“EFECTOS TRIBUTARIOS DISPARES ENTRE EL BADWILL Y EL MAYOR VALOR DE ADJUDICACIÓN”

TESIS PARA OPTAR AL GRADO DE

MAGÍSTER EN TRIBUTACIÓN

Alumno: Jair Altamirano Evangelista

Profesor Guía: Rodrigo Ormeño P.

Profesor Co Guía: Miguel Ángel Ojeda D.

Santiago, Marzo 2024

INDICE

RESUMEN EJECUTIVO 4
INTRODUCCIÓN 6
1. Planteamiento del problema 7
2. Hipótesis 8
3. Objetivo general 8
4. Objetivos específicos 8
5. Metodología del trabajo 9
6. Marco Teórico 9
6.1. Término de giro tradicional 9
6.1.1. Estructura del artículo 38 Bis vigente 10
6.2. Término de giro vía fusión impropia 13
6.2.1. Concepto de Fusión 13
6.2.2. Tipos de fusión 13
6.2.3. Efectos Tributarios de las fusiones 14
6.2.3.1. Goodwill 15
6.2.3.2. Badwill 15
7. DESARROLLO DEL PROBLEMA 16
7.1. Tributación de un propietario de Primera categoría en un término de giro tradicional 16
7.2. Tributación de un propietario de Primera categoría en un término de giro simplificado por fusión impropia. 20
7.3. Comparativa en la tributación de un propietario de Primera categoría 24
7.4. Análisis comparativo del término de giro tradicional versus el término de giro simplificado, con relación a la tributación de los propietarios 25
7.4.1. Término de giro tradicional, efectos prácticos 25
7.4.2. Término de giro simplificado, efectos prácticos. 30
7.5. Propuesta de medidas para mitigar diferencias. 32
8. CONCLUSIONES 34
9. Bibliografía 35

ABREVIATURAS

SII: Servicio de Impuestos Internos

LIR: Ley de Impuesto a la Renta (Decreto de ley N°824)

TG: Término de Giro

RLI: Renta Líquida Imponible

CPT: Capital Propio Tributario

IDPC: Impuesto de Primera Categoría

RAI: Rentas afectas a Impuestos Finales

REX: Rentas Exentas

INR: Ingresos no Renta

SAC: Saldo Acumulado de Créditos

TTA: Tribunal Tributario y Aduanero

RESUMEN EJECUTIVO

El presente trabajo de investigación tuvo como propósito revisar la normativa vigente contenida en la LIR sobre término de giro, en dos de sus modalidades más utilizadas por los contribuyentes, es decir, mediante un término de giro tradicional o un término de giro simplificado vía fusión impropia. Lo anterior desarrollado bajo un método de investigación comparativo entre el artículo 38 Bis de la LIR y el artículo 15 del mismo cuerpo legal.

Por lo tanto, de la lectura de este trabajo conocerá las principales variables o conceptos intervinientes en la determinación del resultado tributario que debe reconocer los propietarios de una sociedad que se extingue, y como diversos pronunciamientos han acentuado algunas diferencias en el reconocimiento de un mayor valor o ingreso producido bajo ambas modalidades de termino de giro.

Luego, podrá revisar los efectos prácticos comparados de la aplicación del 38 Bis y el artículo 15 de la LIR, complementada por la jurisprudencia administrativa del SII.

Por último, y dentro del propósito de este trabajo conocerá la opinión del autor referente a cuál sería la solución viable para mitigar la tributación excesiva que se produce en las fusiones impropias, considerando la norma actual e interpretaciones del organismo fiscalizador.

ABSTRACT

This research aims to scrutinize the prevailing regulations in the Income Tax Law (ITL) concerning business termination, focusing on two modalities frequently employed by taxpayers: traditional business termination and simplified business termination via an improper merger. The study employs a comparative research method, contrasting Article 38 Bis and Article 15 of the ITL.

Upon reading this work, you will gain insights into the key variables or concepts that influence the tax outcome recognized by the owners of a dissolved company. You will also understand how various pronouncements have highlighted differences in the recognition of increased value or income under both business termination modalities.

Subsequently, you will be able to examine the practical effects of applying Article 38 Bis and Article 15 of the ITL, supplemented by the IRS's administrative jurisprudence.

Finally, this research provides the author's perspective on a feasible solution to alleviate the excessive taxation that arises in improper mergers, taking into account the current standard and the tax agency's interpretations.

INTRODUCCIÓN

La administración de grupos empresariales o familiares conlleva la constante evaluación del uso óptimo de los recursos con que cuentan los holdings, es por ello que la revisión de mallas societarias ha sido un trabajo muy recurrente en la análisis y búsqueda de sociedades que generarían un valor agregado actuando como una sola, o de sociedades cuya mantención por separado no se justifica.

