

OFICIO ORD. N° 97/2018.

ANT.: Formulario 2117, Folio 77317386959, de fecha 14 de septiembre de 2017.

MAT: Consulta formulada por el contribuyente HUAWEI (CHILE) S.A., RUT N° 99.535.120-K, con relación a la interpretación del Artículo 12(3) del Convenio para eliminar la doble imposición y prevenir la evasión y elusión fiscal con la República Popular China.

Santiago,

12 FEB 2018

A : **[REDACTED]**
EN REPRESENTACIÓN DE HUAWEI (CHILE) S.A.

DE : BERNARDO SEAMAN GONZÁLEZ
DIRECTOR DE GRANDES CONTRIBUYENTES.

Se ha recibido en esta Dirección la consulta del antecedente, por la cual el señor **[REDACTED]**, en representación de la Sociedad HUAWEI (CHILE) S.A., (en adelante indistintamente "HUAWEI CHILE" o "la compañía" o "contribuyente"), RUT N° 99.535.120-K, solicita un pronunciamiento sobre la interpretación del Artículo 12(3) del Convenio para eliminar la doble imposición y prevenir la evasión y elusión fiscal con la República Popular China.

Conforme a las instrucciones del Servicio de Impuestos Internos (en adelante "SII" o "Servicio") indicadas en el número 4 de la Circular N° 71 del año 2001, al no existir un criterio definido por la Dirección del Servicio sobre la materia o la naturaleza del problema planteado se elevaron los antecedentes al Director Nacional del SII, el cual procedió a pronunciarse al respecto en el Oficio Ordinario N° 124 del 18 de enero del año 2018.

ANTECEDENTES DE LA CONSULTA

a) La Sociedad HUAWEI (CHILE) S.A., RUT N° 99.535.120-K, constituida y domiciliada en Chile, celebró con HUAWEI TECHNOLOGIES CO., LTD en adelante, "HW CHINA", sociedad constituida y domiciliada en China, los contratos de "Intellectual Property License Agreement" y "Master Software Distribution Agreement", con fechas 01 de enero de 2015 y 1 de septiembre de 2015, respectivamente.

b) En virtud del contrato "Intellectual Property License Agreement", en adelante, "Contrato de Licencia", HW CHINA le entrega a HW CHILE la licencia no exclusiva, y no transferible, de la Propiedad Intelectual y/o de la Marca para la prestación de los servicios, dentro de los cuales se incluyen los siguientes:

- Servicios de Despliegue/Implementación de Redes
- Servicios de Integración de Redes
- Servicios de servicios de apoyo al cliente
- Servicios de Capacitación
- Servicios de Cuidado inteligente
- Servicios de Gestión
- Servicios de Construcción
- Otros servicios relevantes no detallados anteriormente

Para los efectos del contrato mencionado, la expresión Propiedad Intelectual incluye específicamente el "Know-How" necesario para la prestación de los servicios, y las "Marcas" bajo los cuales serán prestados los servicios.

Asimismo, el termino Know-How es definido como el conocimiento de la información industrial, comercial o científica, obtenida de experiencias previas, que tiene aplicación práctica en la operación de los servicios.

Por otro lado, el término Marca es definido como cualquiera de estas, incluida Huawei o cualquiera otra marca registrada o no registrada, relacionada con los servicios que HW CHINA permite usar a HW CHILE de acuerdo con los términos del contrato.

c) Por otro lado, por medio del contrato "**Master Software Distribution Agreement**", en adelante, "Contrato de Distribución", HW CHILE compra y adquiere de parte de HW CHINA, el software que es descargado de internet junto con un set de instrucciones, con el objeto de incorporarlo en los productos autorizados, y que, con posterioridad, son vendidos a los consumidores finales.

Se debe señalar que HW CHINA le otorga a HW CHILE un derecho de distribución limitado, no transferible, no exclusivo y que solo está relacionado con los productos autorizados que son adquiridos por parte de HW CHILE.

De igual manera, en el contrario se establece que todos los derechos, títulos, así como cualquier cambio o modificación del software son de propiedad HW CHINA.

Asimismo, al contribuyente se le prohíbe usar, vender, reproducir, copiar, crear derivaciones, modificar cualquier parte del software, salvo por el derecho de distribución limitado que es otorgado en el mismo contrato.

