

Por: Octavio Gutiérrez Carrasco.
Profesor del Departamento de
Derecho Económico.
Facultad de Derecho. U. de Chile.

1.- Los bienes físicos en la inversión extranjera directa.-

Los movimientos de capitales foráneos a largo plazo -dejando de lado las cuestiones que miran al origen de los mismos: particulares o gubernamentales- pueden realizarse como inversiones de cartera o como inversiones directas.-

Aquí sólo toca referirse a estas últimas. Y aún, dentro de su conjunto, en exclusiva a los bienes de capital que constituyen el objeto físico de la inversión y que van a formar parte del activo fijo de la empresa recipiente o que se genere con el aporte extranjero; maquinarias y equipos, útiles de recambio y repuestos, herramientas y medios de transporte, ejemplifican el concepto de bienes físicos.

A pesar de lo elemental que parezca la observación que enseguida se va a hacer, conviene indicar que los bienes que constituyen la aportación extranjera tienen -y solamente pueden tener- naturaleza corporal mueble. No tanto por resultar inimaginable la movilidad de otros, inmuebles (activos en terrenos, edificaciones), cuanto porque tales bienes han de ingresar al país mediante una destinación aduanera de importación, y ésta tie-

ne lugar cuando su objeto material es un bien mueble en el estricto sentido del primer inciso del artículo 567 del Código Civil. En los tráficos del comercio internacional estos bienes reciben específicamente la denominación de mercancías y de ellas se dice que "son todos los productos, manufacturas, semovientes y demás bienes corporales muebles, sin excepción alguna", de manera que la importación viene a ser "la introducción legal de mercancías extranjeras para su uso o consumo en el país" (artículo 16 y 18, incs. 1º, de la Ordenanza de Aduanas).

2.- Los bienes físicos (mercancías) en la cronología legislativa sobre aportes.

En los cuatro estatutos generales dictados para regular el ingreso de capitales extranjeros se ha tenido siempre en consideración a los bienes de este rubro. Así, sucesivamente:

- a) en el D.F.L. N° 437, de 1953, se alude a los equipos, maquinarias, implementos, materias primas y accesorios necesarios para establecer los capitales en el país en una actividad determinada;
- b) en el D.F.L. N° 258 de 1960, derogatorio del anterior, se enumeran las plantas, equipos, máquinas, maquinarias, accesorios, elementos, camiones, camionetas, tractores y vehículos de características técnicas especiales y necesarios para cumplir los objetivos del aporte de capital;
- c) en el primitivo texto del D.L. N° 600 de 1974, derogatorio del recién citado, se repite igual enunciación, con indicación de ser indiferente su condición de nuevos o usados y agregándose además cualesquiera otros bienes provenientes de los reinos animal, mineral y vegetal;
- d) por último, en el texto actual y vigente del D.L. N°600, fijado por el D.L. N° 1.748 de 1977, se indican de un modo genérico los bienes físicos, "en todas sus formas o estados".

Por consiguiente, cabe concluir que los bienes físicos o mercancías o cupan -y han ocupado siempre- un lugar importante, con rango específico, en el tratamiento legislativo dado a la inversión extranjera.

Existe, sin embargo, una diferencia fundamental entre los tres primeros textos y el hoy en vigencia. Aquellos posibilitan la obtención de franquicias arancelarias para las mercancías del aporte; éste, a la inversa, las sujeta al pago de derechos de importación y de cualquier otro derecho, impuesto, contribución o gravamen que se perciba por intermedio de las Aduanas y que resulten igualmente aplicables a la inversión nacional. En cortas palabras, están colocadas en el régimen arancelario común.

Hubo otro régimen general que formó parte del ordenamiento jurídico interno: la Decisión 24 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena. Pero el retiro de Chile de ese pacto multilateral mediante la suscripción del Protocolo Adicional de Lima, el 5 de Octubre de 1976, y la subsecuente dictación de las correspondientes normas derogatorias hecha por el D.L. N° 1.642 de 1977, ahorran todo pormenor sobre esta materia, indicada aquí únicamente para evitar vacíos de citas y para mantener la cronología de los textos.

Como estatuto particular sobre aportes de bienes de capital puede mencionarse el D.F.L. N° 69 de 1953, que otorga franquicias a los extranjeros que ingresen al país con visación de inmigración; legislación, ésta, que no será objeto de nuestro estudio.

3.- Exégesis del concepto "bienes físicos" (Mercancías) en la ley vigente.

