Artículo: Los requisitos de fondo del crédito fiscal
Revista: Nº195, año LXII (En-Jun, 1994)
Autor: Elizabeth Emilfork Soto

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Nº 195
AÑO LXII
ENERO - JUNIO 1994
Fundada en 1933

ISSN 0303 - 9986

REVISTA DE DERECHO

UNIVERSIDAD DE CONCEPCION

Facultad de
Ciencias Jurídicas
y Sociales

Artículo: Los requisitos de fondo del crédito fiscal
Revista: Nº195, año LXII (En-Jun, 1994)
Autor: Elizabeth Emilfork Soto

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

LOS REQUISITOS DE FONDO DEL CREDITO FISCAL

ELIZABETH EMILFORK SOTO
Profesora de Derecho Económico
Universidad de Concepción

LA RELACION CON EL GIRO

1. Más que un requisito, constituye un principio de la esencia del sistema, el hecho de que el impuesto, cuya deducción se pretende, deba haber sido soportado por exigencias o necesidades de la empresa. Su fundamento se ha expresado en los siguientes términos: "A menudo se compara el sistema de la T.V.A.* con una 'cadena': cada uno de los participantes en el circuito económico paga la T.V.A. sobre las operaciones que efectúa en el marco de su explotación, pero deduce la T.V.A. que le ha sido facturada con motivo de las transacciones efectuadas por las necesidades de su explotación. De esta forma, el impuesto sólo afecta el valor que el interesado 'agrega' al producto en cuestión. Es normal, entonces, que la deducción sea limitada al impuesto que haya gravado los bienes o servicios afectados a la explotación"[1].

Su consagración legal difiere en los distintos textos positivos. Así, la 2ª Directiva comunitaria refiere el derecho a los impuestos soportados respecto de bienes o servicios que el contribuyente "*utilice para las necesidades de su empresa*" (art. 11.1)[2]. La Sexta Directiva, por su parte, señala en el art. 17 apartado Nº 5 que "del derecho a la deducción se excluirán en todo caso los gastos que no tengan un carácter *estrictamente* profesional, tales como los de lujo, recreo o representación".

La legislación francesa utiliza las expresiones "*necesarios a la*

* Taxe sur la Valeur Ajoutée (T.V.A.)

[1] Cyrille, David, y otros *Les Grands Arrets de la Jurisprudence fiscale*, 2ª Edición, Sirey 1991, pág. 468.

[2] Una norma general se encuentra en la Ley de Luxemburgo, sin embargo, delimita en mejor forma el principio, al definir "empresa" como el conjunto de actividades generadoras de ingresos ejercidas por un contribuyente, con exclusión de algunas actividades especiales, tales como las complementarias, etc. Véase Derouin, Philippe, *El Impuesto sobre el Valor añadido en la C.E.E.*, Editorial de Derecho Financiero, Madrid 1981, pág. 230.

Artículo: Los requisitos de fondo del crédito fiscal
Revista: Nº195, año LXII (En-Jun, 1994)
Autor: Elizabeth Emilfork Soto

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

explotación" (art. 230-1 Anexo II). La ley española se refiere a "*los directamente relacionados con el ejercicio de su actividad empresarial o profesional*", considerando que cumplen este requisito los que se afecten "exclusivamente a la realización de dicha actividad" (art. 32 Nº 4).

La ley italiana condiciona el derecho a los impuestos soportados "*en el ejercicio de la empresa, arte o profesión*" (art. 19).

En el ámbito latinoamericano, la ley mexicana es más exigente, al utilizar las expresiones "*estrictamente indispensables...*", entendiendo como tales las erogaciones deducibles para los fines del Impuesto a la Renta (art. 4º); y la colombiana, "sólo los impuestos originados en *operaciones que constituyan costo o gasto* de acuerdo a las disposiciones de la ley de la renta" (art. 488).

Entre nosotros, el art. 23 Nº 2 declara improcedente el crédito fiscal por los impuestos soportados en la importación, adquisición de bienes o utilización de servicios "*que no guarden relación directa con la actividad del vendedor*".

Puede apreciarse que las expresiones utilizadas para consagrar el principio, tanto en el derecho chileno como en los textos extranjeros, son bastante ambiguas[4].

El problema se ha enfrentado, en parte, estableciendo la propia ley exclusiones del derecho a deducir respecto de bienes o servicios que, por su naturaleza, se estima a priori que no cumplirían la exigencia en cuestión.

En este sentido puede citarse la legislación española que considera no afectados exclusivamente:

-los bienes que se destinen a dicha actividad y a otras de naturaleza no empresarial ni profesional por períodos de tiempo alternativos,

-los que se utilicen simultáneamente para actividades empresariales y profesionales, y para actividades privadas,

-los que no ingresen al patrimonio empresarial o profesional (por ejemplo, los excluidos de la contabilidad),

-los destinados a la satisfacción de necesidades personales o particulares de los empresarios o profesionales o de sus familias o bien del personal dependiente de los mismos, exceptuado el alojamiento gratuito del personal encargado de vigilancia o seguridad, en los locales o instalaciones de la empresa.

De acuerdo al Reglamento, se entienden destinados a las satisfacciones personales, entre otros, los bienes o servicios relativos a la adquisición, arrendamiento, construcción y entretenimiento de clubes sociales, guarderías infantiles, instalaciones deportivas o culturales, sanitarias no exigidas por disposiciones vigentes y otras instalaciones análogas; asimismo, los referidos a la adquisición y mantenimiento de equipos y materiales deportivos, culturales, docentes, recreativos y otros análogos (art. 61 del Reglamento).

Sin embargo, no se excluye del derecho a la deducción los que se utilicen para necesidades privadas de forma accesoria y notoriamente irrelevante. El reglamento señala ejemplificativamente el caso de bienes inmuebles que el

[4] Exceptuando aquellas que le dan mayor precisión al vincular el crédito fiscal a las deducciones aceptables para los efectos de la Ley de Impuesto a la Renta.

Artículo: Los requisitos de fondo del crédito fiscal
Revista: Nº195, año LXII (En-Jun, 1994)
Autor: Elizabeth Emilfork Soto

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

sujeto pasivo o las personas que convivan con él utilicen en día u horas inhábiles, durante los cuales no continúe el ejercicio de la actividad profesional o empresarial.

Las leyes francesa e italiana también consideran exclusiones específicas, respecto de ciertos bienes y servicios. Aun cuando estas limitaciones no se encuentran expresamente fundamentadas en el requisito en análisis, no cabe duda que, al menos respecto de algunas de ellas, ésa es la razón. Tal ocurre, por ejemplo, con los desembolsos efectuados por concepto de alojamiento, restaurante, recepción y espectáculos; y de algunos vehículos concebidos para transportar personas, o de uso mixto (arts. 236 y 237 Anexo II, Código general de Impuestos francés). Y respecto de ciertos automóviles, naves y embarcaciones deportivas, carburantes y lubricantes, alojamiento y suministros, etc. (art. 19 ley italiana).

Decíamos que ésta es una solución parcial al problema, ya que, aun así, situaciones de hecho han originado pronunciamientos administrativos y judiciales. En Francia, por ejemplo, el Consejo de Estado ha denegado el derecho a la deducción respecto de las sumas desembolsadas por una empresa para disponer de lugares de caza, a las cuales se invitan los clientes y que no corresponden a servicios prestados por necesidades de la empresa (C.E. 20.06.69).

En cambio, se ha estimado plenamente deducible los impuestos soportados en la adquisición de:

-perros de defensa para guardias de inmuebles industriales,

-flores para la decoración de un negocio

-desembolsos para la mantención del césped, respecto de un restaurante

-receptores de radio y televisión para los hoteles, etc.

-adquisición o arrendamiento de estacionamientos puestos a disposición de los clientes, de miembros del personal, en el lugar de trabajo.

-gastos relativos a inmovilizaciones afectadas especialmente, en el mismo lugar de trabajo, a la satisfacción colectiva de las necesidades del personal: tales como casinos de la empresa, enfermerías, locales y materiales afectados a la cultura física, aparatos distribuidores de alimentos o bebidas.

-gastos relativos a vestuario de trabajo o de protección distribuidos gratuitamente al personal o mediante un pago reducido por parte de éstos, etc.[4]

Nuestra ley también ha utilizado la alternativa de la exclusión, pero sólo en forma muy limitada, al denegar el derecho al crédito fiscal respecto de los impuestos soportados en relación con automóviles, stations wagons y similares, así como de los desembolsos que a ellos se vinculen (art. 23 Nº 4).[5]

[4] "La taxe sur la valeur ajoutée" en *La Revue Fiduciaire*, Nº 768, junio 1991, págs. 151 y 160.

[5] Los desembolsos cuyo crédito fiscal se deniega están expresamente enumerados, de manera que, en nuestra opinión, todos aquéllos no considerados expresamente darían derecho a la deducción en la medida en que los citados vehículos se encuentren relacionados directamente con el giro; tal ocurre, por ejemplo, con los pagos por concepto de seguros.

Artículo: Los requisitos de fondo del crédito fiscal
Revista: Nº195, año LXII (En-Jun, 1994)
Autor: Elizabeth Emilfork Soto

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

2. El principio en la legislación chilena.

El análisis de esta materia en el ámbito nacional puede enfocarse, en nuestra opinión, desde las siguientes perspectivas:

a) El principio de la "afectación directa con la actividad del vendedor" ¿es identificable con la noción de gasto necesario para producir la renta?

El problema surge de lo dispuesto en el art. 23 en el Nº 1 [6] en cuanto reconoce el derecho al crédito fiscal respecto de los impuestos soportados en relación con los "gastos de tipo general". Esta declaración legal, ¿implica, al igual que lo que ocurre en las legislaciones colombiana y mexicana, remitir el principio de la "afectación al giro" a la aceptación del gasto para efectos de la Ley de Impuesto a la Renta?

¿Son conceptos equivalentes o la referencia a "gasto de tipo general" implica una exigencia adicional relativa a la "necesidad" del gasto?

Ni la ley ni el reglamento definen o dan un concepto de "gastos de tipo general". La jurisprudencia judicial ha entendido que bajo esa denominación se comprenderían los llamados "gastos necesarios para producir la renta" regulados en el art. 31 de dicha ley. Así, la Corte de Apelaciones de San Miguel, en fallo confirmado por la Corte Suprema, al rechazar el recurso de queja interpuesto por el Consejo de Defensa del Estado, expresó: "Que si bien el legislador no ha definido qué es un gasto general, la Ley de la Renta, en su artículo 31, da un concepto de cuáles son los que permite deducir de la renta, que no son otros, en términos amplios, que los necesarios para producirla, ya sea que se encuentren pagados o adeudados, gastos que pueden ser para adquirir bienes o los denominados financieros, que proporcionan a la empresa los recursos en dinero para su adecuado funcionamiento, dentro de los cuales naturalmente está la contratación de préstamos o mutuos".

"Estos gastos son generales por no afectar a hechos u operaciones determinados y tienen íntima relación, están en relación, en conexión con el giro o actividad del contribuyente, puesto que éste debe solucionar los préstamos que ha contraído para hacer funcionar la empresa..."[7]

Puede apreciarse que el Tribunal acepta la equivalencia de los conceptos; en otras palabras, un gasto considerado necesario para producir la renta cumpliría el requisito de la afectación al giro, dando lugar, por esa sola calificación, al crédito fiscal.

Esta posición no es compartida por la Administración, la que si bien ha aceptado, en principio, la correspondencia entre ambos conceptos, no reconoce su equivalencia, para los efectos de la procedencia del crédito fiscal.

Es así como, actuando como Tribunal de 1ª instancia, el Director Regional de Santiago Oriente sostuvo: "Que el DL 825 y su reglamento en el art. 40 dispone que dan derecho a crédito fiscal las adquisiciones de especies relacionadas con gastos de tipo general. Que el concepto de gasto general en las leyes

[6] Esta norma que se encontraba en el Reglamento se incorpora al texto legal en virtud de la modificación introducida por la ley 18.320 (*D.O.* 23.07.87).

[7] En *Revista Impuestos* Nº 21, julio de 1992, pág. 32. Los hechos discutidos en esta causa eran la procedencia del crédito fiscal por impuestos soportados en los cobros realizados por el Banco Central de Chile por cupos para la adquisición de pagarés de la deuda externa.

Artículo: Los requisitos de fondo del crédito fiscal
Revista: Nº195, año LXII (En-Jun, 1994)
Autor: Elizabeth Emilfork Soto

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

tributarias es aquél calificado de "gasto necesario", que al no estar definido por *la ley se debe* recurrir al sentido natural y obvio que da el *Diccionario de la Lengua Española* al término "necesario" y que es "aquello que es indispensable o hace falta para un fin". De ello se infiere que cumple este requisito aquel gasto inevitable u obligatorio. Además, debe tenerse presente que los gastos que se rebajen como pérdida de los resultados de una empresa deben ser propios o estar en relación a la actividad generadora de la renta" (considerandos 5º y 6º).

"Que respecto a lo alegado en cuanto afectaría dicho servicio a un gasto de tipo general, ello no se enmarca dentro de las disposiciones legales analizadas precedentemente[8], porque la operación no guarda relación directa con la actividad o giro de la representada..." (considerando 8º).[9]

Puede apreciarse que en criterio del sentenciador el derecho al crédito fiscal estaría sometido a una doble exigencia. La primera, que los desembolsos por los cuales se ha soportado el impuesto sean "necesarios" en los términos de la Ley de Impuesto a la Renta (asimilación del concepto de gasto general con el de gasto necesario). La segunda, que, para efectos del crédito fiscal, la relación de los desembolsos con el giro debe ser "directa"; es decir, más estrecha que lo que la Ley de Impuesto a la Renta requiere respecto de los gastos necesarios.

Esta interpretación, que implica descomponer el requisito en una doble exigencia, se aprecia también en la jurisprudencia administrativa. Requerido un pronunciamiento del Servicio acerca de la situación tributaria de las sumas pagadas por una empresa por concepto de rentas de arrendamiento de un inmueble amoblado proporcionado como casa habitación a un socio gerente, sostuvo: "...cabe tener presente que en la misma medida en que, en definitiva, se determine por la respectiva Dirección Regional del Servicio de Impuestos Internos que la renta de arrendamiento conforma un *gasto general*, necesario de la empresa que utiliza el bien, el IVA que grave esa renta constituirá crédito fiscal para el arrendatario que lo soporte..."[10]

Se aprecia que el criterio administrativo transcrito, aun cuando utiliza la expresión "necesario" mantiene también la noción de "gasto general", lo que supone ambos requisitos.

