

ESTATUTO DE GARANTÍAS TRIBUTARIAS PARA INVERSIONISTAS EXTRANJEROS Y LOCALES

Dentro de los anuncios del Gobierno del Presidente Kast se ha señalado el diseño e implementación de un mecanismo que otorgue mayor certeza jurídica en el área tributaria a inversionistas extranjeros y locales, en el sentido de conferirles un estatuto de garantías de inmutabilidad de su carga fiscal, no obstante cualquier cambio futuro en las disposiciones legales que rigen esa materia, lo que sugiere la figura del contrato-ley.

I. La Figura del Contrato-Ley en Chile.

Chile no reconoce constitucionalmente la figura de contrato-ley, sin perjuicio que la legislación la ha implementado para, a lo menos, las siguientes situaciones:

1. Estatuto de Inversión Extranjera, D.L. N° 600, de 1974.
2. Contratos Especiales de Operación Petrolera (CEOP), D.L. N° 1.089, de 1975.
3. Contratos Especiales de Operación del Litio (CEOL), D.F.L. N° 302, de 1960, del Ministerio de Hacienda.
4. Franquicias para Viviendas Económicas, Título II D.F.L. N° 2, de 1959, del Ministerio de Hacienda.
5. Régimen Preferencial de la Ley Navarino, Ley N° 18.392.
6. Régimen Preferencial de la Ley Tierra del Fuego, Título I de la Ley N° 19.149.
7. Inmutabilidad de la Zona Franca de Iquique, (Ley N° 18.846).

Todos los cuerpos normativos señalados permiten que el inversionista privado suscriba con el Estado un acuerdo que se le reconoce el carácter de contrato, pero no se le denomina contrato-ley, aun cuando las obligaciones del Estado consisten en mantener inalterable ciertas prerrogativas ante futuros cambios legislativos.

1. Estatuto de Inversión Extranjera.

D.L. N° 600, de 1974, sobre estatuto de inversión extranjera, establecía la celebración de un contrato por escritura pública, pactándose las respectivas cláusulas, suscribiéndolo directamente un representante del Estado de Chile – el presidente del Comité de Inversiones Extranjeras – y el interesado, fijando el plazo para realizar las inversiones. En lo sustantivo, el régimen contemplaba: trato no discriminatorio respecto de inversionistas nacionales; derecho a remesar capitales y utilidades al exterior; acceso garantizado al mercado cambiario formal; y, como elemento central, la posibilidad de pactar invariabilidad tributaria, esto es, la congelación del régimen impositivo aplicable (incluida la tasa del impuesto adicional y, en minería, del impuesto específico o royalty minero), por un período determinado.

El DL N°600 fue ampliamente utilizado en proyectos de gran escala - especialmente mineros- y su lógica descansaba en sustituir la sola ley por un contrato con el Estado, pudiendo el inversionista renunciar al contrato y optar por adherir a las reglas generales de tributación nacional.

El D.L. N° 600, de 1974, fue derogado por el artículo 9° de la ley N° 20.780, a contar del 1 de enero de 2016. Luego, la Ley N° 20.848 se encargó de establecer el nuevo marco legal e institucional para la inversión extranjera directa, pero sin otorgar ningún tipo de invariabilidad tributaria.

2. Contratos Especiales de Operación Petrolera.

Estos acuerdos están regulados en el D.L. N° 1.089, de 1975, sobre contratos especiales para operación petrolera, CEOPs, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado, lo constituye el D.F.L. N° 2, de 1986, del Ministerio de Minería, donde se debe tener presente que, de acuerdo con el artículo 19 N° 24 de la Constitución Política – que consagra el derecho de propiedad – en su inciso décimo, prescribe que la exploración, la explotación y el beneficio de los yacimientos que contengan sustancias no susceptibles de concesión, podrán ejecutarse directamente por el Estado o por sus empresas o por medio de concesiones administrativas o de contratos especiales de operación, con los requisitos y bajo las condiciones que el Presidente de la República fije para cada caso por decreto supremo. Así también, conforme al D.F.L. N° 302, de 1960, del Ministerio de Hacienda, que aprueba disposiciones orgánicas y reglamentarias del Ministerio de Minería, le corresponde a esta última cartera, suscribir en representación del Estado de Chile, previo informe favorable del Consejo de la Comisión Nacional de Energía, los contratos especiales de operación petrolera y ejercer directamente o por intermedio de un organismo o empresa del Estado, las funciones o derechos que el decreto supremo y el correspondiente contrato especial de operación le señalen.