También se señala que, HW CHILE no adquiere ningún derecho sobre la propiedad intelectual de HW CHINA.

d) Con relación a los contratos mencionados en las letras anteriores, se debe tener presente que el Artículo 59 de la LIR, en su parte pertinente, señala que: *"Asimismo, se gravarán con tasa de 15% las cantidades correspondientes al uso, goce o explotación de programas computacionales, entendiéndose por tales el conjunto de instrucciones para ser usados directa o indirectamente en un computador o procesador, a fin de efectuar u obtener un determinado proceso o resultado, contenidos en cassette, diskette, disco, cinta magnética u otro soporte material o medio, de acuerdo con la definición o especificaciones contempladas en la Ley Sobre Propiedad Intelectual, salvo que las cantidades se paguen o abonen en cuenta por el uso de programas computacionales estándar, entendiéndose por tales aquellos en que los derechos que se transfieren se limitan a los necesarios para permitir el uso del mismo, y no su explotación comercial, ni su reproducción o modificación con cualquier otro fin que no sea habilitarlo para su uso, en cuyo caso estarán exentas de este impuesto."*

Cabe señalar que, la norma reproducida, es bastante amplia y no distingue si se ha cedido o no derechos de propiedad intelectual, sino que se limita a señalar que los pagos por el uso, goce o explotación de programas computacionales estarán gravados con el impuesto adicional con tasa de 15%.

e) Complementando lo señalado en la letra d), la Circular N° 8 de 2007, dispuso que las siguientes cantidades se gravan con Impuesto Adicional:

"Programas computacionales, entendiéndose por éstos el conjunto de instrucciones para ser usados directa o indirectamente en un computador o procesador, a fin de efectuar u obtener un determinado proceso o resultado, contenidos en cassette, diskette, disco, cinta magnética u otro soporte material o medio; todo ello de acuerdo con las definiciones o especificaciones técnicas establecidas en la Ley N° 17.336, D.O. 02.10.1970, sobre Propiedad Intelectual. Cabe señalar en este párrafo que a la definición contenida en la Ley sobre Propiedad Intelectual se le agregó al soporte material de los programas computacionales, el uso de otros medios electrónicos."

Asimismo, la misma Circular señaló que: *"...se igualó la tributación de 15% de los programas computacionales ya sean estándar o a pedido. Sin embargo, no cabe dentro de esta definición los "programas de base", es decir, los que son indispensables para el funcionamiento de un equipo o máquina, sin el cual no puede funcionar como tal, por lo que no se encuentran afectos al impuesto adicional"*.

De acuerdo a lo señalado, todas las cantidades que se remesen al exterior por el uso, goce o explotación de programas computacionales, ya sea estándar o a pedido, se encuentran afectas al pago del impuesto adicional contemplado en el inciso primero del artículo 59, tal como se indicó en la Circular antedicha.

f) Con fecha lunes 9 de enero de 2017, fue publicado en el Diario Oficial el Convenio, el cual en el artículo 12, señala que: "Las regalías procedentes de un Estado Contratante y pagadas a un residente del otro Estado Contratante pueden someterse a imposición en ese otro Estado.

Sin embargo, dichas regalías también pueden someterse a imposición en el Estado Contratante del que procedan y conforme a la legislación de ese Estado, pero si el beneficiario efectivo es residente del otro Estado Contratante el impuesto así exigido no podrá exceder del:

- i. 2 por ciento del importe bruto de las regalías por el uso, o derecho al uso, de equipos industriales, comerciales o científicos;
- ii. 10 por ciento del importe bruto de las regalías en todos los demás casos.

Las autoridades competentes de los Estados Contratantes establecerán de mutuo acuerdo la forma de aplicación de esos límites."

Asimismo, el párrafo 3 del artículo 12 del Convenio entrega una definición de lo que se entiende por regalías señalando: *"El término "regalías" empleado en este Artículo significa las cantidades de cualquier clase pagadas por el uso, o el derecho al uso, de derechos de autor sobre obras literarias, artísticas o científicas, incluidas las películas cinematográficas o películas y cintas para transmisión por radio o televisión, de cualquier patente, marca, diseño o modelo, plano, fórmula o procedimiento secretos u otra propiedad intangible similar, o por el uso o derecho al uso, de equipos industriales, comerciales o científicos, o por informaciones relativas a experiencias industriales, comerciales o científicas."*

h) Conforme a lo referido el contribuyente señala que realiza pagos de naturaleza distinta, por lo cual el tratamiento tributario debe ser analizado para cada caso, a la luz de la normativa local y las disposiciones del Convenio, de acuerdo a lo siguiente:

Pagos por concepto de Royalty Fee.

En opinión del consultante, los pagos por concepto de Royalty Fee estarían gravados en principio con Impuesto Adicional de tasa 30% en virtud de nuestra legislación doméstica, en virtud de lo señalado en el Artículo 59 inciso 1° de la Ley de la Renta. Sin embargo, dicha tasa debe reducirse a un 10%, en virtud de las disposiciones del Convenio, ya que en su Artículo 12 se incluye bajo el término "regalía" los pagos por concepto de Marcas y Know How.

Pagos por concepto de Distribution Fee.

Por su parte, y respecto del contrato de Distribución, el tratamiento aplicable a la remuneración que HW Chile paga a 1--1W SZ por la compra del software, estaría exenta de Impuesto Adicional, en virtud de las siguientes consideraciones.

1) La propia disposición legal define como un programa computacional estándar "aquellos en que los derechos que se transfieren se limitan a los necesarios para permitir el uso del mismo, y no su explotación comercial, ni su reproducción o modificación con cualquier otro fin que no sea habilitarlo para su uso".