Para efectos del análisis, es interesante tener presente algunas consideraciones previas:

- En primer lugar, debe consignarse que en los diversos proyectos que precedieron a la ley española se establecía expresa y separadamente la calidad de "necesario" del gasto. Así, el texto de 05.06.81 expresaba: "Los sujetos pasivos deducirán exclusivamente el impuesto satisfecho como consecuencia de las importaciones o el soportado en las adquisiciones de bienes o servicios que

[8] La referencia está hecha a los arts. 23 N° 2 de la ley y 41 del Reglamento.

[9] En *Revista Impuestos* N° 32, junio de 1993, pág. 45. Los hechos eran similares a los señalados en la nota anterior. Sin embargo, en este caso se rechazó la reclamación por estimarse que el gasto no era necesario ni guardaba relación con el giro. La sentencia fue confirmada por la Corte de Apelaciones de Santiago.

[10] Oficio N° 4976 de 01.12.92.

Artículo: Los requisitos de fondo del crédito fiscal
Revista: Nº195, año LXII (En-Jun, 1994)
Autor: Elizabeth Emilfork Soto

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

estén directamente relacionados con su actividad y *sean necesarios para el ejercicio de la misma*"[11].

Esta exigencia, sin embargo, fue eliminada del texto finalmente aprobado, lo que, al decir de Checa González, resulta positivo, puesto que implicaba una restricción que limitaba el derecho a la deducción[12].

- En segundo término, como hicimos presente, la incorporación a la ley del concepto de gasto general se produjo con bastante posterioridad a la dictación del texto original, traspasando una norma de carácter reglamentario. En consecuencia, no nos parece que pueda derivarse de ella una nueva limitación al ejercicio del crédito fiscal, como pretende la Administración.

- El concepcto de gasto necesario es, por así decirlo, clásico en la legislación tributaria nacional y comparada, de manera que no puede estimarse que el legislador del IVA ignorara su existencia; sin embargo, no lo utilizó, prefiriendo el de "gastos de tipo general"; esta opción no puede estimarse, por lo tanto, producto de un error legislativo, sino que implica una intención manifiesta de diferenciar ambos conceptos.

- Asimismo, no nos parece que haya sido también por error el que, tratándose del IVA, se haya exigido una "relación *directa* con el giro"; adjetivo que no se encuentra en la noción de gasto necesario.

En base a las consideraciones anteriores, estimamos que el legislador, al señalar la procedencia del crédito fiscal también respecto de los gastos de tipo general, sólo quiso explicitar que el IVA chileno acogía el principio de deducción financiera otorgando derecho a la deducción no sólo por aquellos bienes que se incorporan físicamente, sino también respecto de los gastos que, siendo necesarios, no tienen una exteriorización física en el producto.

De ello se derivan las siguientes consecuencias:

1. No es aceptable que la referencia a los gastos de tipo general implique establecer un nuevo requisito para la procedencia del derecho a la deducción.

2. Que el principio de relación con el giro debe analizarse en función de la forma en que ha sido consagrado en el DL 825. Ello implica que un gasto, considerado necesario para producir la renta, no necesariamente (y valga la redundancia) originará el derecho al crédito fiscal, en atención a que para el primer concepto basta la "relación con el giro"; en cambio, para la deducción, dicha relación debe ser "directa".

A la inversa, un gasto cuyo carácter necesario pudiera ser objetado en

[11] Colmenar Valdés, comentando este precepto, señala que la expresón "necesarios..." puede suscitar dudas considerando la tendencia doctrinaria a dar a dichos términos un carácter restrictivo en el ámbito del impuesto a la renta. Sin embargo, hace presente que esta tendencia debiera modificarse considerando que en la nueva ley de la renta se manifiesta el deseo de una mayor aproximación entre los criterios económicos y fiscales. Véase "El Derecho a la deducción en el I.V.A." en *Revista de Derecho Financiero y Hacienda Pública*. España, Nº 157 II, enero-febrero 1982, pág. 320.

[12] Checa González, en Calvo Ortega, y otros, *El I.V.A. en España*, Editorial Lex Nova Valladolid, 1987, pág. 91

Artículo: Los requisitos de fondo del crédito fiscal
Revista: Nº195, año LXII (En-Jun, 1994)
Autor: Elizabeth Emilfork Soto

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

relación a los requisitos establecidos en el art. 31 de la Ley de Impuesto a la Renta, no por ello debe ser rechazado como crédito fiscal. Dos ejemplos nos permiten ilustrar nuestro planteamiento.

Recordemos que el Servicio de Impuestos Internos sostiene, fundamentándose en el *Diccionario de la Real Academia*, un concepto bastante restrictivo de "gasto necesario", aceptando como tales sólo aquellos desembolsos de carácter inevitable u obligatorio[13]. Ahora bien, es perfectamente posible que un desembolso que no sea inevitable u obligatorio se encuentre, sin embargo, directamente relacionado con el giro, como ocurriría respecto de las comisiones e intereses pagados por un crédito bancario destinado a la adquisición de mercaderías o de activo fijo por un contribuyente que hubiera podido efectuar las adquisiciones con dineros propios[14]. Si bien ese gasto podría ser rechazado para efectos del impuesto a la renta, si procediera IVA en relación con ellos, sería deducible pues cumple el requisito de afectación directa a la actividad.

Un segundo ejemplo de nuestra afirmación se encuentra en las situaciones en que se ha procedido por la Administración a la regulación cuantitativa del gasto.

Recordemos que, para efectos de la Ley de Impuesto a la Renta, se ha sostenido que la Administración puede evaluar la "necesidad de un gasto" desde una doble perspectiva: cualitativamente, es decir, en cuanto a la naturaleza del mismo, y cuantitativamente, en relación a su monto[15]. De manera que es perfectamente posible que un desembolso, siendo necesario en relación al primer criterio, sea regulado en cuanto al segundo, aceptándose sólo en aquella suma que se estime "necesaria".

El problema respecto del IVA es si esta aceptación parcial habilita a la Administración para rechazar, total o parcialmente, el crédito fiscal originado en ese desembolso.

La jurisprudencia francesa, conociendo de un problema suscitado por una facturación estimada excesiva entre una sociedad madre y su filial, sostuvo: "...que la T.V.A. que gravó las adquisiciones efectuadas, para las necesidades de la explotación del contribuyente, es deducible de aquella a la que éste está sometido en razón de sus propios negocios, a condición de que las facturas de estas compras mencionen dicha tasa, que hayan sido emitidas por el proveedor a nombre del contribuyente, que correspondan efectivamente a la entrega de la mercadería o a la ejecución de la prestación de servicio de la que dan cuenta, y

[13] Alguna jurisprudencia judicial no comparte esta posición dando mayor flexibilidad al concepto. Véase sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago en *Revista Impuestos* Nº 8, mayo de 1991, pág. 32.

[14] La Corte de Apelaciones de Concepción en situación similar a la planteada declaró procedente la deducción del gasto estimando que los intereses cancelados se relacionaban con el giro del negocio. Véase sentencia citada en la nota siguiente.

[15] Es necesario tener presente que, en materia de impuesto a la renta, se ha discutido la facultad de la Administración para inmiscuirse en la gestión de la empresa; en este sentido, la Corte de Apelaciones de Concepción, en fallo de 15.12.93 dictado en causa rol 268-91, sostuvo la procedencia de un gasto objetado por el Servicio de Impuestos Internos por estimar que "cada uno decide cómo invierte su dinero y de qué manera planifica su negocio". Esta problemática ha dado origen en Francia a la "teoría de los actos normales y anormales de la empresa", véase Cyrille, David, op.cit.pág. 331.

Artículo: Los requisitos de fondo del crédito fiscal
Revista: Nº195, año LXII (En-Jun, 1994)
Autor: Elizabeth Emilfork Soto

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

que el precio indicado sea realmente el que debe ser pagado por el adquirente; que la circunstancia planteada por la Administración, en cuanto a que las compras efectuadas por la Sociedad "Montaval" a la sociedad "Mossant" revelaban, por su precio, actos de gestión comercial anormal, no la autoriza para rehusar las deducciones del impuesto efectuadas por la sociedad requirente, en razón de sus compras, desde que la administración no se fundamenta en que alguna de las condiciones enunciadas por los textos mencionados, haya dejado de cumplirse..." [16].

No hemos encontrado, en las legislaciones consultadas, texto expreso sobre este punto. Tampoco existe en la ley chilena. Habiéndose planteado el problema en la práctica[17], la ausencia de una disposición que permita parcializar el crédito fiscal llevó al fiscalizador, en el caso citado, a fundamentar la liquidación en forma ambigua, invocando, por una parte, el carácter de no necesario del gasto en razón a su monto y, por otra, objetando el crédito fiscal basado en la inexistencia de la operación.

El problema se encuentra estrechamente ligado a la teoría de los actos normales y anormales de la empresa. Es ésta una creación jurisprudencial francesa relacionada con el principio de la libertad de gestión, conforme al cual el empresario es libre en las decisiones que adopta respecto de su empresa; y los gastos que contrae para el funcionamiento de la misma constituyen normalmente gastos deducibles, siempre que dicha deducción no esté prohibida por una disposición particular y no puedan ser considerados producto de una "gestión anormal".

Para estos efectos, se considera "acto anormal" aquel que es contrario a los intereses de la empresa. Si el objeto de ésta es la obtención de un beneficio, todo acto que *a priori* fuere en contra de esta finalidad debiera calificarse de anormal, a menos que se espere de él una "contrapartida" útil a la explotación. En consecuencia, "el criterio esencial del acto normal de gestión es el interés de la explotación". Ello no implica, sin embargo, como también lo ha señalado la jurisprudencia francesa, que el contribuyente esté obligado a obtener de sus negocios el máximo de beneficios que las circunstancias le hubieren permitido; en otras palabras, se reconoce al contribuyente un verdadero "derecho al error" [18].

Relacionando esta materia con el problema que nos preocupa, estimamos que, mientras no se modifique la ley, el Servicio de Impuestos Internos no está habilitado para rechazar ni parcializar el crédito fiscal como consecuencia de una regulación cuantitativa del gasto. Y ello precisamente por no ser equivalentes los conceptos de gasto necesario y de gasto general.

Finalmente, debemos hacer presente que, de hecho, el Servicio de Impuestos Internos ha negado en numerosas oportunidades el derecho al crédito fiscal, respecto de desembolsos que manifiestamente constituyen gastos nece-

[16] Sentencia del Consejo de Estado de 04.03.85, en Cyrille, David, op. cit. pág. 466. Este criterio fue confirmado en otra causa, con fecha 06.07.88, véase op. cit. pág. 474.

[17] Causa rol 14-94 en primera instancia, en que se desechó la reclamación; rol 798-94 de la I.C. Apelaciones de Concepción, aún no fallada al momento de escribirse estas líneas.

[18] Cyrille, David, op. cit. pág. 332.

Artículo: Los requisitos de fondo del crédito fiscal
Revista: Nº195, año LXII (En-Jun, 1994)
Autor: Elizabeth Emilfork Soto

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

sarios en los términos del art. 31 de la Ley de Impuesto a la Renta. Tal ha ocurrido, por ejemplo, respecto de impuestos soportados en relación con gastos médicos de los trabajadores, asumidos por la empresa en virtud de un convenio colectivo[19]; con desembolsos relacionados con arreglos florales, cocktail del personal, obras de jardinería, etc.[20]

En todo caso, y como veremos en el párrafo siguiente, al analizar con mayor profundidad las normas sobre afectación al giro, alguna relación indudablemente existe entre ambos conceptos; pero no puede estimarse que haya equivalencia.

b) El principio en su consagración legal y reglamentaria

Como hemos manifestado reiteradamente, el DL 825 lo establece exigiendo que los bienes adquiridos o importados y los servicios utilizados guarden relación directa con la actividad del vendedor [21].

Para el análisis debemos, pues, detenernos en los dos aspectos fundamentales de la norma, el concepto de "actividad" y el adjetivo "directo".

En cuanto al primero, el legislador ha usado la expresión "actividad" y no "giro", como ocurre en la Ley de Impuesto a la Renta; sin embargo, la norma reglamentaria hace sinónimos ambos términos al referirse al "giro o actividad". Igual identificación encontramos en la jurisprudencia judicial[22].

La Corte de Apelaciones de Santiago, precisando el concepto de giro, ha sostenido: "La palabra 'giro' no ha sido definida por el legislador, aunque numerosos textos legales la emplean, aunque no con significado equivalente. En un sentido amplio, puede decirse que es el objeto económico a que se dedica una persona natural o jurídica. En este aspecto hay comerciantes y hay sociedades civiles y mercantiles (art. 2.059 C. Civil). El *Diccionario de la Real Academia* de 'Giro' dice: 'Conjunto de operaciones o negocios de una casa, compañía o empresa'. En el mismo sentido amplio la usa nuestro Código de Comercio, al disponer que en la escritura de constitución de una sociedad colectiva debe expresarse: '5, las negociaciones sobre qué debe versar el giro de la sociedad' (art. 352). El art. 69 del Código Tributario dispone que toda persona ...que por terminación de su giro comercial o industrial, o de sus actividades deje de estar afecta a impuestos... De lo expuesto aparece que la palabra en estudio es ambigua y tanto significa 'actividad económica en general' -comerciante, agricultor, industrial- como una actividad económica especializada: Tonelería, Manufacturera de papeles y cartones, Ferretería, importación de vehículos, etc...".

Y agrega que el giro en el caso sublite se encontraba expresado, entre otros, en la razón social "Inversiones y Servicios Ltda.", y en su escritura de constitución[23].

[19] Oficios 5212 de 28.12.84 y 4175 de 23.10.87

[20] Oficio 3830 de 05.07.79

[21] Hay aquí evidentemente una omisión al referir la exigencia sólo al vendedor, debiendo haberse considerado en relación con el sujeto pasivo para incluir de esta forma también al prestador de servicios.

[22] Véase Sentencias de la Corte de Apelaciones de San Miguel en *Revista Impuestos* Nº 21, julio de 1992, pág. 36, y de 24 de diciembre de 1993 en causa rol 1652-91.

[23] Corte de Apelaciones de Santiago, en *Revista Impuestos* Nº 8, mayo 1991, pág. 43.

Artículo: Los requisitos de fondo del crédito fiscal
Revista: Nº195, año LXII (En-Jun, 1994)
Autor: Elizabeth Emilfork Soto

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

El Director Regional de Santiago Oriente, actuando como tribunal de 1ª instancia, ha expresado: "El giro, o aun en sentido más amplio, la actividad de la reclamante es la compraventa de vehículos y venta de repuestos..." [24]; y la Corte de San Miguel ha estimado que "el objeto de toda sociedad es obtener utilidades, aun cuando algunas no las logren, y su giro o actividad es el conjunto de actividades que llevará a cabo, lo que equivale a profesión u oficio, tratándose de personas naturales" [25].

Concordamos plenamente con el Director Regional en cuanto a que la expresión "actividad" pareciera denotar una mayor amplitud; sin embargo, no cabe duda que ambos términos son usados como sinónimos en la legislación tributaria[26].