Ante ello, dos de las alternativas que se examinan con mayor habitualidad en la simplificación de mallas societarias son:

i. La disolución de sociedades y la adjudicación de los bienes que posean a los propietarios un nivel más arriba.
ii. La fusión por absorción de una sociedad en otra sociedad del grupo empresarial que posee participación mayoritaria o control sobre ella.

Cuando estos procesos son evaluados, muchas veces son impulsados por visiones estratégicas o en pos de la eficiencia administrativa, sin embargo, las implicancias tributarias cobran una relevancia significativa en la decisión final sobre si finalmente son realizados.

Por su parte, los textos de las reformas tributarias efectuadas durante los últimos 12 años han incorporado modificaciones a la normativa que regula los efectos y obligaciones de las fusiones de sociedades y el término de giro tradicional, que abarcan desde la consagración legal de lo que conocemos conceptualmente como Goodwill y Badwill con la Ley N°20.630 de 2012, hasta los últimos retoques que sufrió el artículo 38 Bis de la LIR con la Ley 21.210 de 2020.

Dado lo anterior, es de interés analizar las alternativas de reorganización mencionadas en paralelo y no por separado, sobre todo respecto a la carga tributaria que impone la normativa vigente para liquidación de una sociedad vía término de giro tradicional, en contraposición con la disolución mediante una fusión impropia o por compra.

Por ello, la presente investigación busca dilucidar que opción resultaría más gravosa o produce una eventual doble tributación para un mismo escenario, abarcando también lo que el organismo fiscalizador ha interpretado para subsanar este problema. Lo anterior se llevará a cabo principalmente mediante el análisis de los pronunciamientos del SII y el desarrollo de un ejercicio comparativo que exponga las diferencias impositivas más importantes.

Finalmente, se proponen vías de acción o una posible modificación legal que permita homogeneizar la carga tributaria entre ambas alternativas, lo que disuadiría de elegir entre una opción y otra básicamente por el efecto en la caja resultante. Cabe señalar que el presente trabajo está enfocado en reorganizaciones que involucren sólo a contribuyentes de Primera Categoría del Régimen 14 letra A) de la LIR.

1. Planteamiento del problema

De acuerdo a la normativa vigente que establece los efectos tributarios que soportan los socios o accionistas de sociedades de primera categoría, cuando en el marco de una reorganización empresarial se lleva a cabo la disolución de sociedades, se visualizarían diferencias en el tratamiento tributario de las utilidades acumuladas de la sociedad disuelta cuando posteriormente dichas utilidades ingresan al patrimonio de otra sociedad por medio de la adjudicación de los activos, o bien cuando se incorporan vía fusión impropia o “por compra”.

Es así como al comparar ambas alternativas se evidencia un eventual problema de doble tributación en las fusiones impropias, que ha sido rebatido o cuestionado por los contribuyentes escasamente ante la postura férrea del SII de la inexistencia de una doble tributación jurídica, lo que ha propiciado que el badwill se considere como un elemento disuasivo para concretar fusiones que determinen un mayor valor tributario.

Respecto a lo anterior, en el caso del término de giro tradicional el legislador ha interpretado a través de diversos oficios, que un eventual problema de tributación de primera categoría se ve mitigado mediante el reconocimiento de exenciones sobre el patrimonio tributario que recibe el propietario en la adjudicación de los activos de la sociedad disuelta. Sin embargo, cuando se produce la disolución de una sociedad vía fusión impropia o por compra, y esto traería consigo un mayor valor o badwill para uno de sus propietarios, la eventual doble tributación de primera categoría no ha sido abordada con la misma profundidad y no se visualizan medidas que ayuden a contrarrestarla.

Bajo este contexto, este trabajo intenta responder preguntas como ¿se genera una tributación excesiva en la fusión impropia respecto a un término de giro tradicional?, y respecto a ella ¿podría ser subsanada bajo la legislación vigente o es necesaria una modificación legal?

2. Hipótesis

Existe excesiva o doble tributación de primera categoría en el badwill o mayor valor de una fusión impropia, que puede ser mitigada de forma relativa por acciones previas tendientes a disminuir el patrimonio tributario, pero se torna necesaria una modificación legal que consagre una exención de primera categoría a parte de las utilidades traspasadas, tal como ocurre en los términos de giros tradicionales.

En concordancia con lo anterior, se analizará en la presente investigación:

a) La tributación establecida para los propietarios contribuyentes del Régimen General de una sociedad que efectúa un término de giro normal se mitiga dado que las utilidades pendientes se entienden invertidas en los adjudicatarios, por lo que la propia Ley e interpretaciones administrativas del SII, subsana una posible doble tributación de primera categoría al momento de la adjudicación.
b) Por otro lado, la fusión impropia generaría una situación más gravosa que no sería justificable desde el punto de vista económico, dado que todo el patrimonio de la adquirida se debe registrar en la adquirente, formando parte del resultado tributario de éste, razón por la cual no sería justificable lo indicado por el SII en su jurisprudencia administrativa.

