



ALBERTO CUEVAS OZIMICA

Coordinador de Política Tributaria
Ministerio de Hacienda de Chile

Tributación de Derivados Financieros en Chile

Ley 20.544 de 2011

Montevideo, 25 de noviembre de 2015





Contexto previo a la Ley N° 20.544

- ✓ Ausencia de legislación sobre sus efectos tributarios (¿falta de certeza?)
- ✓ Su carácter “sui generis” hacía difícil aplicarles las instituciones jurídicas tradicionales
- ✓ Abundante jurisprudencia administrativa del SII (Casuística y con alcance restringido)
- ✓ Temas relevantes: ¿Cuál es el problema?; OTC vs. Mercados regulados; Rol del subyacente; Cobertura, especulación, arbitraje; Naturaleza y clasificación de la renta; Fuente de la renta; Momento de tributación; Tratamiento de pérdidas; Comisiones; Garantías; Normas contables; tratamiento en relación con los tratados para evitar la DTI; Normas anti elusión (instrumentos híbridos); Normas transitorias para el stock.

2

✓ **Ausencia de legislación particular sobre los efectos tributarios de los derivados.** Se aplicaba, por una parte, la legislación común civil y comercial y, por otra, las disposiciones tributarias generales, adaptándolas a la particular realidad jurídica de estos contratos, una de cuyas características es su gran dinamismo, el que se traduce en su permanente evolución, con el consecuente nacimiento de nuevas formas contractuales y combinaciones de las ya existentes

✓ **Su carácter “sui generis” hacía complejo aplicarles las instituciones jurídicas tradicionales.** Ello se traducía en una serie de dudas de orden tributario surgidas de la particular estructura jurídica de estos contratos, como por ejemplo, tratamiento de las **primas** (inversión o gasto), **comisiones** (costo o gasto), **rentas** (percibidas o devengadas), **resultados de su cesión** (ganancia o pérdida de capital, o cesión de derechos personales), **efectos de la liquidación** (dependiendo de lo que se dijera respecto del momento de tributación de las rentas), **fuente de la renta** (dónde se sitúan los derechos y obligaciones emanados del contrato), etc.

✓ **Abundante jurisprudencia administrativa del SII (Casuística y con alcance restringido).**

• **Ejemplo Clasificación de la renta (OF. 696 de 2008):** Los contratos de futuro o de derivados calificaban para los efectos tributarios como una operación de “**capitales mobiliarios**” de aquellas a que se refiere el artículo 20 N° 2 de la LIR (por tanto **¿las rentas debían reconocerse sólo percibidas o realizadas?**).

• **Requisitos para deducir gastos (OF. 4619 de 2004):** Las cantidades remesadas al exterior para cumplir con el contrato serían gastos necesarios para producir la renta y del giro del contribuyente, dado que están vinculados con un préstamo para la construcción de un gasoducto (se trata de operaciones de cobertura de riesgos financieros de tasa de interés en moneda extranjera del préstamo) Por tanto, si no se trata de operaciones de cobertura **¿no podrían calificarse como propias del giro y deberían rechazarse las pérdidas o gastos vinculados a la operación?**

• **Pagos al exterior por cobertura no son renta afecta a Impto. Adicional (OF 6625 de 2003).** El derivado tenía por fin compensar las fluctuaciones de la tasa de interés pactada, por lo que las cantidades que remesa al exterior no constituyen una renta afecta a impuesto (no son repatriación de una utilidad, sino cantidades para cubrir o compensar fluctuaciones del precio de la obligación contraída, sin que queden afectas al impuesto Adicional).

✓ **Diversas posiciones sobre temas de la mayor relevancia.**

• Cobertura v/s especulación **¿si eran de cobertura, no había tributación; si era de especulación, sí?**

• Naturaleza y clasificación de la renta **¿20 N°2 o 20 N°5? (el momento de tributación es distinto.**

• Fuente de la renta **¿dónde se sitúan los derechos u obligaciones y en qué momento se mide su situación? (a la celebración, durante el ejercicio, al cierre del ejercicio, al momento de su cesión o liquidación).**

• Momento de tributación de los resultados **(percibidos (más bien realizados) o devengados), etc.**



Historia de la Ley N° 20.544.