Nos parece asimismo que, como señala la Corte de Apelaciones de Santiago, las expresiones son ambiguas, prueba de ello es el último de los fallos citados que sin duda da al concepto un alcance mucho más amplio que el que normalmente se le otorga. Sin embargo, como agrega el mismo Tribunal, existen diversas formas objetivas que pueden ser utilizadas para delimitar el giro.

El problema es más complejo cuando se trata de determinar si los bienes o servicios adquiridos guardan relación "directa" con el giro. El art. 41 inciso 2º del Reglamento entiende que no existe esta relación directa cuando los bienes o servicios "se destinen a fines diferentes de aquellos que constituyen su giro o actividad habitual".

La jurisprudencia administrativa[27] y judicial se ha pronunciado en numerosas oportunidades sobre este aspecto. Debe tenerse presente, sin embargo, que parte de ella se originó a propósito del art. 40 del reglamento, lo que, en cierta medida nos parece, distorsionó el enfoque del problema[28].

La Corte de Apelaciones de Santiago, conociendo de una causa en que se discutía la procedencia del crédito fiscal respecto de diversos desembolsos efectuados por una empresa, cuya línea tradicional de comercio era la de artículos deportivos, desembolsos que se originaron en su expansión al rubro artículos electrónicos y que consistieron fundamentalmente en bienes y servicios para arrendar, ampliar y acondicionar tanto los locales que ocupaba como los nuevos que había arrendado, sostuvo, refiriéndose a la norma reglamentaria:

[24] En *Revista Impuestos* Nº 32, junio de 1993, pág. 45.

[25] Causa rol 1652-91, citada en nota 45.

[26] En este sentido, la Corte de Apelaciones de Santiago ha manifestado: "Tan sutil diferencia semántica si bien puede resultar importante frente a otros tópicos, no obsta a que para precisar el sentido de la disposición legal se valga el sentenciador de la disposición reglamentaria..." Véase *Gaceta Jurídica* Nº 38, agosto 1983, pág. 108.

[27] Véase citas 19 y 20. Debe destacarse, sin embargo, que la jurisprudencia administrativa es contradictoria, así en oficio 147 de 30.03.79 se acepta la procedencia del C.F. por la adquisición de tarjetas de Navidad, calendarios, ceniceros, pan de pascua, licores y otros, como asimismo por gastos de alimentación del personal en trabajos extraordinarios, etc.; sin embargo, desembolsos similares se rechazan en el oficio 3380 del 05.07.79.

[28] Debe recordarse también que el concepto de giro fue utilizado en términos extraordinariamente restrictivos para justificar la legalidad de la norma del art. 40 del Reglamento que excluía el derecho al crédito fiscal respecto de los bienes corporales muebles que se incorporaban a inmuebles por naturaleza. No hemos considerado dichos fallos por estimar que en aquellas situaciones se desvirtuó el concepto, con la finalidad precisa que hemos señalado.

Artículo: Los requisitos de fondo del crédito fiscal
Revista: Nº195, año LXII (En-Jun, 1994)
Autor: Elizabeth Emilfork Soto

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

"Haciendo abstracción de sus ejemplos -que en lo relativo al uso particular de la adquisición parece inexacto, pues en ciertos casos éste es requerido para los fines del giro; y en los demás incurre en manifiesta tautología- conviene rescatar la idea definitoria central del texto, a saber, que no hay relación directa entre la adquisición o utilización y la actividad o giro del contribuyente cuando aquélla se destina a un fin diferente del *que constituye su giro o actividad habitual*[29]. De lo dicho, y razonando ad contrarium puede concluirse que un contribuyente tiene derecho a crédito fiscal cuando destina la adquisición o servicio por los que soporta el gravamen del IVA a un fin propio de su giro o actividad habitual".

Y, agrega, refiriéndose a la situación discutida: "...siendo el fin propio de la Central Deportiva Sparta Ltda. el comercio en artículos deportivos y electrónicos, tales gastos resultan indispensables para el desarrollo e incremento de su giro o actividad habitual, pues están destinados a procurar la estructuración material adecuada para la mejor administración de la empresa y, sobre todo, a obtener un aumento en el flujo de ventas a través de la presentación y exhibición de recintos atrayentes, cómodos y acordes con las últimas exigencias de un mercado competitivo[30]".

Lamentablemente y no obstante la sólida fundamentación del fallo, la Corte Suprema casó la sentencia considerando, entre otras argumentaciones, que "la frase 'que no guarden relación directa con la actividad del vendedor' empleada en el art. 23 Nº 2 del DL 825, debe interpretarse según lo dispuesto en los arts. 19 y 20 del Código Civil, conforme a su tenor literal, esto es, su sentido natural y obvio, que generalmente le otorga el léxico. El adjetivo 'directo' significa 'derecho o en línea recta' y, en su tercera acepción, 'aplícase a lo que se encamina derechamente a una mira u objeto', es decir, la frase se refiere inequívocamente a la actividad del vendedor dirigida finalmente a la mira u objeto de la empresa, en el caso de autos, la venta de artículos deportivos o electrónicos.

"Esta interpretación de la ley es, por lo demás, la que se aviene lógicamente con el contenido del precepto, que persigue excluir del crédito fiscal las inversiones que no generan un débito fiscal, en especial aquellas que tienen el carácter de consumo o consumación final".

"En el presente caso no se encuentran en juego los conceptos de conveniencia de la empresa, de exigencia competitiva o de mayor éxito comercial, sino que únicamente el de actividad productora de un débito fiscal, con cargo al cual se invoque el crédito fiscal. Si no fuera así también podrían impetrarse supuestos créditos fundados en el IVA pagados por avisos y propaganda comercial realizados por medio de la radio televisión o periódicos noticiosos -cuya eficacia en la comercialización de los bienes es innegable- no obstante que por expresa disposición de los Nºs 1 y 2 del art. 13 del DL 825, están excluidos de la liberación del impuesto, porque, por un lado, se les obliga a pagarlos y, por otro, se admitiría un crédito fiscal por su monto. Esta solución paradojal es inadmisible,

[29] El destacado es nuestro.

[30] Sentencia de 21.07.83 en *Gaceta Jurídica* Nº 38, 1983 pág 108. En éste uno de los mejores fallos que se han dictado en materia del IVA pues contiene un análisis doctrinario acerca de la estructura jurídico-económica del impuesto y de los fundamentos del crédito fiscal.

Artículo: Los requisitos de fondo del crédito fiscal
Revista: Nº195, año LXII (En-Jun, 1994)
Autor: Elizabeth Emilfork Soto

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

pues el comprador de los avisos o propaganda es el consumidor final y no genera ningún crédito fiscal"[51].

Puede apreciarse que en el fallo citado, la Excma. Corte confunde dos requisitos distintos del crédito fiscal. En efecto, su razonamiento se basa, fundamentalmente, en la exigencia de que los bienes o servicios se destinen a operaciones afectas -mal traducido por la administración y por alguna jurisprudencia judicial, en una especie de aforismo según el cual no hay crédito sin débito- en circunstancia que lo debatido en la causa era la relación de los gastos con el giro.

Tampoco constituye, en nuestra opinión, una paradoja inaceptable el que pueda existir crédito fiscal por los desembolsos relacionados con la propaganda comercial y el hecho de que al otorgarse exención a las empresas de radio y televisión, se hayan excluido los ingresos provenientes de tales avisos, puesto que, si así fuera, siempre la utilización del crédito fiscal respecto de gastos generales sería paradojal e inaceptable.

Se observa, sin embargo, un cambio de criterio en el Excmo. Tribunal, en la sentencia de 14 de mayo de 1986, al aceptar el derecho al crédito fiscal respecto de los desembolsos efectuados por una empresa constructora en agasajos a su personal con motivo de las fiestas de fin de año. En esa oportunidad sostuvo: "Que en efecto, atendida la finalidad del gasto objetado por el recurso, que no ha sido otro, como lo expresa la sentencia, que una atención hecha al personal de la firma reclamante, tendiente a obtener una mejor relación entre obreros y empleados y, en definitiva, una mejor actividad y resultado y, por último, dado su monto, debe concluirse que no se ha incurrido en las infracciones alegadas por el Fisco..." [52]

En fecha más reciente, la controversia se ha centrado en los impuestos soportados con motivo de operaciones financieras efectuadas al amparo de las normas del Banco Central relativas a la adquisición de pagarés de la deuda externa. El Servicio de Impuestos Internos impartió instrucciones sobre la materia aceptando la procedencia del crédito fiscal sólo en determinadas situaciones, básicamente aquellas en que el objeto de la operación fuera disminuir pasivos del contribuyente originados en el desarrollo del giro y siempre que el acreedor fuera el mismo banco que actuaba en calidad de mandatario en la operación[53].

Diversos fallos se han dictado en esta materia respecto de situaciones en que el contribuyente destinó el producto de la venta de los citados pagarés a

[51] Sentencia de 22.09.86 en *Boletín de Impuestos Internos* Nº 405 agosto, 1987, pág. 23256. Un criterio similar sostuvo en la sentencia de 31 de enero de 1984, Fallos del mes Nº 302, enero 1984, pág. 811. Véase, además, Sentencia de 19.06.85 en *Gaceta Jurídica* Nº 60, 1985, pág 147 y en *Fallos del Mes* Nº 319, pág 281.

[52] En *Gaceta Jurídica* Nº 70, 1986, pág. 85. Debe hacerse presente que, en voto de minoría, dos Ministros estimaron que tales gastos, "si bien importan una actuación magnánima, no se encuentran dentro de la rigidez legal que contempla el mencionado precepto al establecer que el crédito fiscal no procede cuando se refiere a operaciones que no guarden relación con la actividad o giro del vendedor". En relación con otros desembolsos en beneficio de los trabajadores y en el mismo sentido que lo dictaminado por el Excmo. Tribunal, véase sentencia de 22.08.83 en *Gaceta Jurídica* Nº 43, enero 1984, pág. 126.

[53] Véase oficios 1506 de 22.04.87; 3241 de 21.08.87 y 4138 de 07.12.88.

Artículo: Los requisitos de fondo del crédito fiscal
Revista: Nº195, año LXII (En-Jun, 1994)
Autor: Elizabeth Emilfork Soto

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

extinguir obligaciones con otros bancos, distintos del que actuaba en calidad de mandatario en la operación[54].

La jurisprudencia es contradictoria. Así, la Corte de Apelaciones Pedro Aguirre Cerda, en fallo confirmado por la Corte Suprema, aceptó el derecho a la deducción, estimando que se trataba de gastos generales que "tienen íntima relación, están en relación, en conexión con el giro o actividad del contribuyente, puesto que éste debe solucionar los préstamos que ha contraído para hacer funcionar la empresa"[55].

Sin embargo, la Corte Pedro Aguirre Cerda ha ido aún más allá, al aceptar la procedencia del crédito fiscal respecto de impuestos soportados en adquisición de pagarés de la deuda externa y de compra de dólares a futuro, sosteniendo que "las operaciones mencionadas... así como otras propias del Mercado de Capitales no forman parte del giro de la contribuyente, pero es evidente que la colocación de dinero ocioso en operaciones temporales rentables se encuentra directamente relacionada con el giro de toda empresa, pues es deber del administrador de una empresa obtener de sus medios de capital la rentabilidad que éstos deben rendir"[56].

Como puede observarse, el análisis de la jurisprudencia (administrativa y judicial) no nos permite dar un alcance preciso a las expresiones legales como tampoco a las reglamentarias. Hemos separado deliberadamente la ley y el Reglamento, puesto que creemos que el análisis debe comenzar indagando si cuando este texto, de inferior jerarquía, transforma la "relación directa con el giro", en "la destinación al giro o actividad habitual", ¿no está estableciendo una limitación no contenida en la ley ?

Si recurrimos, como hace la Corte Suprema en el caso Sparta, al *Diccionario de la Real Academia*, el adjetivo "directo" significa "derecho o en línea recta" y, en su tercera acepción, "aplícase a lo que se encamina derechamente a una mira u objeto", expresiones que, al decir del Excmo. Tribunal, se refieren, inequívocamente, a la actividad del vendedor dirigida finalmente a la mira u objeto de la empresa. Ahora bien, una empresa puede, y de hecho no es infrecuente, tener varios giros declarados, ya sea en la escritura social o en la iniciación de actividades; algunos más importantes que otros; que unos sean efectivamente desarrollados y otros vayan a concretarse en un período posterior; cualquiera sea la situación, todos ellos constituyen "giro de la empresa"; sin embargo, no todos constituyen, necesariamente, actividad "habitual" en el sentido de algo "que se hace con continuación o por hábito"[57]; tal ocurriría, por ejemplo, al iniciar uno de los giros declarados y hasta la fecha no desarrollado; o, respecto

[54] Este constituía uno de los requisitos exigidos por la Administración para aceptar la deducción de los impuestos soportados.

[55] Sentencia de 24.09.90 y de 11.05.92 (CS) en *Revista Impuestos* N° 21, julio de 1992, pág. 32; en sentido contrario, Corte de Apelaciones de Santiago, 16 de abril de 1993 en *Revista Impuestos* N° 32, junio 1993, pág. 49.

[56] Causa rol 1652-91, sentencia de 24 de diciembre de 1993.

[57] *Diccionario de la Real Academia*.

Artículo: Los requisitos de fondo del crédito fiscal
Revista: Nº195, año LXII (En-Jun, 1994)
Autor: Elizabeth Emilfork Soto

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

de alguna actividad que se desarrolle esporádicamente[18].

Si lo que la ley exige para la procedencia del crédito fiscal es la relación directa con el giro, los impuestos soportados en cualquiera de las actividades, habituales o no, deberían configurar ese derecho; en cambio, si se acepta la "traducción" reglamentaria del requisito sólo procedería el crédito fiscal respecto de los impuestos soportados en relación con el giro o actividad que se considere habitual. No existe en nuestra opinión justificación alguna, considerando la función que el crédito fiscal cumple en la estructura jurídico-económica del IVA, para denegar el derecho en el caso de actividades no habituales, en la medida en que efectiva, aunque esporádicamente, se ejerzan.

El razonamiento anterior se ha hecho sobre la base de que el reglamento utiliza la expresión "habitual" en la acepción que le da el diccionario de la lengua. Sin embargo, si consideramos los ejemplos que la norma utiliza para ilustrar el concepto, nos surgen serias dudas respecto al alcance que quiso darle a la expresión.

En efecto, nada tiene que ver con lo habitual o lo esporádico el que los bienes o servicios se destinen al uso "particular" del contribuyente (entendiendo "particular" como "privado o personal"). En este caso es indudable que la privación del crédito fiscal se fundamenta en que los bienes no están relacionados ni directa ni indirectamente con el giro.