3. Objetivo general

Proponer vías de acción o una modificación legal que brinde un tratamiento tributario homogéneo a los propietarios en el caso de un término de giro tradicional y de un término de giro simplificado vía fusión impropia.

4. Objetivos específicos

- Analizar la legislación tributaria vigente del término de giro tradicional y del término de giro simplificado vía fusión impropia.
- Identificar cuáles son las utilidades pendientes de tributación al término de giro y como estas son reconocidas por un propietario cuando entran materialmente a su patrimonio.

- Comparar el resultado tributario que se debe reconocer en el caso de la adjudicación vía término de giro, versus el mayor valor producido en una absorción vía fusión impropia.
- Proponer alternativas o la solución legislativa que permitiría mitigar la disparidad impositiva observada entre ambas opciones.

5. Metodología del trabajo

Para el desarrollo de esta tesis se utilizará un método comparativo, en razón de lo cual, se analizará la normativa legal y los principales pronunciamientos administrativos del SII respecto a las opciones de término de giro objeto de estudio. Además, se analizará un caso judicializado sobre el problema de doble tributación en el badwill; para continuar con un ejercicio práctico comparativo que ejemplifique los efectos tributarios de las fusiones impropias versus el término de giro tradicional y a partir de ello plantear la solución a la problemática planteada.

Se hace hincapié, en que esta investigación se focalizará en los efectos tributarios en los socios, accionistas o propietarios contribuyentes del Régimen Semi Integrado del artículo 14 Letra A) de la LIR, por lo que los resultados son aplicables sólo a este tipo de contribuyentes.

6. Marco Teórico

6.1. Término de giro tradicional

Las obligaciones tributarias que emana el término de giro tradicional (o también conocido como “término de giro completo”, o “de regla general”), se encuentran comprendidas principalmente en el artículo 38 Bis de la LIR y el artículo 69 del Código Tributario. El primero establece elementos tales como la base, el gravamen, la opción de reliquidación y costos tributarios; mientras que el segundo establece la obligación de informar o dar aviso a la autoridad fiscalizadora, los plazos para el pago de los impuestos y para la revisión fiscalizadora.

Los últimos textos de reforma tributaria han traído consigo modificaciones al artículo 38 Bis, que se avizoran desde la Ley N°20.780 de 2014 que reemplazo el artículo 38 Bis vigente hasta el 31.12.2014. Si bien se mantuvieron la gran mayoría de disposiciones a esa fecha, introdujo

entre los cambios relevantes la inclusión del CPT como protagonista en la determinación de la base del impuesto de término de giro, la incorporación de los retiros en exceso en la base para que cumplan con su tributación pendiente, y la definición del costo para fines tributarios que los socios o accionistas deben reconocer en la adjudicación.

Luego, con la Ley N°20.899 del año 2016, el artículo 38 Bis se adaptó a los regímenes vigentes de Renta Atribuida del entonces 14 A) de la LIR y al Régimen Semi-Integrado relegado al 14 B) de la LIR; además incluyó los créditos del SAC en la imputación contra el impuesto del 35%, haciendo la salvedad al nuevo concepto de “restitución” que empezó a regir desde el 01.01.2017.

Para finalizar momentáneamente con los cambios, la Ley 21.210 de 2020 modificó el artículo 38 Bis en virtud de la derogación del Régimen de Renta Atribuida y la vigencia de los nuevos regímenes del artículo 14 de la LIR: Parcialmente integrado de la letra A), Pro Pyme General de la letra D) N°3 y Pro Pyme Transparente de la letra D) N°8. Esta modificación comenzó a regir desde el 01.01.2020 y estableció el texto del artículo 38 Bis tal como lo conocemos a la fecha, y posteriormente mediante la Circular N°73 de 2020 emitida por el SII se impartieron instrucciones referidas a la materia.