Sobre este punto en particular, señala que el Contrato de Distribución no permite la explotación comercial del software, y expresamente señala que no se puede reproducir, copiar, o modificar. A mayor abundamiento, los derechos cedidos son limitados a los necesarios para descargar el software, usarlo únicamente en los Productos Autorizados, para su posterior distribución. En consecuencia, a su juicio, el Contrato de Distribución no implica una transferencia de derechos que permitan su explotación; por el contrario, sólo se transfieren los necesarios para permitir su uso.

2) Señala que al igual que en lo señalado en el número anterior, las disposiciones del Contrato se encuentran en línea con las definiciones recogidas por el SII, toda vez que no se estarían enajenando parcialmente los derechos del autor en los términos que define la Ley 17.336 de 1970 sobre Propiedad Intelectual; sino que existe el pago de un precio que no autoriza a publicar, reproducir, adaptar o ejecutar, que son prerrogativas propias del titular del derecho de autor.

3) Lo indicado en los comentarios de la OCDE que se mantienen en línea con lo dispuesto en el artículo 59 inciso 1° de la Ley de la Renta, y los comentarios recogidos por la jurisprudencia administrativa emitida por el SII, toda vez que el caso de los softwares estándar se asemeja a la compra de un bien, y no al licenciamiento y cesión temporal de una propiedad intelectual, o de los derechos de autor.

i) En vista de los antecedentes expuestos precedentemente, el contribuyente solicita que se confirme el tratamiento tributario aplicable a los pagos que realiza la Compañía a HW SZ por concepto de Royalty Fee; y, Distribution Fee, en virtud de los contratos de Licencia y de Distribución ya mencionados, de acuerdo lo siguiente:

1. Los pagos que Huawei Chile S.A. realice a Huawei Technologies Co., Ltd., por concepto de KnowHow y Marcas, estarían gravados con Impuesto Adicional de tasa 10% como consecuencia de la entrada en vigencia del Convenio celebrado entre Chile y China;
2. Los pagos en relación a la adquisición del software, que es incorporado a los Productos Autorizados para la venta y distribución a los consumidores finales, estaría exenta de Impuesto Adicional a la luz del Artículo 59 inciso 1° de la Ley de la Renta. Asimismo, los pagos realizados bajo el contrato de Distribución no calificarían como regalías para efectos del Convenio, y deberían ser considerados como Beneficios Empresariales.

j) Es así como al plantear los antecedentes al Director Nacional, además de la posición del contribuyente se expuso la posición de esta unidad, requiriéndose que se confirmasen los siguientes criterios:

1. Que los pagos efectuados en virtud del contrato de Contrato de Licencia, por parte de HW CHILE a HW CHINA, se encuentran afectos a una tasa de Retención de 10%, producto de lo señalado en el artículo 12 del Convenio; y
2. Que los pagos efectuados en virtud del contrato de Contrato de Distribución, por parte de HW CHILE a HW CHINA, se encuentran afectos a una tasa de Retención de 10%, producto de lo señalado en el artículo 12 del Convenio.
3. Que, considerando que las sociedades del presente caso se encuentran relacionadas conforme a los criterios del artículo 41 E de la LIR, este Servicio, de acuerdo a tal norma, podrá impugnar los precios cobrados entre ellas cuando estos no se ajusten a los valores que por operaciones similares se cobren entre empresas independientes.

k) A través de Oficio Ordinario N° 124 del día 18 de enero del año 2018, el Director Nacional procedió a concluir lo siguiente:

1. Se confirma el planteamiento del Director de la DGC en su consulta, respecto de los pagos que efectúe la sociedad residente en Chile a favor de la sociedad residente de China por la cesión del uso de los derechos de propiedad intelectual sobre una marca y por la transferencia de información que reúne las características de lo que se conoce como know-how; en el sentido de que ambos tipos de pagos están cubiertos por el Artículo 12 del Convenio y consecuentemente, deben gravarse con una tasa de 10% de Impuesto Adicional;
2. Se confirma el segundo criterio sostenido por el Director de la DGC, en el sentido de que los pagos efectuados por parte de la sociedad residente en Chile a favor de la sociedad residente en China por la cesión del uso del derecho de distribuir un programa computacional, están cubiertos por el Artículo 12 del Convenio y, consecuentemente, deben gravarse con una tasa de 10% de Impuesto Adicional y;
3. Respecto del tercer planteamiento del Director de la DCC, si mediante el ejercicio de las facultades de fiscalización de este Servicio, se corrobora que se verifican en la práctica los supuestos de relación contemplados en el Artículo 41E de la LIR, efectivamente este Servicio puede impugnar los precios de transferencia entre las partes relacionadas.

Sin otro particular, saluda a Ud.



BERNARDO SEAMAN GONZALEZ
DIRECTOR DE GRANDES CONTRIBUYENTES

BSG/EA/CEV

Distribución:

En Rep.: Huawei Chile S.A.

- Departamento Jurídico DGC.