El segundo ejemplo es más difícil de comprender, ¿cuáles serían aquellos bienes que, incorporados a la empresa o negocio, su destinación sea ajena a la industria o actividad?, ¿quiere referirse, aunque no lo expresa, a la "actividad habitual" o, a aquellos bienes que, registrados contablemente en la empresa, en realidad tienen una destinación privada. Como ocurría, antes de la reforma legal, con los automóviles, stations wagons y similares ?

Nuestra impresión es que ni aún para el reglamento el concepto de "actividad habitual" es relevante en el problema que nos preocupa; y que, por tanto, la interpretación debe hacerse de acuerdo a las expresiones legales. Creemos también que, tratándose de una situación de hecho, no es posible señalar, a priori, cuándo se cumpliría o no este requisito; será una cuestión que deberá decidirse en cada caso. Sin embargo, las disparidades de criterio observadas en la jurisprudencia administrativa y judicial nos hacen pensar que es necesario adoptar el camino seguido por las legislaciones extranjeras, es decir, establecer una lista de exclusiones de aquellos desembolsos que se estima no guardan relación directa con el giro, para cuya elaboración bien puede utilizarse la experiencia de estos años, así como los criterios adoptados en el derecho comparado. Tales exclusiones, sin embargo, deben elegirse cuidadosamente, a fin de que no distorsionen el mecanismo del impuesto y la función que en él compete al crédito fiscal.

[18] En este sentido es interesante recordar que para la concurrencia del hecho gravado servicio, expresamente la ley señala que no se requiere la habitualidad.

Artículo: Los requisitos de fondo del crédito fiscal
Revista: Nº195, año LXII (En-Jun, 1994)
Autor: Elizabeth Emilfork Soto

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

c) La exclusividad en la destinación al giro

El problema que pretendemos plantear se refiere a la situación de aquellos bienes y servicios que, relacionados directamente con el giro, no tienen una destinación exclusiva a éste, siendo usados, en parte, para necesidades privadas[39].

Esta materia ha sido objeto de regulación sólo en algunos textos comparados. Así, como veíamos anteriormente, en España el principio de "afectación al giro" se expresa a través de la exigencia de la destinación "exclusiva"; si esta característica no concurre, el derecho a la deducción es improcedente[40]. Se exceptúan por expresa disposición legal "aquellos bienes o servicios que se utilicen para necesidades privadas en forma accesoria y notoriamente irrelevante" (art. 32 Nº 6), "considerando en esta situación los bienes inmuebles adquiridos u utilizados fundamentalmente para el desarrollo de una actividad empresarial o profesional, que se destinen al uso propio del sujeto pasivo, o de las personas que convivan con él, en días u horas inhábiles durante los cuales no continúe el ejercicio de dicha actividad" (art. 61 Nº 6 del reglamento).

En Francia, en cambio, la limitación del derecho por utilización privada[41] sólo opera cuando ésta es superior al 90% de su utilización total. Si el porcentaje es inferior la deducción es aceptada proporcionalmente; en contrapartida no existe imposición sobre el autoconsumo. Así, se ha establecido administrativamente que tratándose de un inmueble destinado al uso empresarial y a habitación personal, el derecho a la deducción se determina en proporción a la superficie afectada a la explotación, en relación con la superficie total del inmueble; los gastos de calefacción son deducibles en proporción al número de radiadores instalados en los locales afectados a la explotación, etc[42].

Respecto de aquellos bienes o servicios de los cuales no pueda determinarse la proporción de utilización privada (por ej. afectaciones alternativas o sucesivas) se acepta la deducción total del impuesto, gravándose, como contrapartida, el valor correspondiente a la utilización privada del bien.

Se contemplan asimismo regularizaciones posteriores de la deducción en aquellos casos en que la afectación inicial se modifica.

La legislación chilena no considera expresamente el problema de la exclusividad en la afectación; la exigencia de la "relación directa con el giro" no excluye, en nuestra opinión, que esta destinación pueda ser parcial;

[39] Problema similar, aunque distinto al que se planteará al tratar de la afectación de los bienes a operaciones gravadas y exentas o no gravadas.

[40] De acuerdo a Checa González, la limitación del derecho se justifica "por la dificultad que entraña la determinación de la exacta proporción del bien o servicio adquirido que se afecta a la necesidad empresarial o profesional". Comparte, sin embargo, la opinión de otro autor en el sentido de que ella puede originar discriminaciones como ocurre por ejemplo respecto de un contribuyente que utiliza parte de su inmueble para necesidades privadas, perdiendo, por esta circunstancia, el derecho a la deducción por las adquisiciones y los servicios (luz, agua, teléfono, etc.), a diferencia de otro que desarrolle su actividad en un local independiente. Véase Checa González, en Calvo Ortega, op. cit., pág. 92.

[41] La norma es en realidad más amplia puesto que se refiere a "las necesidades privadas del sujeto pasivo, de su personal o en forma más general a fines extraños a su empresa..." (art. 1° decreto Nº 93-641 de 27.03.93 modificatorio del art. 230-1, vigente hasta el 31 de diciembre de 1996).

[42] Véase Revue Fiduciaire, op. cit., pág. 153.

Artículo: Los requisitos de fondo del crédito fiscal
Revista: Nº195, año LXII (En-Jun, 1994)
Autor: Elizabeth Emilfork Soto

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

sin embargo, tampoco se considera proporcionalidad ni regularización del crédito fiscal.

Curiosamente en los años de vigencia del impuesto en nuestro país sólo en dos oportunidades se ha planteado oficialmente el problema. En la primera, se trataba de un contribuyente agricultor que adquirió un automóvil para desplazarse entre los predios que administraba y a los cuales no podía accederse por medio de transporte público. En esa oportunidad el Servicio de Impuestos Internos invocó un oficio (1420 de 31.12.77), en el cual se determinaba la improcedencia del derecho en una situación similar, "por recaer la operación en un bien que, por su propia naturaleza, no puede estar destinado en forma exclusiva a sus labores agrícolas".

La Corte de Apelaciones de Valdivia acogió la reclamación estimando que el oficio al exigir la destinación exclusiva "restringe el destino del bien en tal forma que sólo podría estar al servicio de las labores netamente agrícolas, en circunstancia que la ley resulta menos exigente cuando sólo pretende que guarde relación directa con la actividad del contribuyente..." [9]

La segunda tuvo lugar con motivo de una consulta formulada a la administración por una empresa procesadora de productos lácteos, que pretendía adquirir maquinarias para su actividad industrial, materiales y servicios para su instalación así como efectuar otros desembolsos en radier, cemento y otros. El criterio del Servicio en este caso fue el siguiente: "...si los materiales comprados y servicios utilizados se emplearon íntegramente en la instalación de las maquinarias, la empresa contribuyente tiene derecho a usar el total del crédito fiscal por esas adquisiciones y prestaciones; en tanto si esos materiales y servicios sólo se emplearon parcialmente para tales efectos y el resto en una finalidad ajena a dicha instalación, debe calcularse la proporción exacta de uso de las especies en los fines indicados, para así determinar el monto preciso del crédito a que tiene derecho..." [10]

Si bien el planteamiento del Servicio de Impuestos Internos constituye una solución práctica y lógica, nos parece que en ausencia de texto expreso constituye una creación de Derecho que excede sus facultades.

La circunstancia de que no se haya presentado, en instancias judiciales ni administrativas, un mayor número de problemas en relación a este punto, podría tener varias explicaciones: en primer lugar, al hecho de que los retiros de bienes corporales muebles efectuados por el vendedor o por el dueño, socio, directores o empleados de la empresa para su uso o consumo personal o de su familia (autoconsumo interno) configuran hecho gravado con el impuesto; en segundo lugar, porque respecto de los automóviles station wagon y similares se eliminó el derecho al crédito fiscal y, respecto de los otros vehículos, por ejemplo, camionetas, el Servicio no ha hecho cuestión en cuanto al uso privado

[9] Sentencia de 28.06.79 en *Gaceta Jurídica* Nº 26.07.79, pág. 34. Debe tenerse presente que el problema se originó con anterioridad a la modificación legal que excluyó el derecho al crédito fiscal respecto de este tipo de vehículos.

[10] Oficio 5056 de 23.09.77.

Artículo: Los requisitos de fondo del crédito fiscal
Revista: Nº195, año LXII (En-Jun, 1994)
Autor: Elizabeth Emilfork Soto

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

que pueda hacerse de ellos; finalmente, los inmuebles que son los que probablemente en mayor medida pueden generar el problema, sólo se han incorporado recientemente al gravamen. Creemos que sería necesario evaluar si se justifica legislar sobre la materia, considerando que, como bien señalaba un autor español, determinar relaciones porcentuales de utilización resulta, las más de las veces, bastante complejo.

AFECTACION A HECHOS GRAVADOS CON EL IMPUESTO

Constituye el segundo requisito de fondo del crédito fiscal el que los bienes adquiridos o los servicios utilizados se destinen a operaciones afectas al tributo.

a) Fundamento de la limitación

Aun cuando también se le ha considerado un principio del sistema, tal vez por el hecho de haber sido recogido por todas las legislaciones que consagran el impuesto, no nos parece que esta limitación pueda ser calificada como tal considerando la estructura jurídico-económica del tributo y la función que en ella cumple el mecanismo del crédito fiscal.

Resulta pues importante consignar cual es, en opinión de la doctrina, el fundamento de esta exigencia. Para Colmenar Valdés, su justificación se encontraría en el carácter funcional del derecho a la deducción. Definido el impuesto al valor agregado como una forma de gravamen sobre el consumo final, recaudado a través de un sistema de pagos fraccionados, el crédito fiscal permite determinar el monto de cada una de esas fracciones, en consecuencia: "si la deducción de lo satisfecho en la fase anterior está ligada a lo que debe satisfacerse en la siguiente, no hay deducción si no existe obligación tributaria ulterior, por haber desaparecido la razón justificante" [15].

Derouin, por su parte, justifica esta limitación a un doble título: "Por una parte, si el sistema de pagos fraccionado del impuesto pretende que el pagado por exigencias de una operación gravable sea deducible, implica igualmente que únicamente este impuesto sea deducible". Coincide, pues, con la posición del autor español antes citado.

Y agrega: "...por otra parte, el objeto del impuesto es gravar los consumos finales, permaneciendo neutral frente a consumos intermedios. Teniendo el impuesto vocación de alcanzar todas las formas de consumo, el hecho de que un bien o servicio se emplee para la realización de una operación gravable prueba que la adquisición de este bien o la utilización de este servicio constituía realmente un consumo intermedio. A la inversa, la utilización de este bien o este servicio para las necesidades de una operación no gravable basta para establecer

[15] Colmenar Valdés, "Régimen de deducciones y prorrata" en *Introducción del Impuesto sobre el Valor añadido en España*. Instituto de Estudios Fiscales, Ministerio de Hacienda, Madrid 1982, pág. 553.

Artículo: Los requisitos de fondo del crédito fiscal
Revista: Nº195, año LXII (En-Jun, 1994)
Autor: Elizabeth Emilfork Soto

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

que se trata realmente de un consumo final y que el impuesto que le ha gravado ha de mantenerse"[46].

Esta segunda fundamentación no nos parece suficiente, toda vez que no constituye propiamente una justificación de la limitante, sino una consecuencia de ella: por la circunstancia de negarse el derecho a la deducción se presumiría que tales adquisiciones y servicios revisten, para el contribuyente, el carácter de consumo final. Sin embargo, en la medida en que esas operaciones se relacionen directamente con el giro de la actividad no gravada, la calificación de consumo final es, como se ha dicho, simplemente una presunción.

Por otra parte, en la medida en que las exenciones se encuentren en la fase intermedia del proceso de producción y comercialización, el impuesto no sólo deja de ser neutral sino que, además, por efecto de esta limitante, se produce el fenómeno de la piramidación, generando en el consumidor final una incidencia mayor que la que se habría producido en ausencia de la exención, distorsionándose, en esta forma, el normal funcionamiento del tributo. Como bien ha señalado un autor, "pretender la neutralidad del impuesto, y, al mismo tiempo, negar la deducción total del Impuesto sobre el Valor añadido repercutido, aunque sólo sea en relación con los bienes exentos, significa querer dos cosas contradictorias entre sí" [47].

Es en razón de lo expuesto que no nos parece que esta limitación, a diferencia de la analizada en el punto anterior, constituya un "principio", en el sentido de noción que fluye de la naturaleza jurídico-económica del impuesto; tanto es así, que son numerosos los mecanismos que se han sugerido y algunos, utilizado, para soslayar la limitación en comentario.

Por nuestra parte, coincidimos plenamente con Clara Sullivan, quien, comentando el IVA francés, sostiene: "Consideraciones de ingresos, así como la posibilidad de ciertos problemas administrativos, parecen ser las causas de la negativa a crédito del impuesto sobre tales compras" [48]. Idea que reitera en los siguientes términos:

"En parte, la denegación para ciertos gastos de las empresas refleja la consideración administrativa de que esas compras podrían fácilmente ser transferidas a uso personal o, como en el caso de la denegación de los créditos del impuesto a empresas no imponibles, el miedo al perjuicio excesivo de ingresos" [49].

Recordemos que la privación del derecho a crédito fiscal respecto de las operaciones destinadas a hechos no gravados o exentos limita la pérdida de ingresos originada en la desgravación, al IVA de la última etapa, cuando es ésta la beneficiada con la exoneración; no provoca ninguna pérdida si se establece

[46] Derouin, op, cit. pág. 233

[47] Berliri, citado por Casado Ollero, Gabriel, "Deducciones y reembolsos en el Impuesto sobre el Valor añadido adoptado por la C.E.E." en *Crónica Tributaria* N° 32, 1980 Madrid, pág. 143.

[48] Se refiere a las compras efectuadas por empresas exentas o excluidas del impuesto que no sean los exportadores. Sullivan, Clara K., *El Impuesto sobre el Valor añadido* .Instituto de Estudios Fiscales. Madrid, 1978, pág. 189.

[49] op. cit. pág. 121. La opinión de Clara Sullivan sobre este punto nos parece de gran importancia por cuanto su obra constituye uno de los primeros y más completos estudios teóricos y técnicos de esta forma impositiva.

Artículo: Los requisitos de fondo del crédito fiscal
Revista: Nº195, año LXII (En-Jun, 1994)
Autor: Elizabeth Emilfork Soto

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

en la primera fase (por el efecto recuperación) e incrementa la recaudación si se establece en la fase intermedia.

b) La formulación del requisito en el derecho chileno

El DI 825 formula este requisito en forma negativa en el art. 23 Nº 2 al disponer que "no procede el derecho al crédito fiscal por la importación o adquisición de bienes o la utilización de servicios que se afecten a hechos no gravados por esta ley o a operaciones exentas..."[50].