6.1.1. Estructura del artículo 38 Bis vigente

El enunciado del articulo comienza señalando que al término de giro de giro de las empresas acogidas a las reglas de primera categoría y a sus propietarios le serán aplicables los 5 numerales que prosigue a detallar:

1) El numeral 1 consagra legalmente la “ficción de retiro o distribución” para las utilidades afectas a impuestos finales que determina una sociedad del régimen parcialmente integrado a su término de giro. La determinación de dichas utilidades se establece en el mismo numeral y son complementadas por la Circular N°73, obteniendo el siguiente esquema:

Signo	Concepto
(+/-)	CPT positivo o negativo determinado a la fecha de TG, según lo dispuesto en el N° 10, del artículo 2° LIR.
(+)	El saldo negativo del registro REX (a valor absoluto, sin el signo negativo).
(=)	Subtotal (si el resultado de la suma es negativo se debe considerar "0")
(+)	Retiros en exceso determinados al 31.12.2014, que se mantengan pendientes de imputación, reajustados por IPC hasta la fecha de TG.
(-)	El saldo positivo del registro REX
(-)	El monto de los aportes de capital enterados efectivamente a la empresa, más sus aumentos y descontadas las disminuciones posteriores, reajustadas por IPC. Se incluyen aportes por reinversiones de utilidades del FUR.
(=)	Rentas o cantidad acumuladas en la empresa a la fecha de término de giro (*)
(+)	100% del crédito IDPC y del crédito IPE del artículo 41 A incorporados en el registro SAC determinado a la fecha de TG.
(=)	Base imponible de término de giro

(*) Rentas que se entienden retiras por contribuyente 14 A) o 14 D) N°3.

Se establece que a las utilidades determinadas se le aplicará un impuesto del 35%, pero sólo en la parte correspondiente a contribuyentes de impuestos finales y de otros regímenes especiales (cualquier otro que no sea 14A) o 14D N°3), de manera tal, que la tributación final correspondiente quede solucionada por la empresa que realiza el TG y no se persiga la tributación de cada propietario de manera individual, salvo en la opción de reliquidación del numeral 3.

Contra el impuesto se otorga el derecho a usar los créditos acumulados en el SAC, previo incremento, pero sólo en la proporción que les correspondan a las cantidades que tributen con el impuesto de 35%.

Finalmente, el numeral establece la exención de la aplicación de este impuesto a las rentas que le correspondan a los propietarios contribuyentes del Régimen Parcialmente integrado y del Pro Pyme general, señalando que se entenderán retiradas o distribuidas. Mediante la Circular N°73 se instruye que estas rentas deberán ser informadas y certificadas con los respectivos créditos (que no se imputaron en la aplicación del impuesto de 35%); y además estas cantidades serán controladas en un registro especial hasta que se produzca la adjudicación de los bienes y así ingresen a los registros empresariales.

Esta exención se fundamenta en que estas rentas no deben definir su tributación final en la empresa que se liquida, sino que lo harán cuando estas sean finalmente retiradas por contribuyentes de impuestos finales desde la sociedad adjudicataria.

2) El numeral 2 establece que se aplicará de igual manera la ficción de retiro a las empresas del Pro Pyme General y la aplicación del impuesto de 35% sobre las utilidades que correspondan, para lo cual deberá confeccionar y utilizar como base un CPT según el artículo 41 de la LIR, y no el CPT simplificado que están obligados a llevar. Finalmente se establece la base para el Régimen Pro Pyme Transparencia.

3) Continuando con el numeral 3, este dispone e instruye sobre la opción de reliquidación de los propietarios contribuyentes del global complementario, la cual podrá ser ejercida a la fecha de término de giro o en la declaración de renta del respectivo socio o accionista.

4) En el numeral 4 se establece la obligación de pagar el impuesto de 35%, junto con otros, como el IDPC devengado por la fracción de año hasta la fecha de término de giro, o el impuesto único del artículo 21 de la LIR; y además dispone la posibilidad de deducir la base del IDPC anticipado que le quede por ajustar al resultado tributario.

5) EL artículo 38 Bis finaliza con el numeral 5, que puntualmente tiene gran relevancia, ya que mediante este numeral la ley dispone que el valor tributario que los propietarios deben reconocer en la adjudicación corresponderá al valor que estos activos tengan en el CPT de la sociedad que se disuelve, determinado bajo las normas del artículo 41 de la LIR. El legislador puntualiza que sobre estas cantidades no aplicará la facultad de tasación establecida en el artículo 64 del código tributario.
   Además, la ley establece que los propietarios contribuyentes14A) o 14D N°3) deben reconocer un resultado de primera categoría al comparar si los valores adjudicados son mayores o menores a la inversión efectuada en la sociedad disuelta:

   Valor adjudicación > inversión efectuada = ganancia de primera categoría
   Valor adjudicación < inversión efectuada = gasto de primera categoría

Dada la importancia del valor de adjudicación, el SII a través de la Resolución Exenta N°171 de 2020, resolvió que los valores deberán ser informados a los socios o accionistas a través de un certificado que acompañará al Formulario N°2121 de aviso y declaración de término de giro.