En consonancia con lo anterior, el Presidente de la República, mediante decreto supremo, establece requisitos, términos y condiciones del contrato especial de operación petrolera que el Estado de Chile suscribirá con un particular. Luego, el Ministerio de Minería o la ENAP, suscriben el contrato de operación petrolera por escritura pública, pactando sus cláusulas en atención a una licitación pública previamente realizada, incluyendo en el respectivo contrato, las indicaciones del específico decreto supremo.

3. Contratos Especiales de Operación del Litio.

La competencia para celebrar este tipo de contratos emana del inciso décimo del artículo 19 N° 24 de la Constitución Política y el artículo 8° del Código de Minería, que establecen que la exploración, la explotación y el beneficio de los yacimientos que contengan sustancias no susceptibles de concesión minera, podrán ejecutarse directamente por el Estado o por sus empresas o por medio de concesiones administrativas o de contratos especiales de operación, con los requisitos y bajo las condiciones que el Presidente de la República fije, para cada caso, por decreto supremo. Así también, conforme al D.F.L. N° 302, de 1960, del Ministerio de Hacienda, que aprueba disposiciones orgánicas y reglamentarias del Ministerio de Minería, le corresponde a esta última cartera, suscribir en representación del Estado de Chile, previo informe favorable del Consejo de la Comisión Nacional de Energía, los contratos especiales de operación del litio y ejercer directamente o por intermedio de un organismo o empresa del Estado, las funciones o derechos que el decreto supremo y el correspondiente contrato especial de operación le señalen.

4. Viviendas Económicas.

Este estatuto se contiene en el Decreto N° 1101, de 03.06.1960, del Ministerio de Obras Públicas, que fijó el texto definitivo del D.F.L. N° 2, de 1959, del Ministerio de Hacienda, sobre Plan Habitacional.

Las Franquicias para Viviendas Económicas, en términos generales, apuntan a viviendas de menos de 140 m², nuevas y usadas, consistente en la exención de impuestos por los ingresos por la explotación del bien raíz y la rebaja del 50% en el pago de las contribuciones. Adicionalmente, las viviendas nuevas gozan de la rebaja del 50% al arancel del Conservador de Bienes Raíces; la rebaja del 50% de la tasa establecida en el Decreto Ley N° 3.475 del año 1980, sobre Timbres y Estampillas; y la exención del impuesto a la herencia y donaciones, para el caso del primer adquirente.

En la actualidad, el beneficio está restringido a las personas naturales y a un máximo de 2 unidades y el estatuto no tiene fecha de expiración¹.

El mecanismo de acceso a las franquicias para la vivienda es la reducción a escritura pública firmada por Tesorero Comunal, en representación del Estado, y el interesado, del permiso de edificación emitido por la DOM respectiva que señale que se trata de una vivienda económica. Dicha escritura tiene el carácter de contrato, donde se incorporan de pleno derecho las franquicias al beneficiario, no obstante cualquier modificación que puedan sufrir las disposiciones legales, siempre que se mantenga la condición de vivienda económica, pudiendo gozar de los mismos beneficios sus sucesores o causahabientes a cualquier título.

Este estatuto pretende incentivar la construcción y adquisición de viviendas económicas, mediante la entrega de franquicias tributarias.

5. Ley Navarino.

Este estatuto se contiene en los artículos 1 al 10 de la Ley N° 18.392, publicada en el D.O. el 14.01.1985.