Exceptuadas las exportaciones, no se consagran las llamadas "exenciones plenas" es decir, aquellas que, no obstante la desgravación, mantienen el derecho al crédito fiscal. No existe pues, entre nosotros, la llamada tasa cero utilizada en algunas legislaciones comparadas, como tampoco operaciones expresamente excluidas de la limitación.

Tratándose de contribuyentes sometidos parcialmente al tributo en razón de desarrollar simultáneamente operaciones afectas y no gravadas, el Nº 3 del art. 23 reconoce el derecho a crédito fiscal proporcional, que se calculará de acuerdo con las normas contenidas en el reglamento.

c) Determinación del sentido exacto de la limitación: el problema de los gastos generales

Para comprender este punto es necesario recordar que hasta la dictación de la ley 18.630, que incorporó plenamente la actividad de la construcción al IVA, uno de los problemas más debatidos y que originó abundante jurisprudencia, tanto administrativa como judicial, fue la aplicación de la norma reglamentaria que excluía del derecho a crédito fiscal a los impuestos soportados en la adquisición de bienes corporales muebles que se destinaran a formar parte de inmuebles por naturaleza.

Habiéndose aceptado por algunas sentencias de Cortes de Apelaciones la ilegalidad de la norma reglamentaria, el Servicio de Impuestos Internos vinculó la disposición cuestionada con los requisitos legales de "afectación al giro" y de la "destinación a operaciones gravadas". Esta tesis, que fue posteriormente respaldada por una jurisprudencia judicial mayoritaria, distorsionó el verdadero sentido de ambas exigencias.

En lo que ahora nos interesa, condujo a la formulación de una especie de "aforismo", utilizado hasta la fecha, según el cual "no hay crédito sin débito", el que aplicado en forma indiscriminada ha llevado a la privación del crédito fiscal en situaciones en que, conforme a la ley, era procedente.

La argumentación fundamental utilizada por la jurisprudencia y la administración para dar legalidad al Reglamento, sostenía que los bienes corporales muebles que se incorporaban a inmuebles por naturaleza, aun si éstos formaban parte del activo fijo del contribuyente, no originaban crédito fiscal por cuanto la enaje-

[50] El texto original utilizaba las expresiones "operaciones no gravadas o exentas", lo que llevó a sostener que la limitación no procedía respecto de los hechos no gravados. El DI 3454 de 25.07.80 puso término a esa interpretación, modificando el texto legal en la forma en que se ha transcrito.

Artículo: Los requisitos de fondo del crédito fiscal
Revista: Nº195, año LXII (En-Jun, 1994)
Autor: Elizabeth Emilfork Soto

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

nación del inmueble, al que se habían incorporado, no estaba afecta a IVA, al encontrarse -a esa época- excluidos del gravamen los bienes inmuebles.

A simple vista puede apreciarse la distorsión del razonamiento y su contradicción con criterios no discutidos. En efecto, es, y era en ese tiempo, aceptada sin discusión la procedencia del crédito fiscal originado en la adquisición de bienes destinados al activo fijo, no obstante que su enajenación posterior no se encontraba, ni se encuentra, afecta al impuesto, por no concurrir el elemento habitualidad; y, sin embargo, se limitaba en la situación referida.

El problema específico se superó al incorporarse la actividad de la construcción al impuesto, derogándose la norma reglamentaria que lo provocaba. Sin embargo, en algunos sectores se ha mantenido la tendencia a aplicar, como verdadero axioma, el que no hay crédito sin débito en relación con ciertos desembolsos que, teniendo el carácter de gasto general, constituyen operaciones exentas o no afectas.

Tal ocurría, por ejemplo, tratándose de los "suministros" de comidas y bebidas analcohólicas, declarados exentos cuando se proporcionaban a los trabajadores de ciertas empresas[51]. El Servicio de Impuestos Internos sostuvo a este respecto un curioso criterio, según el cual si las especies referidas se suministraban a los trabajadores en forma gratuita configuraban un gasto general y, por consiguiente, el IVA recargado en las facturas de compra daba derecho al crédito fiscal. Si se proporcionaban como parte de las remuneraciones o a precios mínimos o rebajados no procedía la deducción. El fundamento del diferente trato se hacía radicar en que las entregas gratuitas no constituyen hecho gravado; en cambio, en las otras dos situaciones se trataba de operaciones exentas[52].

Igual situación se presenta respecto de "las regalías", es decir de las remuneraciones en especie que los empleadores otorgan a sus trabajadores las que, bajo ciertos requisitos, constituyen operaciones exentas; conforme al criterio administrativo no procede el derecho a usar el crédito fiscal por los impuestos soportados en la adquisición de bienes o utilización de servicios que se destinen al cumplimiento de esta obligación[53].

En el mismo sentido se ha pronunciado respecto de las transferencias a título gratuito realizadas, con fines promocionales, por prestadores de servicio[54].

Las situaciones anteriores nos llevan al tema inicial, esto es, determinar cuál es el verdadero alcance que debe darse a la exigencia de que los

[51] La exención en comentario fue derogada a partir del 1 de enero de 1990, por la ley 18.768.

[52] Este criterio, que pudo haberse justificado antes de la modificación del art. 23 N 1, bajo el supuesto de que la limitación sólo regía para las operaciones exentas, fue sin embargo mantenido después de aclarado legalmente el punto. Véase oficio 1586 de 05.04.79 y 3646 de 17.11.83. En el mismo sentido: Corte de Apelaciones Pedro Aguirre Cerda, sentencia de 09.08.84 en *R.D.J.*T. LXXXI 2a. parte secc. 1a. pág. 87; Corte Suprema, sentencia de 19.06.1985 en *Gaceta Jurídica* No. 60, 1985 pág 147. La Corte Suprema, en sentencia de 16.05.84 declaró improcedente el crédito fiscal incluso respecto de los suministros gratuitos. Véase *RDJ* T. LXXXI, 1984 pág 75.

[53] oficio 3646 17.11.83 y oficio 187 de 18.01.84.

[54] oficio 3704 de 05.11.84. Tratándose de la misma situación, referida a "vendedores", el problema no se presenta pues constituye "retiro" afecto a impuesto de acuerdo al art. 8 g) del DL 825.

Artículo: Los requisitos de fondo del crédito fiscal
Revista: Nº195, año LXII (En-Jun, 1994)
Autor: Elizabeth Emilfork Soto

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

bienes o servicios se destinen a operaciones afectas. Y en nuestra opinión, las expresiones "operaciones afectas" se encuentran referidas a los bienes o servicios que constituyen "el giro del contribuyente" y al cual concurren las adquisiciones o los servicios cuyo impuesto se pretende deducir. Sólo aceptando esta posición puede explicarse que los bienes del activo fijo den derecho al crédito fiscal, puesto que si los consideráramos con independencia de la función que cumplen en el giro del contribuyente, analizándolos aisladamente en relación con su, por así llamarlo, "último destino", estaríamos en presencia de un crédito improcedente, toda vez que, como hemos señalado, nadie discute que la enajenación que hace el contribuyente de estos bienes no genera IVA.

Lo anterior pone de manifiesto el equívoco que entraña el antedicho axioma de que no hay crédito sin débito.

¿Qué ocurre entonces con aquellas operaciones que, constituyendo gasto de tipo general, se encuentran exentas o no afectas al impuesto?

Estimamos que, aplicando la limitación en su verdadero alcance, prevalece la noción de gasto general. No importa que las regalías se encuentren exentas; en la medida en que constituyen remuneraciones son gastos de tipo general que dicen relación directa con el giro, y si producto de éste se obtienen bienes o servicios afectos al impuesto, la exigencia de destinación se habría cumplido.

A pesar de los diversos oficios emitidos por la Administración en sentido contrario[55], la tesis que sostenemos ha sido clara y expresamente reconocida. Así, hasta el 1 de enero de 1977, la ley consideraba como retirados por el vendedor y por tanto gravados con el impuesto, los bienes destinados a rifas y sorteos efectuados con fines de promoción o propaganda. Habiéndose suscitado problemas de interpretación, la norma fue complementada[56] consignándose expresamente la procedencia del tributo incluso respecto de "bienes ajenos al giro".

Ahora bien, el Servicio, comentando la referida modificación legal, señaló que la frase "sean o no de su giro" fue agregada: "Por una razón muy sencilla. Por ejemplo, cuando un vendedor, supongamos una farmacia adquiere televisores y se da de crédito fiscal el total del IVA soportado en la adquisición de estos bienes que después los destina a ser sorteados, si no se aplicara impuestos a estos retiros esos televisores quedarían al margen del sistema impositivo que la ley contempla para las ventas, la que nunca pudo ser la intención del legislador"[57].

Puede apreciarse que el criterio administrativo reconoce expresamente el derecho al crédito fiscal originado en un gasto de tipo general (propaganda) aun cuando la entrega de los bienes, por efectuarse a título gratuito, no genera hecho gravado. Acepta entonces el verdadero sentido de la limitante y,

[55] Véase, además de los citados en notas Nº 52 y 53: oficio 439 de 28.01.77 adquisición de un bien para sortearlo gratuitamente entre los clientes de la empresa.
[56] DL 1606 de 03.12.76.
[57] Circular 126 de 23.09.77.

Artículo: Los requisitos de fondo del crédito fiscal
Revista: Nº195, año LXII (En-Jun, 1994)
Autor: Elizabeth Emilfork Soto

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

en consecuencia, la preeminencia del carácter de gasto general del desembolso[58].

En razón de lo expuesto, estimamos que tanto en un enfoque doctrinario como bajo la normativa actual en nuestro país, el derecho al crédito fiscal constituye la regla y, en consecuencia, su limitación configura una situación excepcional, cuyo alcance debe ser interpretado restrictivamente. No procede, en consecuencia, excluir del derecho a la deducción los impuestos soportados en razón de gastos de tipo general que digan relación directa con el giro, aun cuando, aisladamente considerados, configuren operaciones no afectas o exentas. Si por razones de política fiscal se estimara procedente su exclusión, debe procederse como lo hacen las legislaciones comparadas, es decir, estableciéndose limitaciones explícitas respecto de los bienes o servicios que no darán lugar al crédito fiscal[59].

d) Situación de los desembolsos efectuados en proyectos de investigación o exploración que en definitiva no llegan a materializarse

El problema dice relación con la procedencia del crédito fiscal respecto de los desembolsos efectuados en investigaciones científicas o tecnológicas destinadas a la obtención de nuevos productos, y que pueden no llegar en definitiva a materializarse. Esta circunstancia, en cuanto implica que las adquisiciones o los servicios utilizados no generarán en definitiva débito fiscal, ¿excluye el derecho a la deducción?

Recordemos que en materia de Impuesto a la Renta, la ley 18.775, reconociendo la existencia del problema, incorporó un numerando especial que posibilitó su deducción como gasto necesario, "aun cuando dichos desembolsos se relacionaran con ingresos que se generarían en ejercicios futuros, o bien, cuando simplemente la empresa abandonaba el proyecto de investigación por no ser conveniente su implementación o continuar con su desarrollo"[60].

Lamentablemente en aquella oportunidad no se abordó el problema en relación con el crédito fiscal en el IVA. Estimamos, sin embargo, que la solución adoptada en el impuesto a la renta permite sostener su procedencia. No obstante, parece conveniente una regulación expresa que aborde, además, el

[58] Este criterio ha sido ocasionalmente aceptado. Así, el oficio 1447 de 30.03.79 reconoce el derecho al crédito fiscal respecto de la adquisición de ceniceros, tarjetas de Navidad, calendarios, pan de pascua, etc., que se califiquen dentro del rubro gastos generales y de representación. Puede citarse también sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago de 24.10.83 que declaró procedente el crédito fiscal por constituir gastos generales aquellos en que incurrió una radioemisora en la adquisición de bienes destinados a ser obsequiados a los auditores en concursos realizados dentro de sus programas de propaganda. En *Gaceta Jurídica* N° 41, 1983, pág.98.

[59] La legislación francesa contempla en los arts. 236 y siguientes del Anexo II del C.G. de I. "Limitaciones respecto de ciertos bienes y servicios" entre las cuales puede citarse, a vía ejemplar: "bienes entregados sin remuneración o mediante una remuneración muy inferior a su valor normal, especialmente a título de comisión, salario, gratificación, rebajas, bonificaciones, regalos cualquiera sea la calidad del beneficiario o la forma de distribución, a menos que se trate de bienes de escaso valor". El art. 33 de la ley española y 62 del Reglamento contienen limitaciones similares, por ejemplo, "las cuotas soportadas como consecuencia de adquisiciones de bienes o servicios destinados a atenciones a clientes, asalariados o a terceras personas' excluyéndose de esta limitación, entre otras, las muestras gratuitas y los objetos publicitarios de escaso valor definidos en el art...".

[60] Circular N° 11 de 27.01.89.

Artículo: Los requisitos de fondo del crédito fiscal
Revista: Nº195, año LXII (En-Jun, 1994)
Autor: Elizabeth Emilfork Soto

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

problema de los remanentes que probablemente se generen con motivo de estos desembolsos [61].

e) La sujeción parcial

En la medida en que se acepta la exclusión del derecho al crédito fiscal respecto de los bienes y servicios que se destinan a operaciones no gravadas y exentas, surge la necesidad de regular la cuantía de la deducción respecto de los contribuyentes sujetos parcialmente al tributo; esto es, aquellos que realizan operaciones mixtas (afectas y no afectas).

Conforme a la doctrina, las alternativas teóricas para enfrentar el problema son dos: la de la afectación real y la de la afectación estimativa o forfetaria. Esta última, a su vez, implica una nueva cuestión referida a la revisión o regularización de las deducciones efectuadas[62].

El régimen de afectación real se relaciona directamente con el problema de la naturaleza jurídica del derecho a la deducción. En este sentido, sostener su carácter real supone que el crédito fiscal debe ejercitarse operación por operación. Referido al tema que nos ocupa implica, por tanto, una relación estrecha y precisable entre los bienes y servicios por los que se ha soportado el impuesto (inputs) y las operaciones a las cuales dichos bienes han sido afectados (outputs). De esta forma exige un seguimiento contable que permita determinar qué bienes y servicios se han afectado exclusivamente a una operación gravada y cuáles a aquellas que no abren derecho a la deducción.

El sistema forfetario o estimativo, como su nombre lo indica, determina el monto deducible a través de una estimación obtenida en función de la importancia que las operaciones gravadas representan en las operaciones totales del contribuyente.

Considerando las dificultades prácticas que implica el sistema de deducción real, que exceden las ventajas técnicas que presenta, todas las legislaciones adoptan, como regla general, el sistema estimativo, conocido también como régimen de "la prorrata".

Decimos, como regla general, por cuanto tanto las normas comunitarias, como la mayor parte de las legislaciones europeas, la ley colombiana, la argentina, la mexicana y la chilena, entre otras, recogen el sistema de afectación real respecto de los bienes y servicios cuya destinación exclusiva pueda ser claramente determinada[63].