- ✓ **Mensaje** del ejecutivo N° 233 – 358, de 30 de agosto de 2010
- ✓ **Fundamentos.**
- ✓ **Vigencia de la nueva Ley:** Rige respecto de los derivados y opciones que se celebren, o modifiquen a partir del 1°, de enero de 2012.

3

✓ **Discusión previa al Mensaje:** El diagnóstico era que la legislación resultaba insuficiente. El SII había ido llenando ese vacío parcialmente. Ausencia de jurisprudencia judicial. En fin, se necesitaba un marco legal claro que permitiera el desarrollo de estas operaciones, considerando su importancia como instrumentos para el control de los riesgos de negocios (certeza jurídica).

✓ **Mensaje** del ejecutivo N° 233 – 358, de 30 de agosto de 2010.

✓ **Fundamentos:** Regular su tributación considerando:

- Modernización e internacionalización de los mercados.
- Importancia de estos contratos en el comercio (**control de riesgos**).
- Mercado financiero chileno requería una regulación orgánica de la tributación de los contratos derivados (**certeza jurídica**). Esto cobra especial relación con la nueva estructura de la justicia tributaria en nuestro país. Las controversias se resuelven por tribunales fuera del SII, respecto de quienes su jurisprudencia administrativa no es de aplicación obligatoria. Por otra parte, los contribuyentes pueden valerse de ella al amparo del art. 26 del Código Tributario.

✓ **Vigencia de la nueva Ley:** Rige respecto de los derivados y opciones que se celebren, o modifiquen a partir del 1° de enero de 2012 (Sobre este punto, hay un concepto jurídico indeterminado de la mayor relevancia. ¿Qué quiere decir modificar el contrato? ¿Se refiere sólo a la variación de alguno de sus elementos esenciales? ¿cuáles son esos elementos esenciales? ¿Qué sucede si hay una prórroga del plazo pactado para la o las liquidaciones? ¿qué pasa si varían sus elementos de la naturaleza o accidentales? ¿qué pasa si se ceden los derechos del contrato?.



Aspectos esenciales (Ley N° 20.544).

- ✓ Define qué se entiende por derivados para fines tributarios.
- ✓ También contiene una lista de contratos que no se consideran derivados para los efectos de esta Ley.

4

- ✓ Define qué se entiende por derivados para fines tributarios (Art. 2).
- No es una definición legal de alcance general (sólo tributario).
- **Lista nominativa de los derivados más comunes** (forwards, swaps, futuros, opciones y combinaciones de estos). Aplicando sobre estos conceptos las normas generales de interpretación de la Ley, deben entenderse de la misma o similar forma en que se entienden para quienes intervienen actualmente en estos contratos;
- **Otros en que el precio se establezca en función de variables que determinan el monto de la o las liquidaciones y sean reconocidos como tales por determinados entes reguladores locales** (por SVS, SBIF, Banco Central o Superintendencia de Pensiones).
- Otros en que precio se establezca **en función de variables no específicas a una de las partes** que determinan el monto de la o las liquidaciones; que **no requiera inversión inicial o la requerida se más baja que la necesaria para invertir directamente en el activo subyacente** y que **la liquidación se efectúe en una fecha futura determinada o determinable**.
- Subyace en esta forma de reglar el concepto la idea de que se favorece la **estandarización de estos productos** y, por supuesto, de que se efectúen en **condiciones normales o habituales en mercados abiertos con altos estándares de información**.
- ✓ Contiene una lista de contratos que no se consideran derivados para los efectos de esta Ley (aunque de acuerdo a los criterios anteriores puedan ser considerados como tales) (Ej: Préstamos o arrendamientos de valores en operaciones bursátiles de venta corta; contratos de seguros, compraventa de activos financieros en que sea obligatoria la entrega de tales activos en los plazos estipulados, etc.) Todas estas operaciones o contratos seguirán teniendo los efectos tributarios que producen hasta hoy de acuerdo a las normas que les sean aplicables.