La Ley Navarino crea un régimen preferente, tributario y aduanero, para la zona geográfica al sur del Estrecho de Magallanes y hasta el Polo Sur, con vigencia hasta el año 2035, enfocado a empresas que se instalen allí y desarrollen alguna de las 5 actividades indicadas en la norma.

Las franquicias para las empresas consisten en la exención del IDPC, con derecho a crédito contra impuestos finales; la liberación de IVA y arancel para las importaciones; la dispensa del IVA para las compras desde el resto del país y una bonificación a las ventas y servicios efectuadas desde la zona especial al resto del país, que no sea la zona de extensión de la Zona Franca de Punta Arenas.

¹ Cabe señalar que tratándose las viviendas económicas reguladas por el DFL 2, las franquicias tributarias se han ido limitando mediante modificaciones legislativas, es decir en forma unilateral por parte del Estado, sin la participación de los particulares a quienes beneficiaba. En un primer momento las franquicias tributarias beneficiaban tanto a personas naturales como jurídicas, y no tenían restricción en cuanto a la cantidad de viviendas. Si bien los cambios de ley no han tenido efectos retroactivos, han eliminado los beneficios a futuro, sobre la base de la teoría de los derechos adquiridos y las meras expectativas.

El mecanismo de acceso a las franquicias para las empresas, es la reducción a escritura pública firmada por Tesorero Regional, en representación del Estado, y el interesado, de la resolución aprobatoria de instalación dictada por el Gobernador Regional, donde se señala el lugar de establecimiento de la empresa y la actividad que se autoriza.

Dicha escritura tiene el carácter de contrato, donde se incorporan de pleno derecho las franquicias al beneficiario, no obstante cualquier modificación que puedan sufrir las disposiciones legales, hasta el año 2035, pudiendo gozar de los mismos beneficios sus sucesores o causahabientes a cualquier título.

Este estatuto pretende incentivar el desarrollo económico y poblamiento del territorio favorecido, mediante la entrega de franquicias tributarias, aduaneras y de fomento.

6. Ley Tierra del Fuego.

Este estatuto se contiene en el Título I de la Ley N° 19.149, publicada en el D.O. el 06.07.1992.

La Tierra del Fuego crea un régimen preferente, tributario y aduanero, para las comunas de Porvenir y Primavera, con vigencia hasta el año 2036, enfocado a empresas que se instalen allí y desarrollen alguna de las 8 actividades indicadas en la norma.

Las franquicias para las empresas consisten en la exención del IDPC, con derecho a crédito contra impuestos finales; la liberación de IVA y arancel para las importaciones; la dispensa del IVA para las compras desde el resto del país y la exención de contribuciones.

El mecanismo de acceso a las franquicias para las empresas, es la reducción a escritura pública firmada por Tesorero Regional, en representación del Estado, y el interesado, de la resolución aprobatoria de instalación dictada por el Gobernador Regional, donde se señala el lugar de establecimiento de la empresa y la actividad que se autoriza. El Consejo Regional puede excluir del beneficio a las actividades que considere sobredimensionadas o no prioritarias para el desarrollo regional.

Dicha escritura tiene el carácter de contrato, donde se incorporan de pleno derecho las franquicias al beneficiario, no obstante cualquier modificación que puedan sufrir las disposiciones legales, hasta el año 2036, pudiendo gozar de los mismos beneficios sus sucesores o causahabientes a cualquier título.

Este estatuto pretende incentivar el desarrollo económico y poblamiento del territorio favorecido, mediante la entrega de franquicias tributarias y aduaneras.

7. Inmutabilidad de la Zona Franca de Iquique.

Esta garantía se detenta en el artículo 11 de la Ley N° 18.846, publicada en el D.O. el 08.11.1989.