[61] La ley italiana considera entre los casos que pueden dar lugar al reembolso de remanente el de los impuestos soportados en bienes y servicios destinados a "studi e ricerche"(art. 30).

[62] Acerca del punto en análisis puede consultarse: Casado Ollero, op. cit., págs. 141 y siguientes referidas a la prorrata en las normas de la C.E.E.; Colmenar Valdés, op. cit. págs. 331 y siguientes; Deroain, op. cit. págs. 237 y siguientes; Bosello, Furio *L' Imposta sul valore aggiunto*, Cooperativa Libraria Universitaria Editrice Bologna, 1979, págs. 102 a 104; Gambier, Claude "Les Impots en France" Editions Francis Lefebvre, 14 edición Paris, 1982, págs. 281 y ss. y Calvo Ortega, op. cit., págs. 96 y ss.

[63] El régimen de afectación real puede establecerse con carácter excepcional, como ocurre en la legislación española, en que se exige opción previa por parte del contribuyente, puede también ser impuesto, en determinadas situaciones, por la Administración; o, a la inversa, como ocurre en la legislación francesa, los contribuyentes pueden excluirse de él, sometiéndose íntegramente al sistema de la prorrata, previa autorización. Asimismo, algunas legislaciones europeas, como por ejemplo, la española y la francesa, consideran, además, prorratas sectoriales para actividades diferenciadas. Véase Checa González, op.cit., pág. 101 y *Revue Fiduciaire*, op. cit., pág. 185.

Artículo: Los requisitos de fondo del crédito fiscal
Revista: Nº195, año LXII (En-Jun, 1994)
Autor: Elizabeth Emilfork Soto

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

En nuestra ley esta materia se encuentra regulada en los arts. 23 Nº 3 y 43 del Reglamento, los cuales consagran un mecanismo que adolece de numerosas deficiencias.

Al tenor del primero de los citados: "En el caso de importación o adquisición de bienes o utilización de servicios que se afecten o destinen a operaciones gravadas y exentas, el crédito se calculará en forma proporcional, de acuerdo con las normas que establezca el Reglamento". Puede apreciarse desde ya la primera imprecisión legal al referir el problema de la proporcionalidad exclusivamente a la existencia de operaciones exentas. Sin duda, la exclusión de los "hechos no gravados" tiene su origen en una omisión involuntaria; al reemplazarse en el art. 23 Nº2 las expresiones "operaciones no gravadas o exentas" por "hechos no gravados por esta ley o a operaciones exentas", el legislador olvidó efectuar la concordancia en la disposición en análisis; omisión que, sin embargo, el reglamento subsana, al someter a sus normas ambos tipos de operaciones.

La norma reglamentaria establece un procedimiento conforme al cual el contribuyente debe clasificar los impuestos soportados, según su afectación. Así, aquéllos destinados a generar exclusivamente operaciones afectas dan lugar a crédito íntegro; en tanto que los usados exclusivamente en operaciones no gravadas no generan derecho a deducción[61]. En este aspecto nuestra legislación reconoce el método de afectación real.

A través de las exclusiones señaladas se aíslan los impuestos soportados en los llamados "bienes de utilización común", es decir, aquellas "maquinarias, insumos o materias primas destinados a generar simultáneamente operaciones gravadas con este tributo y exentas o no gravadas por el mismo". Para determinar el monto de crédito fiscal que estos bienes originan, se aplica el sistema estimativo o de la prorrata general, cifrándolo en la suma que resulte de aplicar al impuesto soportado respecto de los bienes o servicios de utilización común el porcentaje que las ventas netas afectas represente en el monto total de las ventas netas contabilizadas.

Para efectuar el cálculo anterior, debe determinarse la relación porcentual considerando las operaciones gravadas, no afectas y totales "durante el primer período tributario. Para los períodos tributarios siguientes deberán considerar la misma relación porcentual, pero acumulados mes a mes los valores mencionados hasta completar el año calendario respectivo. En el año calendario siguiente y posteriores se iniciará el mismo procedimiento antes descrito..." (art. 43 Nº 3 DS 55).

En nuestra opinión, los problemas más serios que presenta la legislación chilena se originan precisamente en el punto que analizamos y ello se debe fundamentalmente a vacíos que, en cuanto no sean subsanados, van a continuar generando situaciones abusivas tanto de parte de los contribuyentes

[61] Debe hacerse presente que la norma reglamentaria no se refiere expresamente a los bienes afectados a operaciones no gravadas, limitándose a excluir del cómputo de la proporcionalidad a aquellos que se destinen a operaciones afectas al tributo. Sin embargo, al establecer la obligación de prorratear sólo respecto de los bienes de utilización común, implícitamente los excluye.

Artículo: Los requisitos de fondo del crédito fiscal
Revista: Nº195, año LXII (En-Jun, 1994)
Autor: Elizabeth Emilfork Soto

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

como de la Administración. La experiencia del derecho comparado puede resultar de gran utilidad en la búsqueda de soluciones[65].

En primer lugar, la referencia a "operaciones totales" se ha entendido, en nuestra legislación, como comprensiva sólo de aquellas que se generan con el bien o bienes de utilización común, lo que implica aceptar la existencia de distintos porcentajes de deducción según el IVA común de que se trate[66]. Así, por ejemplo, un contribuyente que efectúe transporte de carga nacional en camiones (operación afecta) y adquiera un vehículo para realizar transporte interprovincial de carga y pasajeros (operaciones afecta la primera y exenta la segunda) determinará el monto del impuesto recuperable en la adquisición del vehículo, considerando sólo las operaciones generadas con ese bien de utilización común; es decir, no se incluirá en el cómputo los ingresos derivados del transporte de carga efectuados con el camión. Sin embargo, para determinar el monto recuperable de insumos comunes, como por ejemplo, electricidad, agua, etc., deberá considerar el total de las operaciones[67].

No ocurre lo mismo en el derecho comparado; así, el art. 40 de la ley española establece que en el numerador de la fracción correspondiente debe incluirse el importe total, determinado para el año que corresponda de las operaciones que originen el derecho a la deducción y en el denominador el importe total determinado para el mismo período de tiempo, de las operaciones realizadas por el sujeto pasivo en el ejercicio de su actividad empresarial o profesional, incluidas aquellas que no originan el derecho. En otras palabras, el porcentaje de deducción será uno solo aplicable a todos los IVA comunes[68].

Aun cuando la forma en que se está procediendo en nuestro país se explique por la coexistencia del mecanismo de afectación real con el sistema estimativo, no nos parece que sea una correcta interpretación de los términos reglamentarios; aún más, creemos que ella sólo origina complejidades de orden administrativo que dificultan tanto la actuación del contribuyente como el control de la Administración. Sin embargo, la solución no está en modificar el criterio, sino todo el sistema, ya que, como veremos, existen otras e importantes deficiencias.

Un segundo problema que origina la normativa vigente se produce por la brevedad del período tributario, característica que no es sólo

[65] Naturalmente la experiencia extranjera no puede ser "trasplantada" a nuestro medio, por cuanto existen diferencias importantes en las materias que se encuentran en la base del problema; el derecho comparado podrá servir de guía en la búsqueda de soluciones efectuando las debidas adaptaciones a nuestra realidad jurídica.

[66] En la circular N° 134 de 05.11.75 se expresa: "Sobre ésta hay que tener presente que la relación porcentual se calculará sobre el monto de las ventas e ingresos originados sólo de los bienes de utilización común, excluyéndose las ventas originadas de bienes destinados a producir exclusivamente transferencias afectas al IVA o bienes exentos o no gravados, cuyo crédito fiscal respecto de las primeras se calcula por separado".

[67] Un ejemplo práctico más completo puede consultarse en *Informativo Setri* N° 180 de 11.06.84 y en Contreras Hugo y González Leonel *10 años de I.V.A. 1975-1985*. Editorial Cepet, pág. 301.

[68] Las leyes española y francesa contienen enumeración expresa de los diversos rubros que integran cada uno de los términos de la ecuación.

Artículo: Los requisitos de fondo del crédito fiscal
Revista: Nº195, año LXII (En-Jun, 1994)
Autor: Elizabeth Emilfork Soto

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

nuestra[69]; este hecho determina que la aplicación de la prorrata, aplicada en sentido estático, es decir, considerando sólo el período tributario de la adquisición, genera distorsiones en cuanto la estimación -que de por sí tiene un alto grado de arbitrariedad- ve incrementada su separación de la realidad que pretende reflejar. Ello hace necesario la implementación de mecanismos que permitan acercar, en cuanto sea posible, el porcentaje de recuperación de los impuestos soportados a lo que constituya la afectación "normal" de los bienes y servicios.

Para la obtención de este objetivo la legislación comparada concibe la prorrata general en función de la relación porcentual *anual* de las operaciones del contribuyente. Sin embargo, como el ejercicio de la deducción se hace en la liquidación del impuesto, la que tiene lugar por períodos inferiores, se establecen las llamadas "prorrata provisional" y "prorrata definitiva".

La primera permite efectuar la deducción en cada período, considerando al efecto la relación porcentual calculada en base a las operaciones del año precedente, estableciéndose normas especiales en el evento de que no pueda aplicarse este criterio, como ocurre, por ejemplo, tratándose del primer ejercicio del contribuyente.

La prorrata definitiva es aquella que resulta de las operaciones efectivamente realizadas en el curso del año respectivo, dando origen a las regularizaciones que procedan por las diferencias que surjan entre las deducciones efectuadas provisionalmente y las que resulten de la prorrata definitiva. De manera que, como consecuencia de este ajuste, puede resultar el reintegro de sumas deducidas en exceso o una deducción complementaria en favor del contribuyente.

El plazo para efectuar la determinación definitiva varía según las legislaciones. Así, en España debe practicarse en la última liquidación del impuesto de cada año; en tanto que en Francia se extiende hasta el 25 de abril del año siguiente[70].

En nuestro país, la norma reglamentaria, en su texto original[71], se acercaba un poco más a la modalidad de prorrata establecida en las legislaciones europeas. En efecto, el cálculo en el primer ejercicio se hacía en forma similar al que actualmente se aplica, y en los años siguientes y posteriores se consideraba "el porcentaje anual determinado en el año inmediatamente anterior..." No se consideraba, sin embargo, regularizaciones por las diferencias entre el porcentaje estimado y la relación anual efectivamente producida.

Por razones que ignoramos, el texto fue sustituido con la reforma del año 1976, quedando en su redacción actual. Corresponde preguntarse si este nuevo sistema, ¿permite realmente cumplir la finalidad de acercar la estimación a lo que constituye la real afectación de los bienes?

[69] En Francia, la regla general considera un período tributario mensual; sin embargo, es trimestral respecto de aquellos contribuyentes cuyo impuesto anual es inferior a 12.000 francos. En España el período de liquidación es trimestral; sin embargo para contribuyentes cuyo volumen de operaciones exceda de 1.000 millones de pesetas, es mensual (art. 172 Reglamento).

[70] En España": arts. 41 de la ley y 71 del Reglamento; en Francia, art. 214 Anexo II C.G.I.

[71] art. 52 del D.S. 255 de 01.03.75.

Artículo: Los requisitos de fondo del crédito fiscal
Revista: Nº195, año LXII (En-Jun, 1994)
Autor: Elizabeth Emilfork Soto

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Creemos que la respuesta es negativa, pudiendo agregarse que el texto adolece, además, de imprecisiones que han generado algunas cuestiones a nivel jurisprudencial.

En relación con su incapacidad para permitir una recuperación justa, la deficiencia se origina fundamentalmente por la ausencia de un mecanismo de regularización anual; el solo arrastre de los totales anteriores no impide que se generen distorsiones a favor o en contra del contribuyente. Un ejemplo simple, en que consideraremos sólo 6 períodos tributarios, permite demostrarlo[72].

Período	IVA común	Op. afectas	Op. no afectas	Op. totales	CF proporc.	Monto de CF
Enero	100.000	5.000.000	2.000.000	7.000.000	% 71,43	71430
Febrero	150.000	6.000.000	1.000.000	7.000.000	% 78,57	117855
Marzo	150.000	4.000.000	2.000.000	6.000.000	% 75,00	112500
Abril	100.000	8.000.000	2.000.000	10.000.000	% 76,67	76670
Mayo	200.000	6.000.000	3.000.000	9.000.000	% 74,36	148720
Junio	100.000	4.000.000	500.000	4.500.000	% 75,86	75860
Julio	150.000	7.000.000	1.000.000	8.000.000	% 77,67	116505
Total C.F. prop.						719540
		40.000.000	11.500.000	51.500.000	%77,66	

Puede constatarse que, con el sistema del art. 43 del Reglamento, el contribuyente ha recuperado del total del IVA común un 75,74% (719.540:950.000); si se efectuara una regularización final, tendría derecho a recuperar el 77,66%. Si aplicáramos normas similares a las francesas, tendría derecho a un complemento de crédito fiscal por la diferencia.

La distorsión puede producirse en contra del Fisco si el contribuyente "maneja" su crédito fiscal de modo de efectuar la mayor cantidad de adquisiciones, o aquellas por las cuales el IVA soportado sea importante (como ocurre con los relacionados con el activo fijo) en el mes de enero, reduciendo o eliminando en ese período las operaciones no afectas.

Más aún, el sistema chileno propicia la distorsión -incluso involuntaria- respecto de los contribuyentes que se inician en actividades mixtas. En efecto, como lo normal será que la adquisición de los bienes de activo fijo destinados a este fin se efectúe antes de iniciar las operaciones del giro y según hemos visto, para el cálculo de la proporcionalidad deben considerarse los montos de las operaciones afectas y no afectas, aun cuando quisieran cumplir con el cálculo proporcional, no dispondrán de los parámetros que le permitan determinarlo[73].

[72] Cifras del ejemplo, tomadas del *Manual de Consultas Tributarias* Nº 177, 1992, pág. 464. El porcentaje de recuperación se ha calculado conforme a lo dispuesto en el art. 43 del Reglamento, sobre los totales acumulados.

[73] El problema sólo se encuentra resuelto en forma también insuficiente cuando el contribuyente se acoge al mecanismo de reintegro de remanentes establecido en el art. 27 bis.

Artículo: Los requisitos de fondo del crédito fiscal
Revista: Nº195, año LXII (En-Jun, 1994)
Autor: Elizabeth Emilfork Soto

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

f) Momento u oportunidad en que se determina la afectación. Modificaciones sobrevinientes

Es ésta una materia que no ha sido objeto de análisis especial ni en la doctrina ni en el derecho comparado, y ello no es de extrañar, puesto que la oportunidad en que debe calificarse la afectación dependerá de los principios que adopte la legislación de que se trate. Así, la adscripción a un régimen de deducción contable o financiera implica que el crédito fiscal se independiza, en cuanto a su ejercicio, del débito que contribuye a generar; esta característica se manifiesta en que el derecho debe invocarse en el mismo período en que se han efectuado las adquisiciones y será, por tanto, a ese momento que deba determinarse la afectación.