6.2. Término de giro vía fusión impropia

6.2.1. Concepto de Fusión

Las fusiones encuentran su regulación en la legislación chilena a partir de la Ley N°18.046 de 1981 sobre Sociedades anónimas, la cual en su artículo 99 la define como "la reunión de dos o más sociedades en una sola que las sucede en todos sus derechos y obligaciones, y a la cual se incorporan la totalidad del patrimonio y accionistas de los entes fusionados".
Dado los términos que empleó el legislador en el artículo 99 de la Ley Nº18.046 que trata de la fusión, resulta procedente que dichos preceptos sean también aplicables a
toda clase de sociedades.[1]
Por su parte el SII ha señalado[2] que las normas aplicables a las fusiones no se restringen sólo a las sociedades anónimas debido a que la Ley N°18.046 utilizó el vocablo genérico "sociedades".

6.2.2. Tipos de fusión

Existen diversas maneras de clasificar las fusiones existentes, sin embargo, las más utilizadas en nuestra área de estudio son las siguientes:

a) Fusiones propias o perfectas

   Se refieren a las contenidas en el artículo 99 de la Ley de Sociedades Anónimas, el cual en sus incisos segundo y tercero respectivamente distingue que existen:

   i. Fusión por creación, cuando el activo y pasivo de dos o más sociedades que se disuelven, se aporta a una nueva sociedad que se constituye.

   ii. Fusión por incorporación, cuando una o más sociedades que se disuelven, son absorbidas por una sociedad ya existente, la que adquiere todos sus activos y pasivos.

[1] Álvaro Puelma Accorsi. Sociedades. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2003, pág. 201.
[2] Servicio de Impuestos Internos, Oficio N° 2.389 de 1997.

b) Fusiones impropias o imperfectas

No tiene una definición en la Ley de Sociedades Anónimas, sin embargo, se entiende como la fusión que se produce cuando una sociedad adquiere o integra el patrimonio de otra sociedad a su patrimonio propio por haber quedado como única socia de ella.

Respecto a ella, el N°2 del artículo 103 de la Ley de Sociedades Anónimas señala que se produce la disolución de una sociedad, como consecuencia de la reunión del 100% de las acciones en manos de una sola por un periodo ininterrumpido superior a 10 días, y de esta manera, el SII ha interpretado que se origina el traspaso de los activos de la sociedad disuelta a la adquirente bajo la forma de una transmisión de bienes y no de una transferencia[3].

6.2.3. Efectos Tributarios de las fusiones

Como consecuencia de una fusión se produce la desaparición o disolución de una o más sociedades, las cuales según el inciso cuarto del artículo 69 del Código tributario deben dar aviso de termino de giro como requisito para materializar la fusión; sin embargo, el mismo párrafo también señala que no será necesario dar aviso de termino de giro cuando la sociedad subsistente se haga solidariamente responsable de los impuestos que adeudase la sociedad fusionada.

Por su parte, la letra b) de N°1 de la letra C) del artículo 14 de la LIR, señala que la empresa fusionada se afectará con los impuestos que se determinen a la fecha de su término de giro, sin que proceda aplicar el impuesto de 35% del N°1 del artículo 38 Bis de la LIR.

Otras implicancias tributarias que se originan en las sociedades fusionadas son la inutilización posterior del remanente de crédito fiscal o perdidas tributarias generadas en la sociedad disuelta, que según la doctrina tributaria[4] sólo pueden ser aprovechados por la sociedad que los genera; sin embargo, estos y otros efectos particulares no son objeto de estudio de esta tesis.

Respecto a las fusiones impropias y el efecto impositivo que estas generan en la sociedad continuadora, surgen dos situaciones en particular cuya legislación se introdujo con la Ley N°20.630 del año 2012:

[3] Servicio de Impuestos Internos, Circular N° 2 de 1998

[4] SII, Oficios N°778 de 2019 y N°4.697 de 1980, por nombrar algunos.

6.2.3.1. Goodwill

El Goodwill o menor valor se produce cuando el valor total de la inversión en la sociedad disuelta es mayor al capital propio tributario de la misma determinada a la fecha de fusión. Respecto a este concepto, el N°9 del artículo 31 de la LIR en conjunto con la Circular N°1 de 2015 emitida por el SII, han instruido que la diferencia que se genera debe ser primeramente distribuida entre los activos no monetarios que se reciban de la sociedad absorbida cuyo costo tributario sea menor a su valor corriente en plaza; y finalmente el valor que no pueda ser distribuido se considerará un activo intangible que sólo puede ser castigado o amortizado por la sociedad absorbente en el término de giro o disolución de la misma, como por ejemplo, cuando sea fusionada posteriormente con otra sociedad.