Aspectos esenciales (Ley N° 20.544).

✓ Oportunidad para reconocer resultados.

Regla general.

Regla especial para contribuyentes que determinen su renta efectiva de la 1° Categoría según contabilidad completa.

✓ Se fija en la Ley un criterio IFRS.

5

✓ Oportunidad para reconocer resultados: (utilidades o pérdidas).

• **Regla general:** Resultados percibidos (se trata de resultados que se reconocen al ceder o liquidar el derivado). Se aplica tanto para las utilidades como respecto de las pérdidas que provengan de estos contratos.

• **Regla especial para contribuyentes que determinen su renta efectiva de la 1° Categoría según contabilidad completa:** Resultados devengados.

Para ello, se compara el valor justo del derivado a la fecha de celebración del mismo con su valor justo a la fecha de cesión o de cierre del ejercicio, según el caso.

Pero, ¿qué es valor justo para estos fines?. La propia Ley da una definición en el art. 5, N°4, literal i): “se entenderá por valor justo o razonable la cantidad por la que pueda ser adquirido un activo o pagado un pasivo, entre compradores y vendedores interesados y debidamente informados, en condiciones de independencia mutua. En consecuencia, el derivado debe reflejar el valor que el contribuyente recibiría o pagaría con motivo de la celebración del contrato de derivado en condiciones de mercado, sin incluir los costos de venta o transferencia.

✓ **Se fija en la Ley un criterio utilizado en las IFRS.** Valor justo o razonable, pero tiene una definición legal, de modo que aún cuando cambie la definición financiera, debe seguir aplicándose la legal para fines tributarios. Si se requiere un ajuste en el futuro, debe hacerse por la vía legislativa. Se estima que haber hecho una referencia genérica a IFRS hubiese generado una discusión sobre la constitucionalidad de la norma, porque uno de los elementos de la base imponible del impuesto se habría determinado indirectamente a través de una norma de rango inferior a la ley).



Aspectos esenciales (Ley N° 20.544).

- ✓ Reglas especiales para deducción de gastos.
- ✓ Naturaleza y clasificación de la renta.
- ✓ Fuente de la renta.

6

✓ **Reglas especiales para deducción de gastos.**

■ **Regla general:** Los desembolsos consistentes en comisiones, primas u otros causados por los derivados, podrán ser deducidos en la determinación de la renta líquida, siempre que cumplan con los requisitos establecidos en el art. 31 de la LIR y aun cuando no correspondan al giro del contribuyente. Tres comentarios: 1.- No basta que los gastos estén adeudados, sino que debe tratarse de desembolsos o gastos pagados; 2.- No es necesario que se trate de gastos del giro. Esto busca evitar que se puedan cuestionar aún cuando tengan que ver con algún derivado de especulación y 3.- Deben cumplir con los demás requisitos, donde destaca su acreditación fehaciente ante el SII y que se trate de gastos necesarios para producir la renta, requisito que es distinto a la vinculación con el giro. Por ejemplo, los gastos vinculados a un derivado para cubrir riesgos de un tercero, aunque sea relacionado, no podrían ser calificados como necesario para el contribuyente.

■ **Pagos al exterior:** Además de los requisitos generales del art. 31 (aunque no sean del giro), deben cumplir con requisitos adicionales, a saber; No haber sido contratados con partes en paraísos (Lista del art. 41D, N°2, de la LIR, salvo que exista acuerdo de intercambio de información con el paraíso) y ciertos requisitos vinculados a su contratación (ejemplo, haber sido contratados en Bolsa de Valores Local u otras afiliadas a la International Organization of Securities Commissions, IOSCO).

■ **Hay una norma de sanción que impide deducir gastos y pérdidas** cuando no se haya presentado en forma oportuna, correcta e íntegra las declaraciones juradas que exige la Ley en el art. 13 (su forma y oportunidad se fijará por resolución del SII).

✓ **Naturaleza y clasificación de la renta.** Se trata de rentas de la 1° categoría clasificadas expresamente en el N°5, del art. 20, de la LIR.



