de una determinada operación.

El SII está actualmente solicitando mucha información respecto de los contribuyentes locales, por lo que cualquier otra herramienta que se utilice para la recopilación de información será bienvenida en Chile. En forma adicional, debemos señalar que Chile es un país receptor de inversión extranjera, por lo que es de su total interés transparentar aquellas situaciones que potencialmente puedan erosionar su base fiscal.

Si bien la información que se exige, en particular a través del *C-b-C Report*, puede ser considerada “sensible” desde el punto de vista empresarial y comercial, estimamos que la confidencialidad de la información aportada por el obligado estaría protegida por la “reserva tributaria” que obliga a la Administración Tributaria a mantenerla en reserva y utilizarla sólo para los fines propios.

Cabe señalar que Chile es parte del acuerdo de intercambio de información multilateral, por lo que en este contexto, es posible concluir que en efecto ha demostrado la intención de cooperar con las autoridades de otras jurisdicciones.

La propuesta de que exista una actualización anual de los tres documentos, con carácter general, con la posibilidad de actualizar comparables únicamente cada tres años en caso de que no haya un cambio de circunstancias no se opondría a ninguna norma interna. En todo caso, actualmente el contribuyente deberá mantener la información actualizada en el contexto de la obligación que tiene frente al SII de probar que cumple con toda la normativa tributaria.

Sobre la posibilidad de utilizar comparables regionales en la elaboración de la documentación cuando no haya comparables locales disponibles, en la práctica está totalmente aceptado su uso. La legislación sobre PT sólo dispone que el contribuyente deberá emplear el método más apropiado considerando la disponibilidad de información relevante y la existencia de operaciones comparables.

Respecto al régimen sancionatorio por incumplimiento, tal como señalábamos, la LIR sólo dispone la obligación de mantener a disposición del SII la totalidad de los antecedentes en virtud de los cuales se han aplicado tales métodos o elaborado dichos estudios. Sólo el incumplimiento de la obligación de presentar la declaración jurada sobre precios de transferencia, o su presentación errónea, incompleta o extemporánea, se encuentra actualmente sancionada con una multa de 10 a 50 UTA, multa que no podrá exceder del límite mayor entre el 15% del capital tributario del contribuyente o el 5% de su capital pagado.

En este sentido, de incorporarse en nuestra legislación la obligación de documentación contemplada en la acción 13, será necesario modificar la normativa legal con la finalidad de tipificar cualquier infracción a alguno de los presupuestos que se incorporarían.

No se advierte dificultad ante la necesidad de celebrar uno o varios tratados o convenios entre las administraciones tributarias. Estimamos que el ambiente político es propicio para este cometido.

Finalmente cabe señalar que en relación con la carga económica que este tipo de medidas puede imponer la administración tributaria a los contribuyentes, pode-



mos señalar que la única limitación se encuentra en los derechos constitucionales que cada ciudadano posee respecto del actuar del Estado, partiendo por el principio de legalidad de los tributos en el sentido de que cualquier obligación que implique una extracción de recursos a una persona residente en Chile, necesitará de una ley que así lo dispongan. No obstante, las obligaciones accesorias, podrían ser incorporadas fuera de los límites del principio de legalidad tributaria, siempre y cuando no viole ningún otro principio constitucional.

## **BIBLIOGRAFÍA**

### **Cuerpos normativos**

1. Ley N° 20.780 del 27 de septiembre de 2014.
2. Decreto Ley N° 824 de 27 de Diciembre de 1974, Ley sobre Impuesto a la Renta.
3. Decreto Ley N° 830 de 31 de Diciembre de 1974, Código Tributario.
4. Circular N° 29 emitida por el SII el 14 de junio de 2013.
5. Resolución Exenta N° 110 de 24 de diciembre de 2015 emitida por el SII.

### **Otras publicaciones**

1. OCDE/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project. “Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation”. Actions 8-10: 2015 Final Reports.
2. OCDE/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project. “Transfer Pricing Documentation and Country-by-Country Reporting”. Action 13: 2015 Final Report.

Enero, 2016