6.2.3.2. Badwill

El badwill o mayor valor se genera en la situación inversa, es decir, cuando el valor total de la inversión en acciones o derechos sociales de la sociedad disuelta es menor al capital propio tributario de la misma determinada a la fecha de fusión. Los textos que regulan el Badwill se encuentran contenidos principalmente en el artículo 15 de la LIR y la Circular N°13 de 2014, que señalan que el Badwill en contraposición al Goodwill, debe ser distribuido en los activos no monetarios cuyo costo resulte superior al valor corriente en plaza; y finalmente el valor que no se pueda asignar se considerará como un ingreso diferido de primera categoría que debe ser imputado en un lapso de hasta diez ejercicios comerciales consecutivos, contado desde aquel en que éste se generó, incorporando como mínimo un décimo de dicho ingreso en cada ejercicio.
No obstante lo anterior, en el caso del término de giro o disolución de la sociedad absorbente, el ingreso diferido pendiente de imputar debe ser reconocido en el resultado tributario del ejercicio de término de giro.

Cabe señalar, que para ambos casos rige el inciso 4° del artículo 64 del Código Tributario, el cual señala que el SII no ejercerá su facultad de tasación sobre la operación de fusión cuando la sociedad absorbente registre los activos y pasivos que reciba al valor tributario que tenían en la absorbida. Visto de otro modo, al realizar una fusión en la que los valores

reconocidos por la absorbente son distintos al valor tributario, y a su vez estos son notoriamente menores a los transados en el mercado, incidiendo en un menor Badwill o en Goodwill indebido, existe un gran riesgo de elevar la carga impositiva de la operación a la que originalmente hubiera resistido realizándola a costos tributarios.

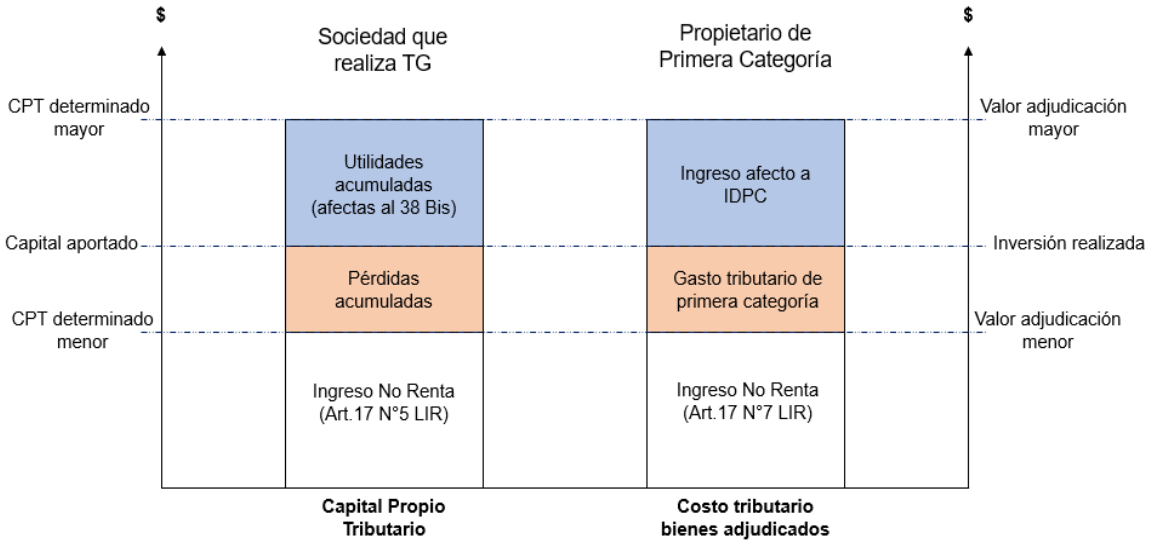
7. DESARROLLO DEL PROBLEMA

“Se genera una tributación excesiva en la fusión impropia respecto a un término de giro tradicional”

7.1. Tributación de un propietario de Primera categoría en un término de giro tradicional

Conforme se encuentra establecido el N°5 del 38 Bis de la LIR, el capital propio tributario de la sociedad disuelta cobra una importancia significativa en los resultados de los propietarios adjudicatarios cuando se produce un término de giro tradicional, debido a que los costos tributarios contenidos en él formaran parte de la determinación de la base imponible de primera categoría de los propietarios en el ejercicio que se produzca la adjudicación. Por otro lado, de acuerdo con el N°7 del artículo 17 de la LIR, las devoluciones de capital revisten el carácter de ingreso no renta en tanto correspondan al valor aportado o de adquisición de la participación de los propietarios. De esta manera, al comparar ambas variables se determina el resultado tributario que los propietarios contribuyentes de primera categoría deben reconocer.