Tratándose de los desembolsos en bienes de inversión, el momento u oportunidad dependerá de si se adopta el sistema en la variante IVA tipo consumo, en el cual se reconoce el derecho a la deducción inmediata por el crédito íntegro o IVA tipo producto neto, en que la rebaja operará en forma parcializada a lo largo de la vida útil de los bienes.

La circunstancia de que la mayoría de las legislaciones haya adoptado el sistema de deducción inmediata[7] ha hecho necesario establecer normas destinadas a ajustar o regularizar las deducciones legalmente efectuadas, que pasan a ser indebidas en razón de modificaciones sobrevinientes en la afectación de los bienes.

Una de las fórmulas utilizadas al afecto es la de las prorratas provisorias y definitivas que analizáramos en el párrafo de "la sujeción parcial"; sin embargo, ella es insuficiente para resolver el problema de las operaciones ocasionales no gravadas y de los bienes de inversión.

1. Situación de los contribuyentes que, ocasionalmente, realizan operaciones no gravadas

Como una cuestión previa, es necesario tener presente que nuestra normativa, así como casi todas las legislaciones que hemos consultado, enfrentan el problema de la sujeción parcial bajo el supuesto implícito de contribuyentes que habitualmente realizan operaciones afectas y no gravadas; es decir, cuyo giro "normal" supone ambos tipos de operaciones. En este sentido puede apreciarse que nuestra disposición reglamentaria, que no difiere sustancialmente de la consagrada en otros países, supone continuidad en la existencia de IVA común (de ahí la referencia reglamentaria a "...en los períodos siguientes...").

Sin embargo, el problema también se presenta respecto de contribuyentes que habiendo recuperado crédito íntegro, por operar exclusivamente afectos al momento de la adquisición de los bienes, con posterioridad y en

[7] La mayoría de las legislaciones adoptan el IVA tipo consumo, hacen excepción, entre otras, la ley colombiana que niega el derecho a las deducciones tratándose de los bienes de inversión; la ley argentina adoptó en su texto original el IVA en la variante "producto neto". Sin embargo, por reforma introducida en septiembre de 1990 se ha aceptado la deducción inmediata.

Artículo: Los requisitos de fondo del crédito fiscal
Revista: Nº195, año LXII (En-Jun, 1994)
Autor: Elizabeth Emilfork Soto

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

forma ocasional realizan operaciones no afectas, ya sea por la existencia de exenciones personales que beneficien al adquirente o porque se produzca una situación que, conforme a la ley, configure un hecho no gravado no susceptible de haber sido visualizado al momento de ejercitarse legalmente el derecho a la deducción.

No hemos encontrado referencia expresa al problema que nos preocupa en la doctrina extranjera. Las legislaciones comparadas tampoco contienen, por regla general, disposiciones específicas destinadas a darle solución, exceptuadas la ley francesa y la argentina.

La primera, en el art. 221 del Anexo II del C.G. I., establece que el monto del impuesto, cuya deducción haya sido efectuada, deberá reintegrarse, entre otros casos, cuando los bienes o servicios que han originado la deducción del impuesto han sido utilizados para una operación no sometida efectivamente al tributo.

"El reintegro debe efectuarse por la totalidad del IVA correspondiente al conjunto de los bienes (excluidos los de inversión) y de los servicios que concurrieron a la operación que no daba lugar a la deducción. Para el cálculo el contribuyente puede utilizar los métodos estimativos o forfetarios, sin perjuicio del derecho de control por parte de la Administración. El reintegro debe efectuarse incluyéndose las sumas correspondientes, en una línea especial destinada al efecto, en la declaración del período correspondiente en el curso del cual el acontecimiento se produjo"[75].

La ley argentina supone, al decir de un autor, que el sujeto inscrito toma el crédito fiscal por todas sus operaciones gravadas en el momento de nacer el crédito fiscal. Si a ese momento no se conoce el destino, la opción legal es la procedencia del derecho. Sin embargo, en el período fiscal en que se adquiera dicho conocimiento deberá reintegrarse, como parte del débito, el crédito indebidamente recuperado. Debe tenerse presente que "la simulación del desconocimiento previo del destino es una falsa declaración sujeta a penalidad. Si nunca se sabrá el verdadero destino corresponde el prorrateo en el acto de nacer el crédito; y si a priori se sabe a ciencia cierta que un insumo se aplicará a una operación exenta, no es lícito tomar el crédito para luego rectificar la apropiación. Sólo es lícito tomar el crédito inmediato cuando el destino no sea conocido inequívocamente de antemano..."[76].

Nuestra legislación no contiene normas que permitan regularizar créditos fiscales legalmente invocados, que se transforman en indebidos por hechos sobrevinientes. El problema se ha planteado en reiteradas oportunidades. Las primeras cuestiones se suscitaron a propósito de las exenciones personales

[75] "La taxe..." Revur Fiduciaire, op. cit. pág 201. La ley española contiene normas relativas a la rectificación de las deducciones en los supuestos de error o variación de las cuotas a deducir, arts. 47 de la ley y 81 a 83 del Reglamento. Sin embargo, no pareciera que el objeto de estas rectificaciones comprendan la situación en análisis, a menos que pueda considerárselas dentro del supuesto de error, lo que no nos parece técnicamente correcto.

[76] Raimondi, Carlos y otros *El Nuevo Impuesto al Valor Agregado*. Ediciones Contabilidad Moderna, Buenos Aires, 1980, pág 361. Estos comentarios fueron hechos en relación al texto anterior de la ley. El texto actual no se refiere expresamente al problema.

Artículo: Los requisitos de fondo del crédito fiscal
Revista: Nº195, año LXII (En-Jun, 1994)
Autor: Elizabeth Emilfork Soto

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

que beneficiaban a las empresas navieras acogidas a la ley 19.041 por cuanto el criterio del Servicio de Impuestos Internos ha sido prescindir del hecho de que la afectación deba considerarse al momento de invocar el crédito fiscal.

El planteamiento casi uniforme de la jurisprudencia judicial[77] ha sido el de denegar el crédito fiscal ateniéndose exclusivamente a la literalidad de la ley, en cuanto establece la exigencia de afectación a hechos gravados[78]. Este proceder queda de manifiesto en la sentencia de la Corte Suprema dictada en la causa "Oppenheim con I.I.", cuyos considerandos 6º y 9º expresan:

"Que las infracciones legales de este primer grupo no las cometió realmente la sentencia recurrida, porque al rechazar el reclamo del contribuyente en contra del giro por el impuesto al valor agregado resultante del cálculo del porcentaje entre operaciones gravadas y exentas, los falladores se limitaron a aplicar una ley que si contradijera los principios, el sistema o la estructura del I.V.A. no pudieran los jueces dejar de aplicarla";

"Que contra las críticas anteriores a las leyes señaladas está la réplica de que las leyes criticadas por erróneas, inconvenientes o ilógicas, hay que aplicarlas, aunque lo sean y que su aplicación no las infringe sin (sic) que el fallador ha de cumplirlas aun si fuesen erróneas, inconvenientes o ilógicas, que no lo son en el caso de que se está tratando".

Y se reitera en la causa "Jorge Cubillos e Hijo Ltda. con I.I.", al sostener: "Que el fallo que se reclama ha revocado la sentencia de primer grado, según el recurso en estudio, teniendo presente que para aplicar la proporcionalidad del crédito fiscal, según el art. 23 Nº 3 del DL 825, es necesario que al momento de la adquisición de las mercancías se afecten o destinen a operaciones gravadas o exentas y que en la especie el contribuyente al efectuar la adquisición no tenía como objetivo efectuar servicios exentos, por lo que concluye el fallo no procede aplicar en este caso la norma de la proporcionalidad..."

"Que en la forma en que se ha expresado en el fundamento que precede, la sentencia de segunda instancia no ha aplicado la proporcionalidad del Impuesto de compraventa, infringiendo de este modo los preceptos que se denuncian como violados. Esto es el art. 23 Nº 3 del DL 825, el art. 19 del C. Civil y el art. 43 del Reglamento complementario contenido en el DS Nº 55..."[79]

Prescinde, pues, nuestro Excmo. Tribunal de consideraciones tan importantes como:

a) El hecho de que la afectación debe analizarse al momento en que se ejercita el derecho. Que si en esa oportunidad el contribuyente ignoraba la posterior destinación a operaciones no gravadas, la recuperación desde el punto de vista de los principios del impuesto, y del propio texto legal, en cuanto esta-

[77] Constituyen posiciones minoritarias las sostenidas por la Corte de Apelaciones de Concepción en causa rol 146-80, sentencia de 04.07.80 y en la causa Jorge Cubillos e Hijo Ltda. sentencia de septiembre del mismo año. En ambas, la Corte estimó que de los términos del art. 23 Nº 3 se evidencia que la afectación o destino debe ser estudiado a la fecha de adquisición de los bienes.

[78] Véase Corte Suprema sentencia de 14.06.82 causa rol 14.976 Sociedad Oppenheim y Cía Ltda. con I.I.; C. Suprema, sentencia de 19.10.82 en *Fallos del Mes* Nº 287, 1982, pág 425; *Gaceta Jurídica* Nº 51, 1984, pág 143 y Nº 70, 1986, pág 103.

[79] En *R.D.J.* Vol 78, 1981 2ª parte sección 1ª pág. 131.

Artículo: Los requisitos de fondo del crédito fiscal
Revista: Nº195, año LXII (En-Jun, 1994)
Autor: Elizabeth Emilfork Soto

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

blece que el crédito fiscal debe invocarse a la fecha de la facturación, había operado legítimamente;

b) Que la circunstancia de no encontrarse efectuando operaciones mixtas al momento de la afectación del bien hacía imposible la aplicación de la proporcionalidad, puesto que, a ese momento, carecía de los parámetros reglamentarios para practicarla;

c) Como consecuencia de lo anterior y supuesto que realmente hubiere existido una recuperación indebida, debiera haberse analizado cuál era el impuesto que procedía objetar, ¿el soportado al adquirir los bienes? o, como aparentemente se hizo, ¿el soportado al enajenarlos? y si en este período no hubiera habido adquisiciones consideradas bienes de utilización común o del mismo tipo del que se enajenó liberado, ¿qué IVA correspondía rechazar?

d) Y si el contribuyente, respetuoso de las normas tributarias y consciente de estar destinando un bien por el cual invocó crédito fiscal, a una operación no afecta, quisiera dar cumplimiento a la normativa vigente, ¿qué puede hacer si la ley no contiene ninguna norma que le permita rectificar o regularizar la deducción efectuada?

Si bien la eliminación casi total de las exenciones personales en favor del adquirente pudiera hacer pensar que el problema en análisis ha perdido trascendencia, ello no es así por cuanto se mantiene en otro ámbito.

Demostrativa de nuestra afirmación es la sentencia de la Corte de Apelaciones de La Serena, recaída en la causa "Romelio Gajardo Peillart con Impuestos Internos".

Los hechos debatidos en este caso se produjeron con motivo de la liquidación de la sociedad conyugal habida entre don Romelio Gajardo y su cónyuge. Producto de ella se adjudicaron a ésta diversas mercaderías del giro de un establecimiento comercial que se encontraba a nombre del marido. El Servicio de Impuestos Internos, considerando que dicha adjudicación se encontraba expresamente liberada del impuesto, como hecho no gravado, rechazó el crédito fiscal correspondiente a compras efectuadas por el establecimiento antes de la disolución de la sociedad conyugal, en proporción al monto de las mercaderías adjudicadas a la cónyuge.

La Corte de Apelaciones revocó la sentencia de primera instancia fundamentándose en el hecho de que "la adjudicación de bienes al disolverse la sociedad conyugal del reclamante se encuentra no gravada con impuesto, circunstancia por la cual no procede aplicar la disposición legal descrita en la motivación precedente" (el art. 43 del Reglamento) y considerando además que "el adjudicatario al venderlas por su cuenta volverá a su vez a gravar con el mismo impuesto dichos bienes, no siendo así de ninguna manera perjudicado el interés fiscal"[80].

[80] En *Revista Impuestos* N° 4 enero 1991, pág. 102. La Corte Suprema declaró sin lugar el recurso de queja interpuesto por el Fisco. En nuestra opinión aun cuando se trata de un fallo justo, los fundamentos esgrimidos no son jurídicamente correctos. En realidad, como veremos, la adjudicación efectuada con motivo de la liquidación de la sociedad conyugal no implica transferencia sino declaración de dominio y, por tanto, no ha existido "operación".

Artículo: Los requisitos de fondo del crédito fiscal
Revista: Nº195, año LXII (En-Jun, 1994)
Autor: Elizabeth Emilfork Soto

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

La relación anterior deja de manifiesto la necesidad de legislar a la brevedad sobre esta materia y, en este sentido, nos parece que la solución más simple y expedita es establecer una norma similar a la del derecho francés, que permita al contribuyente reintegrar aquellos impuestos invocados legítimamente como crédito fiscal, cuando hechos ocasionales sobrevinientes transformen esa recuperación en indebida. Mientras así no se haga, las modificaciones posteriores en la afectación de los bienes no puede alterar la recuperación que, conforme a lo dispuesto en el art. 23 Nº 1 (y no solamente a principios) ha sido legalmente efectuada.

2. Situación de los bienes destinados al Activo Fijo

Hemos dicho anteriormente que en cuanto el nacimiento del crédito fiscal está vinculado a la fecha de la adquisición de los bienes, la ley debiera contener normas que permitan la regularización posterior derivada de los cambios de afectación. Esta necesidad se presenta con mayor énfasis tratándose de los llamados "bienes de inversión" o "inmovilizaciones", cuya vida útil supone su utilización en la empresa por largos espacios de tiempo, que exceden naturalmente el breve período de la adquisición.

Nuevamente nuestra legislación no se pronuncia sobre esta materia y el problema en nuestra opinión se intensificará con la incorporación al impuesto de las ventas de inmuebles efectuadas por empresas constructoras. ¿Qué ocurrirá por ejemplo con un contribuyente que adquiera un local comercial de una empresa constructora, recupere el IVA correspondiente, lo destine a su giro durante, por ejemplo, un año y, posteriormente, lo venda, no afecto al tributo?