La Zona Franca es un supuesto de extraterritorialidad aduanera, asociado a un régimen aduanero tributario preferente que hoy se contiene en el D.F.L. N° 2 de 2001, del Ministerio de Hacienda, que aprobó el texto refundido, coordinado y sistematizado del D.F.L. N° 341, de 1977, del mismo origen, sobre Zonas Francas, que a su turno había refundido y coordinado los D.L. N°s 1.055 y 1.233, de 1975; 1.611 de 1976 y 1.698 de 1977, todos referidos a este sistema de exenciones.

El sistema para el recinto franco consiste en la exención del IDPC, con derecho al 50% crédito contra impuestos finales para los contribuyentes del Art. 14 D3 de la LIR; la liberación de los impuestos del D.L. N° 824, de 1975 y arancel para las importaciones; la internación sin IVA de mercancías nacionales o nacionalizadas; y la dispensa de IVA para la venta o traslado de mercancías a la zona de extensión.

La inmutabilidad del régimen de Zona Franca de Iquique para la sociedad administradora y para los usuarios se verifica con la entrega de la concesión por el Estado, instrumento que una vez suscrito tiene el carácter de contrato donde se incorporan de pleno derecho las franquicias a los usuarios y a la sociedad administradora, no obstante cualquier modificación que puedan sufrir las disposiciones legales, por el plazo de 40 años.

Solo la Zona Franca de Iquique tiene esta garantía expresa, no así la Zona Franca de Punta Arenas ni las Zonas Francas de Regiones geográficamente aisladas, como la de Aysén.

II. Las cláusulas de estabilización en el derecho comparado

La figura de los contratos-leyes o contratos de inversión con cláusulas de invariabilidad / estabilidad tributaria no es exclusiva de Chile. La literatura y la práctica internacional los encuadran dentro de los *“stabilization clauses”* o *“investment stability agreements”*, utilizados especialmente en proyectos de recursos naturales, energía e infraestructura, mediante contratos celebrados directamente entre el Estado (o entidades estatales) y el inversionista.

En los países no desarrollados o en vías de desarrollo, los contratos-leyes o contratos de inversión, que incorporan cláusulas de invariabilidad o estabilidad tributaria, han cumplido históricamente un rol relevante como instrumento de atracción de inversión extranjera directa, particularmente en sectores intensivos en capital y de largo plazo como minería, hidrocarburos e infraestructura, operando como un sustituto de la estabilidad institucional y una señal de compromiso soberano frente a elevados niveles de riesgo político y regulatorio.

Hoy, en nuestra región, **Perú y Argentina** tienen vigentes regímenes de invariabilidad tributaria, países que son nuestros competidores directos.

Sin embargo, la posición actual de la **Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE)**, reconoce que, si bien estos mecanismos respondieron a una racionalidad económica en contextos de debilidad institucional, la invariabilidad tributaria absoluta genera rigideces significativas, restringe la soberanía fiscal y dificulta la adopción de reformas necesarias para el desarrollo sostenible y el alineamiento con estándares tributarios internacionales. En este sentido, la OCDE promueve la superación de esquemas de congelamiento normativo, recomendando su reemplazo por mecanismos contractuales más flexibles —como cláusulas de equilibrio económico o renegociación estructurada— que permitan preservar la viabilidad de los proyectos sin comprometer de manera irreversible la capacidad tributaria del Estado.²

² OCDE (2020), Guiding Principles for Durable Extractive Contracts, OECD Development Policy Tools, OECD Publishing, París, párr. 29, <https://doi.org/10.1787/55c19888-en>.

Las cláusulas de equilibrio económico (también denominadas *economic equilibrium, economic balancing o stabilisation by adjustment clauses*) son mecanismos contractuales mediante los cuales el Estado no se obliga a mantener inalterado el marco legal o tributario, sino que se compromete a preservar la ecuación económica del proyecto vigente al momento de su celebración, en caso de que cambios normativos posteriores alteren de manera sustancial dicha ecuación.

A diferencia de las cláusulas de congelamiento (*freezing clauses*), estas cláusulas reconocen explícitamente la potestad regulatoria y tributaria del Estado, pero introducen un deber de corrección económica cuando el cambio normativo tiene un impacto significativo en el proyecto.