La expresión está contenida en la letra b) del artículo 2° del D.L. N° 600, numeración de ley que el texto modificatorio -D.L. N° 1.748 de 1977- dispone mantener.

Tres son las cuestiones que el texto plantea: la extensión del concepto, la valorización de los objetos comprendidos en él y el régimen de importación de los bienes. Este último, que sigue las normas generales aplicables a las importaciones que se realizan sin cobertura de cambios, no corresponde a este estudio.

Nos ocupamos, pues, de las dos primeras:

Extensión. A diferencia de la legislación precedente, la actual no menciona, siquiera sea por vía ejemplar, los que puedan ser considerados tales. Empero -ya se ha dicho ut supra- son todos aquellos corporales muebles que define la ley civil y que singulariza "sin excepción alguna" el artículo 16 de la Ordenanza de Aduanas.

Los bienes extraídos de los reinos animal, mineral y vegetal (como lo expresaba el texto primitivo del D.L. N° 600), los productos y manufacturas elaborados con aquellas primeras materias y, aún, los desperdicios -si tienen valor económico- conforman el total elenco de los "bienes físicos" que, en el comercio internacional sobre visibles, recibe el nombre de mercancías.

Ahora bien: es tan abrumadoramente enorme el número de los bienes que existen en la naturaleza e igualmente abrumador el de los ingenios de toda especie que han sido y pueden seguir siendo creados por el hombre, que a no mediar la existencia de una clasificación lógica y metódica, de un sistema merciológicamente coherente y -en fin- de una terminología unificada, el comercio internacional de mercancías constituiría -como lo ha significado el Consejo de Cooperación Aduanera de Bruselas- "una fuente perpetua de malentendidos y de incertidumbres". A satisfacer tan imperiosa necesidad ha concurrido dicho Consejo creando una Nomenclatura Arancelaria, que, aplicada hoy para la casi totalidad de los tráficos mundiales, fue también

recibida por Chile en su legislación aduanera: "La clasificación de las mercancías en este arancel corresponde a la Nomenclatura Arancelaria adoptada por el Consejo de Cooperación Aduanera de Bruselas" (Artículo 3° del D.F.L. N° 10, Hacienda, de 1967).

Hay por consiguiente un traslape. Los "bienes físicos" del Estatuto de la Inversión Extranjera no son otra cosa -ni más- que las mercancías cuyo nomenclator está en la ley arancelaria. Allí, como lo quiere la letra b) del artículo 2° del Estatuto, se encuentran "en todas sus formas o estados" según puede apreciarse a sola lectura.

Gracias a un doble procedimiento técnico, ninguna mercancía queda fuera del universo arancelario; uno es que, suponiéndose agotadas las singularizaciones, el resto de las especies innominadas y más semejantes, van a una posición arancelaria o partida-buzón con la glosa "los demás"; otro, admitiendo que una mercancía no tuviese clasificación en ninguna partida, es el de clasificarla en la que comprenda los artículos con que guarde "mayor analogía".

Todo esto significa que el inversionista extranjero que ingresa bienes físicos a Chile sabe con máxima seguridad que en su país (si sigue la nomenclatura de Bruselas) como en el nuestro, unas mismas clases de mercancías tienen que ser rigurosa e imperativamente clasificadas en unas mismas posiciones arancelarias; así, v.gr., los generadores de vapor de agua o de vapores de otras clases (calderas de vapor) se encuentran ubicados, exclusiva y excluyentemente, en la Partida 84.01, tanto de la Nomenclatura del Consejo de Cooperación Aduanera cuanto del Arancel Aduanero chileno. Tampoco puede dar origen a equívocos la terminología: "calderas de vapor", porque ésta se encuentra explícita en las Notas Explicativas de la Nomenclatura, las cuales -a su vez- constituyen la interpretación oficial del arancel nacional (artículo 7° del D.F.L. N° 10, Hacienda, de 1977).

Valoración. La letra b) del artículo 2° del D.L. N° 600, que se está explanando, agrega que los bienes serán valorizados de acuerdo a los procedimientos generales aplicables a las importaciones.

Al igual que en el caso de la nomenclatura, Chile ha receptado también los trabajos del Consejo de Cooperación Aduanera de Bruselas en lo que dice con la valoración de las mercancías en aduana, sin suscribir -ello no obstante- la Convención respectiva y en vigor desde 1953.