Desde el punto de vista práctico, la inversión realizada por un socio o accionista constituirá o será equivalente al capital de la sociedad en que efectúa el aporte, luego ese capital será utilizado para generar rendimientos que aumenten o disminuyan el capital propio tributario de la sociedad; el que finalmente será representativo del valor que el socio obtendrá como retorno de su inversión cuando la sociedad se liquide. Por lo tanto, si se realiza un paralelismo entre los valores que determinan tanto la sociedad disuelta como el propietario adjudicatario, la situación a la fecha de un término de giro se podría esquematizar de la siguiente manera:



Como se visualiza, para el socio o accionista se pueden presentar dos escenarios en los que deberá incorporar un ingreso o un gasto en la Renta liquida imponible del ejercicio en que se produzca la adjudicación, dependiendo de los valores tributarios que el propietario reciba a cambio de haber realizado la inversión en la empresa disuelta. Cabe recordar que este resultado no será tasable por el SII bajo las disposiciones contenidas en el mismo 38 Bis.

Doble tributación de Primera Categoría

En particular, cuando se determina un ingreso en la adjudicación nace la inquietud sobre un eventual doble tributación en el entendido de que lo bienes que se reciben o, dicho de otra manera, el capital propio tributario recibido ya cumplió con la tributación de Primera Categoría durante la existencia de la sociedad disuelta. Respecto a lo anterior, algunos de los oficios relevantes emitidos por el SII se analizan a continuación:

N° Oficio	Fecha	Antecedentes	Consulta contribuyente	Conclusiones SII
803	09-03-2023	Tres sociedades en vertical detentan la participación en una operativa, se producirán 2 TG en los cuales los CPT son mayores a los costos tributarios de la inversión	1) Las rentas o cantidades que se determinan con motivo del TG en los dos casos referidos, por la diferencia entre el costo de inversión y el CPT tendrán el tratamiento de retiros o distribuciones. 2) Al ingreso que se determine para sus accionistas, con motivo de la adjudicación de los bienes le resultará aplicable la exención de impuesto de primera categoría (IDPC) establecida en el N°1 del artículo 39 de la LIR.	1) La ficción de retiro establecida en el N°1 del artículo 38 bis de la LIR se limita solo a esas cantidades y, por ende, la exención de IDPC del N°1 del artículo 39 se aplica sólo a ellas. 2) De determinarse un mayor valor, este tendrá el carácter de ingreso tributable afecto a IDPC. No obstante, la parte de dicho ingreso que encuentre su origen en las cantidades que fueron consideradas como retiradas se encontrarán exentas de IDPC por aplicación del N°1 del artículo 39 de la LIR.
643	09-03-2021	Sociedad es dueña del 100% de acciones de SpA, la que disolverá y liquidará.	Sobre los efectos tributarios en la adjudicación	Se considerarán la totalidad de las utilidades retiradas por el único accionista. Los bienes adjudicados se reconocerán como ingresos, los cuales considerarán como valor el que tenían en el CPT de la sociedad disuelta, independiente de su valor comercial. Mientras que el valor de inversión corresponderá a una deducción para determinar el resultado de la adjudicación. No obstante, las rentas fictamente retiradas estarán exentas del IDPC por disposición el artículo 39 N° 1 de la LIR.
2626	29-09-2021	Sociedad que tiene acumuladas Rentas Exentas e Ingresos No Renta en su patrimonio tributario	Sobre las incidencias que tienen los bienes sustentados en cantidades exentas, en la adjudicación.	Los bienes representativos de las rentas acumuladas en el registro REX no se encuentran afectos a impuestos en la adjudicación, sin perjuicio de la progresividad del IGC de la persona natural que adjudique.