III. Implementación de nuevos contratos-leyes.

Todos los instrumentos tratados en el primer apartado, quiera denominárseles o no *contrato-ley*, versan sobre la misma materia: la fijación de normas tributarias especiales por un plazo asegurado, teniendo como contrapartes a un inversionista privado y al Estado, este último representado por alguna autoridad con potestades para suscribir el contrato, siendo importante consignar que el otorgamiento de reglas diferentes de impuestos sólo puede ser consentido por el Fisco si una ley así lo autoriza, de allí que estos acuerdos de voluntades tienen que ver sobre tratamientos impositivos preferentes.

Se necesita un reconocimiento constitucional de la figura de contratos leyes, así como, establecer un mecanismo acorde con el objetivo que persigue la entrega de certezas jurídicas, en especial para que una vez otorgada la franquicia al inversionista, el Estado no pueda cambiar las reglas del juego a futuro, mediante la dictación de otra ley, como ha sucedido en el caso de las franquicias tributarias por la adquisición de inmuebles acogidos al DFL 2.

Como se vio, existen 3 tipos de contratos leyes donde interviene una autoridad territorial; Viviendas Económicas, Ley Navarino y Ley Tierra del Fuego, siendo estos dos últimos, donde la autoridad territorial puede enfocar de mejor manera la inversión privada, al autorizar el lugar donde han de instalarse y con la posibilidad de restringir ciertas actividades.

Los estatutos de operaciones especiales de petróleo y litio, así como, el extinto estatuto de inversión extranjera, formaban parte de un sistema de evaluación de escala más bien nacional, aun cuando el emplazamiento de las inversiones fuera en regiones. Entonces, pareciera ser prudente diferenciar volúmenes de inversión y tipos de actividades, con evaluaciones y resoluciones de escala regional y nacional.

También es importante fijar condiciones mínimas para el acceso a contratos leyes y procedimientos de revisión del cumplimiento de las obligaciones y aplicación de sanciones, incluida la remoción del régimen estatutario.

IV. Conclusión

Para Chile, la utilización de contratos-leyes o de mecanismos contractuales que otorgan invariabilidad o estabilidad tributaria ha tenido una importancia estratégica en la atracción de inversión extranjera directa, particularmente en sectores intensivos en capital y de largo plazo — como la minería, la energía y la infraestructura—, en los cuales la magnitud de la inversión inicial y los extensos plazos de recuperación exigen un elevado grado de certeza jurídica y fiscal.

Estos instrumentos han contribuido a mitigar el riesgo regulatorio percibido por los inversionistas y a reforzar la credibilidad del compromiso estatal, complementando un marco institucional que, aun siendo comparativamente sólido dentro de la región, ha estado expuesto a ciclos de reforma tributaria y a modificaciones relevantes en la carga fiscal aplicable a grandes proyectos, como lo señalamos en un informe en que tratamos esta materia en forma especial.

En este contexto, la estabilidad tributaria contractual ha operado como un factor de competitividad frente a otras economías en desarrollo que ofrecen garantías similares.

Respecto de los contratos de invariabilidad tributaria, dada la experiencia local, se sugiere que se reconozca constitucionalmente la figura de los contratos- leyes y que se implemente un mecanismo adecuado que cumpla con el propósito de brindar certeza jurídica.

En subsidio de los contratos-leyes —ya sea porque el Congreso no apruebe su incorporación o porque determinadas inversiones no presentan horizontes temporales suficientemente extensos como para otorgar un beneficio de invariabilidad tributaria, en nuestra opinión, resultaría pertinente considerar mecanismos contractuales alternativos, tales como las cláusulas de equilibrio o ecuación económica, que permitan resguardar la viabilidad financiera de los proyectos significativos para el país en términos de inversión y creación de empleo, mediante ajustes proporcionales frente a cambios normativos relevantes, sin comprometer de manera irreversible la potestad tributaria ni el espacio fiscal del Estado.