Nuestra legislación arancelaria actual se caracteriza por la circunstancia de que los derechos a la importación están expresados como impuestos ad-valorem prácticamente sin excepción (hay, es cierto, muy escasos de rechos específicos, pero la filosofía de su imposición -correcciones o ajustes arancelarios ante posibles acciones de "dumping"-no es la que preside la política tributaria en esa materia y cabe, por tanto, destituirla de to da significación, bien para los tráficos globales de las importaciones chi lenas, bien para los aportes extranjeros en particular).

Está claro que un impuesto cuya tasa es un por ciento del valor de una cosa, obliga a fijar muy determinada y legalmente las reglas bajo las cu ales debe hacerse esa valoración a partir de una definición, aduaneramente válida, del concepto mismo del valor. Es por esta causa y traduciendo ad litteram la definición de la aludida Convención de Bruselas, que nuestra ley arancelaria -después de decir que los derechos ad valorem están fijados en porcentajes sobre el valor aduanero de las mercancías- expresa que "el valor aduanero a que se refiere el inciso anterior, es el precio normal de las mercancías, es decir, el precio que se considera podrían alcanzar dichas mercancías en el momento en que los derechos de aduana sean exigibles y en una compraventa efectuada en condiciones de mercado libre entre un comprador y un vendedor independientes entre sí" (artículo 2°, inciso segundo, del Arancel Aduanero.)

Por consiguiente, cada vez que el valor declarado ante la Aduana corresponda a un precio alcanzado en condiciones de mercado libre ("open market", "pleine concurrence"), entre un comprador y un vendedor independientes entre sí, ese precio se ha de considerar como valor aduanero.

No siendo ese el caso, corresponderá a las aduanas realizar una operación destinada a hacer coincidir el precio declarado (o sea, el precio pagado o a pagar) con el que tendrían las mercancías si se hubieran satisfecho todas las antedichas condiciones teóricas; este recurso técnico se denomina "ajuste al valor" (este ajuste está en función de los elementos esenciales de la Definición del Valor: precio, cantidad, lugar, etcétera).

En conclusión y resumiendo: en las ventas "bona fide": o el precio pagado o a pagar coincide en todo con los elementos de la Definición y en tal situación, de acuerdo con la Nota Interpretativa N° 5 del Artículo I de la Definición del Valor de Bruselas, dicho precio es aceptable para las Aduanas y puede servir de base a la avaluación, sin ajustes de ninguna especie; o no coincide enteramente con tales elementos, en cuyo caso sigue siendo igualmente aceptable para la Aduana, con los respectivos ajustes. Estos detalles y otros muchos pormenores se encuentran consignados en el Reglamento sobre Valoración (decreto de Hacienda N° 11, de 1967, y sus modificaciones).

Así, entonces, también el inversionista extranjero -como en el caso de la Nomenclatura- sabe con máxima seguridad que el ingreso de bienes físicos a Chile se hace sobre la base de una imposición ad-valorem y siguiendo pautas de valoración, que son de general aplicación en el comercio mundial.

4.- El principio de igualdad de las inversiones.

El aspecto más resaltante de esta legislación es la institucionaliza-

ción, con textos expresos en el D.L. N°600, del principio de completa equi-
paridad o igualdad en el trato de las inversiones de capital, sean naciona-
les o extranjeras, a los efectos aduaneros ya que ambas deben sujetarse al
régimen común aplicable a la nacional. O bien, de existir disposiciones
especiales o regímenes de excepción, reconociéndose el derecho de la inver-
sión extranjera a gozar de esos mismos tratamientos de beneficio.

El principio de igualdad queda asegurado, por lo demás, mediante dos
mecanismos que protegen a la inversión foránea: invariabilidad y no discri-
minación; lo cual tiene lugar del modo que a continuación va a verse.

5.- La invariabilidad arancelaria.-

Sobre materia impositiva aduanera el principio de igualdad se encuentra
expresado en el primer inciso del artículo 8° del D.L. N° 600, a saber:
"A la inversión extranjera y a las empresas en que ésta participe se les a-
plicará el régimen tributario indirecto y el régimen arancelario comunes
aplicables a la inversión nacional".

Sin embargo, es de hacer notar que la ley ha reconocido el hecho de
que los aportes extranjeros supongan la necesidad de que vayan ingresando
al país durante algún lapso más o menos prolongado en el tiempo (inciso fi-
nal del artículo 3° del D.L. N° 600), en cuyo transcurso cabe la possibili-
dad -y aun la probabilidad- de que ocurran modificaciones en el régimen a-
rancelario común que, es natural, no estaban previstas al momento en que
inicialmente se estudió la factibilidad del proyecto de inversión y se ce-
lebró el respectivo contrato.