El criterio utilizado hasta la fecha por la Administración es equívoco. Así, no ha cuestionado la recuperación del impuesto soportado con motivo de la adquisición de camionetas o en general vehículos destinados al transporte, que son reemplazados prácticamente todos los años. Sin embargo, en otros casos ha sostenido una posición diversa, reñida con el texto legal. En el oficio 3636 de septiembre de 1993, absolviendo la consulta formulada por un contribuyente, cuyo giro comprendía, entre otros, el arrendamiento de vehículos motorizados, ha declarado procedente el crédito fiscal soportado con motivo de la adquisición de los mismos, así como el de los insumos que se utilicen para su funcionamiento. Sin embargo, como es habitual en ese giro, transcurrido cierto tiempo dichos vehículos son enajenados. Acaecido este hecho, "en el período en que se venda cualquiera de esos vehículos -exento de IVA- el crédito habrá de proporcionalizarse según las disposiciones del Nº 3 del art. 23 del DL 825.

Cabe preguntarse, ¿cuál es el fundamento legal que le permite exigir una regularización posterior si a la fecha de la adquisición los bienes se destinaron a una operación afecta y aun cuando se visualizaba su enajenación posterior no gravada, probablemente no tenía a ese momento operaciones de esta naturaleza que le permitieran efectuar el cálculo de la prorrata? y ¿qué crédito es el que habrá de proporcionalizarse?, ¿el que soportó en la adquisición o el que soporte al adquirir nuevos vehículos? y ¿qué ocurre si esta adquisición no

Artículo: Los requisitos de fondo del crédito fiscal
Revista: Nº195, año LXII (En-Jun, 1994)
Autor: Elizabeth Emilfork Soto

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

coincide con el período de la enajenación?

Nuevamente surge la necesidad de legislar la materia y, a tal efecto, creemos que la experiencia de la normativa comunitaria, así como de las legislaciones europeas que a su amparo se han dictado, pueden brindar soluciones ya experimentadas.

En el derecho comparado la obligación de regularizar o ajustar las deducciones inicialmente efectuadas por los bienes de inversión[81] tiene lugar cuando en el transcurso de un año posterior, comprendido dentro de los 4 siguientes a la adquisición o primera utilización, tratándose de bienes muebles, y de los 9 años siguientes, respecto de los inmuebles[82], se modifica la afectación de dichos bienes, de manera tal que el porcentaje se aleje en más de 10 puntos (hacia arriba o hacia abajo) respecto de la prorrata inicial (definitiva).

Producido el supuesto, la rectificación dará lugar a un reintegro o a una deducción complementaria por una fracción del impuesto deducido, que se encuentra limitada anualmente a un décimo (para los inmuebles), o a un quinto (para los muebles), de la diferencia entre la deducción inicial y la calculada en el año considerado.

Un ejemplo tomado del derecho francés permitirá ilustrar en mejor forma este sistema un tanto complejo[83]:

Supuestos:

- Impuesto soportado en la adquisición de un inmueble efectuada en agosto de 1991: 158.100 F.

- El porcentaje de deducción provisional, según las operaciones del año 1990, corresponde al 72%, lo que determina una deducción por 113.832 F.

- El porcentaje de deducción definitiva, según las operaciones realizadas en el curso del año 1991, resultó ser del 75%. Bajo estos supuestos el contribuyente puede efectuar una deducción complementaria, antes del 25 de abril de 1992, de

$$\frac{158.100 \times 75}{100} - 113.832 \text{ F} = 4.742 \text{ FF}$$

Para las eventuales regularizaciones posteriores, el porcentaje de deducción inicial será del 75% y la deducción inicial de 118.575 F (158.100 x 75%).

[81] Algunos textos contienen un concepto de bienes de inversión y exclusiones particulares. Así, el art. 74 del Reglamento de la ley española considera como tales los bienes corporales muebles e inmuebles que por su naturaleza están normalmente destinados a ser utilizados por un período de tiempo superior a un año como instrumentos de trabajo o medios de explotación. Entre las exclusiones específicas se considera, entre otros, el material de oficina y el utillaje cuyo costo no excede de 200.000 pesetas, los accesorios y piezas de recambio. La ley italiana utiliza las expresiones "bienes amortizables" y excluye de la regularización a aquéllos cuyo costo unitario no excede del millón de liras (art. 19 bis).

[82] Para estos efectos se ha entendido en Francia que el concepto de inmuebles incluye los trabajos que se efectúen en ellos y que constituyan inmovilización; correspondería a nuestro concepto de mejoras permanentes que aumenten el valor del bien.

[83] Ejemplo contenido en *La taxe sur...* Revue Fiduciaire..., pág. 184. Ejemplos en relación con la legislación española pueden consultarse en Checa González, op. cit., págs. 106 y siguientes.

Artículo: Los requisitos de fondo del crédito fiscal
Revista: Nº195, año LXII (En-Jun, 1994)
Autor: Elizabeth Emilfork Soto

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

- La prorrata definitiva para el año 1992 se establece en un 78%. Siendo la separación con el porcentaje de deducción inicial (75%) inferior a 10 puntos, no procede efectuar ninguna regularización a comienzos de 1993.

- La prorrata definitiva del año 1993 se establece en un 60%. Antes del 25 de abril de 1994 el contribuyente debe reintegrar una suma igual a:

$$118.575 \text{ (ded. inicial)} - \frac{158.100 \times 60}{100} \times \frac{1}{10} = 2371{,}50 \text{ FF}$$

- En el curso del año 1994 el sujeto realizó exclusivamente operaciones que daban derecho a la deducción, lo que se traduce en un porcentaje de deducción del 100%. Antes del 25 de abril de 1995, el interesado puede efectuar una deducción complementaria calculada de la siguiente forma:

$$\frac{158.100 - 118.575}{10} = 3.952{,}50 \text{ F}$$

- En el curso de los 6 años siguientes (1995-2000), el contribuyente realiza exclusivamente operaciones que dan derecho al crédito fiscal. Antes del 25 de abril de cada uno de los años 1996 a 2001, el contribuyente puede efectuar sucesivamente 6 deducciones complementarias iguales a 3.952,50 F cada una.

Constituye también causal de rectificación la cesión o enajenación del bien ocurrida antes de la expiración del período de regularización, siempre que dicha cesión no se encuentre sometida al tributo[84]. La rectificación se efectúa de una sola vez por el tiempo que reste para la expiración del período[85].

Bajo este supuesto, si el contribuyente del ejemplo enajenara el bien en 1997, debería proceder a un reintegro, que se calcula en función de los años que faltan para el término del período de regularización y del impuesto efectivamente deducido, según la siguiente fórmula: 128.061 F [86] x 3/10 = 38.418,30 F.

Es interesante destacar que, conforme a la ley francesa (art. 210 IV Anexo II), el adquirente de un bien, cuya cesión originó al cedente la obligación de regularizar, dispone del derecho a decidir una fracción del impuesto inicialmente soportado por el vendedor, equivalente a los quintos o décimos

[84] Si la cesión del bien estuviere afecta a impuestos, las leyes francesa (art. 211 anexo II CGI) y española (art. 45 Nº 1 de la ley) consideran que el bien ha sido empleado exclusivamente en operaciones gravadas dando lugar, en consecuencia, a las deducciones complementarias que procedan según los años que resten para la finalización del periodo.

[85] Como señala Checa González, op. cit., pág. 110, en este caso "se trata de una actividad sin derecho a deducción, por lo que se presume que el bien de la naturaleza indicada fue empleado exclusivamente en la realización de operaciones que no originen el derecho a deducir durante todo el año en que se realiza la entrega y en los restantes hasta la expiración del periodo de regularización, con lo cual la prorrata que será objeto de comparación con la que prevaleció el año de la adquisición será del 0%

[86] Impuesto efectivamente deducido: 128.061 F: 118.575 (deducción inicial) - 2.371,50 (reintegro 1994) + 11.857,50 (deducciones complementarias de 1995 a 1997).

Artículo: Los requisitos de fondo del crédito fiscal
Revista: Nº195, año LXII (En-Jun, 1994)
Autor: Elizabeth Emilfork Soto

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

que restan para el término del plazo de regularización; todo ello bajo el supuesto de que el bien adquirido constituya para el beneficiario del derecho una inmovilización.

La normativa francesa considera, además, otras situaciones en que la variación de la prorrata en el tiempo puede originar deducciones complementarias. Ello ocurre, por ejemplo, respecto de contribuyentes que inicialmente no tuvieron derecho a la recuperación del impuesto y que, en virtud de una modificación legal o de una variación en la afectación ocurrida durante el período de regularización del bien, dejan de quedar comprendidos en la limitación. En este evento pueden impetrar una deducción complementaria equivalente a tantos décimos o quintos (según la naturaleza del bien) del monto inicial del impuesto no deducido, como años resten hasta la expiración del período de regularización.

g) IVA soportados con anterioridad al comienzo de las actividades del contribuyente

Para el nacimiento del derecho a la deducción no es requisito el hecho de que el contribuyente se encuentre realizando las operaciones propias de su giro. En otras palabras, en la medida en que se cumplan las exigencias formales que, supone, entre otras, el haber presentado la declaración de iniciación de actividades, no existe obstáculo para que se proceda a la deducción de los impuestos soportados con anterioridad al comienzo efectivo de las operaciones que constituirán el objeto de la actividad del contribuyente. Negar esta posibilidad significaría impedir la deducción de todos aquellos desembolsos en que se incurre para la puesta en marcha de la empresa, por cuanto la aplicación del principio de la deducción contable o inmediata haría extemporánea la recuperación posterior.

Nuestra ley no considera expresamente esta situación. Sin embargo, se refiere implícitamente a ella en el art. 27 bis, en el cual, a propósito de la recuperación de los remanentes de crédito fiscal generados en la adquisición de bienes del activo fijo, ordena la regularización posterior cuando el monto, que fue objeto de imputación o reintegro, resulte indebido, considerando la real afectación de los bienes.

La disposición citada adolece también de deficiencias, entre las cuales se encuentra precisamente el punto que nos ocupa. En la medida en que un contribuyente no ha iniciado las actividades propias de su giro no está en condiciones de determinar el monto de la recuperación a que tiene derecho, aun cuando a ese momento sepa que su actividad dará lugar a operaciones afectas y no gravadas. Ello, puesto que, como hemos visto, la proporcionalidad se determina en función de las operaciones efectuadas. Indudablemente, la omisión legislativa beneficia al contribuyente, por cuanto, según la ley, si al iniciar las actividades se determina una recuperación indebida, ésta debe reintegrarse reajustada, lo que implica que el contribuyente ha podido disponer de un préstamo sin intereses.

Si bien los mecanismos de regularización, tanto normal como de

Artículo: Los requisitos de fondo del crédito fiscal
Revista: Nº195, año LXII (En-Jun, 1994)
Autor: Elizabeth Emilfork Soto

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

recuperaciones anticipadas, presentan un alto grado de complejidad administrativa[87], nos parece que es la única vía que permite conciliar los sistemas de deducción inmediata con la finalidad del derecho a la deducción.

La legislación chilena no puede continuar ignorando las distorsiones que se generan con la normativa actual y la inseguridad a que se encuentra sometido el contribuyente por el criterio que aplica la Administración, en ausencia de texto, para hacer frente al problema. Esta solución, como hemos visto, vulnera la ley al prescindir del hecho de que la afectación se determina al momento de la adquisición de los bienes. Es por tanto indispensable que se estudie la incorporación de normas que solucionen el problema, las que debieran considerar el problema de las deducciones anticipadas en forma integral. La experiencia europea puede ser de utilidad como idea central de solución, con las debidas adaptaciones a nuestra realidad.

b) La renunciabilidad de las exenciones o la sujeción por opción

La complejidad que traen consigo las exenciones y los hechos no gravados[88] hacen de cierta frecuencia la consulta profesional de los contribuyentes en cuanto a la posibilidad de renunciar a la no afectación, en especial tratándose de operaciones ocasionales. Aún más, se ha recurrido en la práctica a enterar el impuesto en situaciones en que legalmente era improcedente. Esta solución ha sido rechazada por la Administración y la jurisprudencia judicial sin un claro fundamento legislativo.

La inquietud de nuestros contribuyentes, que surge de una necesidad práctica, tiene un respaldo doctrinario y ha sido recogida en el Derecho comparado.

Derouin[89], comentando la legislación comunitaria vigente a 1977, reconoce la necesidad de abrir la alternativa de sujeción por opción, ya establecida en algunos países europeos, como una extensión del marco de aplicación del tributo, al permitir la ley que se sometan a ella actividades que no constituyen hechos imponibles; o como la facultad de renunciar a exoneraciones legales.

Si bien en el derecho francés se mantiene esta forma de sujeción, su procedencia parece haberse reducido respecto de la situación existente a la época del estudio efectuado por Derouin. Aun cuando no contamos con antecedentes que nos permitan conocer con certeza la causa de ello, nos parece

[87] Con el objeto de simplificar el sistema, algunas legislaciones originalmente consideraron un solo período de regularización cualquiera fuera la naturaleza de los bienes (como por ejemplo, el proyecto de ley española); este hecho fue criticado pues implicaba que respecto de aquellos bienes cuya vida útil era inferior al período considerado, la regularización procedía incluso después de que dicho bien hubiere desaparecido contablemente del activo de la empresa. Creemos que el problema es solucionable excluyendo del concepto de bienes de inversión, para estos efectos, a aquellos cuya vida útil sea inferior a un cierto número de años que se determine.

[88] La alternativa reglamentaria de facultar a la Dirección del Servicio de Impuestos Internos para establecer otros métodos de determinación del crédito proporcional, si bien es un paliativo al que se ha recurrido con cierta frecuencia, no constituye, en nuestra opinión, una solución adecuada, pues puede terminar transformando la excepción en la regla general.

[89] Derouin, op. cit., págs. 73 y ss.

Artículo: Los requisitos de fondo del crédito fiscal
Revista: Nº195, año LXII (En-Jun, 1994)
Autor: Elizabeth Emilfork Soto

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

probable que se deba a la ampliación del ámbito de aplicación obligatoria del tributo[90] y no a dificultades en la aplicación del sistema.

La imposición voluntaria, en la forma en que hoy se concibe en esa legislación, está limitada a los casos expresamente establecidos en la ley, de manera que el contribuyente no puede elegir a su arbitrio excluirse de una exoneración; sin embargo, en la medida en que esté considerada puede acogerse libremente con el solo requisito de informarlo a la Administración. Se aplica por períodos determinados y se renueva automáticamente, a menos que se denuncie dentro de un determinado plazo[91].

Nos parece que la sujeción por opción constituye una buena alternativa para enfrentar los problemas de los contribuyentes que efectúan operaciones no gravadas de carácter ocasional, en particular cuando siendo el adquirente sujeto pasivo del tributo se produce, con motivo de ellas, sólo una suspensión y no una interrupción definitiva en el circuito de comercialización de los bienes[92].

[90] Así, por ejemplo, a esa época la opción se concedía a todas las personas que ejercieran una profesión liberal, situación que hoy día queda sometida a imponibilidad obligatoria.

[91] Véase arts. 260 y siguientes del C.G.I.

[92] Nos referimos a situaciones tales como la mencionada en la nota Nº 80.