Aspectos esenciales (Ley N° 20.544).

- ✓ Fuente de la renta.
- Qué reglas utiliza la Ley.
- Cuál sería su fundamento.

7

✓ Fuente de la renta.

✓ **Qué reglas utiliza la Ley.** Son de fuente chilena cuando sean percibidas o devengadas por determinados sujetos (contribuyentes domiciliados o residentes en Chile, o por no residentes que tengan en Chile un EP (art. 58, N°1) o cuando se liquiden mediante entrega física de acciones o derechos de sociedades constituidas en Chile.

✓ Cual sería su fundamento.

- Es un extensión del concepto clásico de fuente utilizado por la LIR chilena (renta de fuente chilena es aquella que proviene de bienes situados en Chile o de actividades desarrolladas en el país).
- Para determinar la fuente, se utiliza uno de los factores o elementos tradicionales de atribución de potestad tributaria (el domicilio o residencia del titular de la renta).
- Dado que se trata de rentas proveniente de ciertos derechos, de algún modo la Ley entiende que tales derechos están situados en el Estado donde se encuentra el domicilio o residencia del titular del patrimonio del que forman parte.
- Este mecanismo funciona de manera eficiente como método para evitar una eventual doble tributación internacional de las rentas provenientes de los derivados.



Deberes de Información y Facultades de Fiscalización del SII.

- ✓ Verificación de cumplimiento de requisitos para deducción de gastos y desembolsos y reconocimiento de resultados.
- ✓ Cuando una o un conjunto de transacciones con derivados sea similar a otra transacción, el SII debe aplicar los impuestos que correspondan a esta última.
- ✓ Obligación de informar al SII.
- ✓ Tasación de los precios o valores fijados por las partes.

8

✓ **Verificación de cumplimiento de requisitos para deducción de gastos y desembolsos, y reconocimiento de resultados.** Se reafirman las facultades normales del SII sobre la materia (recordar que respecto de los gastos se aplican las reglas generales con tres particularidades; deben estar pagados, pueden no ser del giro y las normas especiales para gastos incurridos en el extranjero. Respecto de los resultados; dos reglas según las características del contribuyente (percibidos o devengados).

✓ **Cuando una o un conjunto de transacciones con derivados sea similar a otra transacción, el SII debe aplicar los impuestos que correspondan a esta última:**

■ Para esto, el SII deberá establecer fundadamente que la operación no ha obedecido a una legítima razón de negocios y que existen razones fundadas para determinar que mediante su celebración se ha pretendido como propósito encubrir un retiro de utilidades tributables o un crédito (los intereses) que debió tributar de acuerdo a la LIR.

■ **¿Qué es legítima razón de negocios?:** El SII sostuvo en la Circular 45 de 2001 que: “En todo caso, debe tenerse presente, que se entenderá que existe reorganización para los efectos de lo dispuesto en dicha norma, cuando exista una legítima razón de negocios que la justifique y no una forma para evitar el pago de impuestos, como puede ser el aporte a una sociedad existente que registra una pérdida tributaria y los bienes respectivos fuesen vendidos por ésta última dentro del período de revisión a un mayor valor absorbido por dicha pérdida.”

■ Esta norma implica determinar diferencias de impuestos en el ámbito administrativo sin ejercer necesariamente acciones penales.

✓ **Obligación de informar al SII.** Los contratantes e intermediarios deberán informar mediante declaración jurada en la forma y plazo que determine el SII en una resolución que se dictará prontamente, la información que este requiera sobre sus operaciones con derivados (ya se comentó la sanción que establece la Ley; rechazo a la deducción de gastos y pérdidas).

✓ **Tasación de los precios o valores fijados por las partes (se utilizan los mismos estándares que tiene hoy el art. 64 del Código Tributario).** Dada la complejidad de estas operaciones, el SII ha conformado un equipo especializado en valoraciones, las que entre otras materias se abocarán a los precios de transferencia, instrumentos derivados, reorganizaciones empresariales, operaciones complejas, etc.