En razón de tales circunstancias -en resguardo de su ocurrencia, sería
mejor decir- la ley concedió a los titulares de inversiones extranjeras
el "derecho a que en sus respectivos contratos se establezca que se les man-

tendrá invariable, por el período en que demore realizar la inversión pactada,..... el régimen arancelario". Es dable suponer que el fundamento jurídico de esta norma se encuentre en el principio general de que en los contratos se entienden incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración, agregándose -en el caso presente- que la invariabilidad queda ceñida o vinculada, exclusivamente, con una modalidad de la obligación contractual: se otorga sólo por el plazo pactado y "dentro del cual el inversionista extranjero deberá efectuar la internación".

Esa invariabilidad no es, sin embargo, tan extensa como se acaba de exponer. En efecto, razones de política económica en que también se trasunta el principio de tratamiento parigual a toda suerte de inversiones, hace que aquella invariabilidad quede limitada "a la importación de máquinas y equipos que no se produzcan en el país y que se encuentren incorporados a la lista a que se refiere el número 10 de la letra B del artículo 12 del decreto ley N° 825, de 1974".

La cita legal hace referencia al decreto ley que estableció el impuesto al Valor Agregado (IVA) y del cual quedan exentas todas las importaciones efectuadas por inversionistas, "siempre que consistan en bienes de capital que formen parte de un proyecto de inversión extranjera formalmente convenido con el Estado de acuerdo a las disposiciones del decreto ley N° 600, de 1974, o en bienes de capital que no se produzcan en Chile en calidad y cantidad suficiente, que formen parte de un proyecto similar de inversión nacional...", para lo cual "los bienes de capital a que se refiere el presente número deberán estar incluidos en una lista que el Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción fijará por decreto supremo".

Aquí hay que distinguir clara y tajante dos distintas situaciones. Una es la exención del impuesto al valor agregado que se viene glosando. Y otra, que es la única que nos interesa considerar en este tema, consisten-

te en la pura función referencial que cumple esa cita legal con relación a una lista de bienes de capital, de modo que pactar un régimen de invariabilidad arancelaria no significa otra cosa que, durante el tiempo convenido para ingresar al país las mercancías que componen el aporte extranjero, habrán de mantenerse invariables los niveles impositivos aduaneros -la altura o tasa de los derechos de importación- pero sólo respecto de maquinarias y equipos que cumplan con la doble exigencia: a) de que no se produzcan en el país, y b) de que se encuentren incluidos en una determinada lista.

La lista en referencia se encuentra contenida en el decreto supremo de Economía N° 635, de 1976, publicado en el Diario Oficial de fecha 23 de diciembre del mismo año.

6.- La no discriminación.

Tiene carácter no solamente aduanero si no que general y está expresado en el primer inciso del artículo 9° del D.L. N° 600: "Asimismo, la inversión extranjera y las empresas en que ésta participe se sujetarán también al régimen jurídico común aplicable a la inversión nacional, no pudiendo discriminarse respecto de ellas, ni directa o indirectamente, con la sola excepción de lo dispuesto en el artículo 11°" (éste, 11°, autoriza a dictar normas que discriminen limitando el acceso de los inversionistas extranjeros al crédito interno).

El precepto agrega, en su segundo inciso, en qué casos las disposiciones legales o reglamentarias nacionales han de considerarse discriminatorias. Así es como lo son: a) las relativas a determinada actividad productiva si llegaren a ser aplicables a la generalidad o a la mayor parte de esa actividad en el país, con exclusión de la inversión extranjera, y b) las que establezcan regímenes excepcionales de carácter sectorial o zonal si la inversión foránea no tuviere acceso a éstos, no obstante cumplir

las mismas condiciones y requisitos que para su goce se impone a la inversión nacional.

Las antedichas regulaciones tienen estrecha vinculación con la materia aduanera toda vez que en Chile las políticas de desarrollo económico han tenido su base, en apreciable medida, en medidas arancelarias de protección en favor de actividades o sectores productivos o, también, en la reactivación de determinadas zonas del territorio nacional mediante desgravaciones impositivas. Es importante señalar -sin embargo- que en el último quinquenio esas políticas han estado sujetas a revisión y a medidas legislativas de tipo correctivo, de manera que ostensiblemente tienden a desaparecer y a ser sustituidas por otro diseño económico: el de la apertura y liberalización de los intercambios internacionales de mercancías -manifestada en una sistemática rebaja de los gravámenes arancelarios- con fundamento en las ventajas comparativas que puede ofrecer el país en determinados rubros productivos y hacia los cuales deberá especializar su actividad económica en el futuro.

Con todo, en la medida en que esa legislación de excepción (llámesela proteccionista, de fomento, de reactivación o de cualquier otro modo) subsista, la inversión extranjera puede gozar de sus beneficios y sin que a su respecto quepa discriminar. No es este el lugar para hacer un recuento de ella, pero actividades mineras, pesqueras, agro-industriales o zonas extremas del territorio nacional, meridionales y septentrionales, son testimonio de tal legislación especial; y, de igual manera, tampoco cabe recapitular aquí sobre la legislación que la va haciendo desaparecer (salvo para indicar, quizás, que el propio texto del Estatuto del Inversionista nos suministra un ejemplo de la misma en su artículo 2º transitorio, derogatorio de franquicias que la ley N° 7.747 concediera en favor de industrias chilenas del cobre, hierro y acero.).

Cuando se trata de beneficios sectoriales o zonales puede no haber campo para dudar de su ámbito o alcance, pues el sector o la zona estarán determinados en la ley con suficiente exactitud. Pero, en cambio, la expresión "determinada actividad productiva" (empleada en el 2° inciso del artículo en comento) podría dar ocasión para hermenéutica contradictoria; es por esta razón que el mismo precepto añade -precisando- que por tal se entenderá aquella que es desarrollada por empresas que tengan igual definición de acuerdo con las clasificaciones internacionalmente aceptadas "y que produzcan bienes ubicados en igual posición arancelaria de acuerdo al Arancel Aduanero de Chile, entendiéndose por igual posición arancelaria aquella que no experimenta una diferencia entre productos de más de una unidad en el último dígito del Arancel.

Esto requiere una siquiera breve explicación. El Arancel nacional sigue a la Nomenclatura de Bruselas y ésta basa el sistema de agrupamiento de las mercancías sobre una clasificación decimal compuesta por cuatro dígitos; así, por ejemplo: "generadores de vapor de agua o vapores de otras clases (calderas de vapor)": posición en la Nomenclatura: 84.01.

Ahora bien, el país que adopte la antedicha Nomenclatura está obligado no sólo a no omitir ninguna de las posiciones de ella sino que, además a no agregar ni modificar la numeración de tales posiciones.

Por consiguiente, las calderas de vapor están clasificadas en el Arancel Aduanero chileno en la posición o Partida 84.01.

Sin embargo, la ley nacional ha facultado al Presidente de la República para desglosar las Partidas del Arancel (artículo 3° del D.F.L. N° 10, Hacienda, de 1967), creando sub-partidas, ítems y sub-ítems cuando fuese necesario, lo cual se verifica mediante la agregación sucesiva de series de dos dígitos. Siguiendo el ejemplo: las calderas de vapor han sido des-

glosadas hasta el nivel de ítems, como sigue: 84.01.01.01: para locomotoras y embarcaciones; y 84.01.01.99: las demás. Como se observa, hay en este caso "una diferencia entre productos de más de una unidad en el último dígito del Arancel", por lo que cabe concluir que no corresponden a una misma y "determinada actividad productiva" la que desarrollan empresas que se dedican, una a la fabricación de calderas de vapor para locomotoras y embarcaciones y, otra, a la de calderas para usos diferentes de los ya mencionados; y siendo así, no resultaría dable invocar el principio de igualdad de trato si hubiese legislación que, tocante a beneficios arancelarios, discriminase entre esos dos tipos de actividades productivas.

7.- Conclusión.

En definitiva -valga la reiteración- el actual Estatuto de la Inversión Extranjera ofrece iguales oportunidades y trato legal semejante a las aportaciones de capital, tanto nacionales cuanto foráneas, circunstancias éstas que quedan muy de relieve en el análisis que se acaba de hacer sobre la legislación aduanera en general y de la arancelaria en particular.

Sobre este último aspecto -el arancelario- podría aún agregarse que dos diversas normas vigentes -el artículo 164 de la Ley N° 13.305, reemplazado ahora por el decreto ley N° 2.563 (D. Oficial de 4 de Abril de este año) y el D.L. N° 1.226 de 1975- establecen sendos sistemas para el pago diferido de los derechos de aduana cuando se trate de importaciones de bienes de capital.