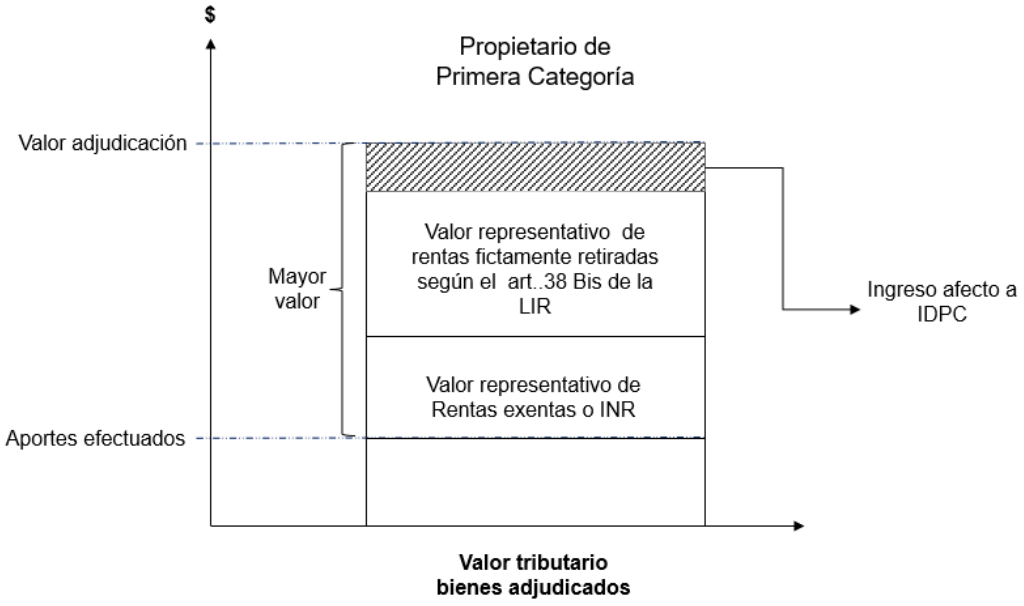
En estos pronunciamientos se visualiza que, mediante la interpretación del artículo 38 Bis se hace el nexo con otra norma (artículo 39 N°1 de la LIR) que nada menciona sobre utilidades de los términos de giro, y de esta manera, el SII toma una postura de reconocer exenciones que no están expresamente establecidas por la Ley. Si bien el artículo 17 N°8, letra g) de la LIR reconoce como ingreso no renta la devolución del capital aportado en la adjudicación más las rentas consideradas en la aplicación del 38 Bis, para una personal natural o no; el SII a través de otras interpretaciones[5] ha señalado que esta calificación no aplica para

[5] Servicio de Impuestos Internos, Oficio N° 3.024 de 2021.

contribuyentes del 14A) o 14D) N°3, debido a que las cantidades que le corresponden a estos contribuyentes no se afectaron con el impuesto de 35%.

Además, el SII también se hace cargo de la rentas exentas o ingresos no rentas que forman parte del capital propio tributario de una sociedad que realiza término de giro, al considerar que estas no deben tributar cuando ingresen a un patrimonio distinto del cual las generó.

Teniendo en consideración lo anterior, el mayor valor producido en la adjudicación quedaría representado gráficamente de la siguiente manera:



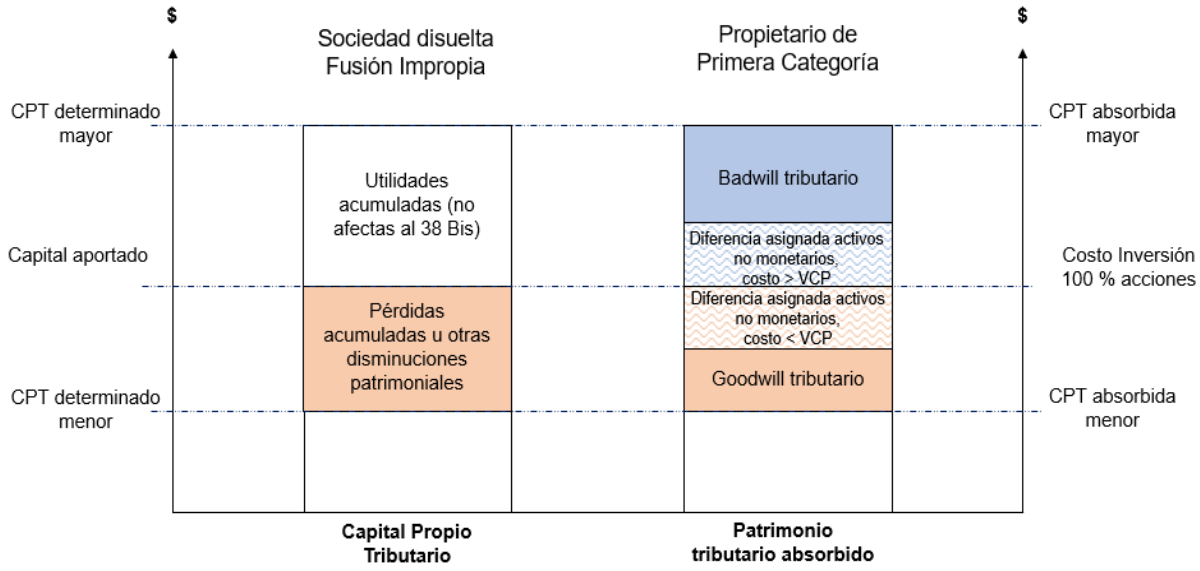
En el gráfico, sólo la parte achurada del mayor valor tributaría en la adjudicación a raíz de las exenciones reconocidas por el SII vía administrativa; este valor debiese tender a 0 considerando que los valores de adjudicación no deberían exceder al capital propio tributario que se utilizó como base para calcular las rentas fictamente retiradas.

En conclusión, se vislumbra que el legislador encontró una medida de mitigación dentro de la Ley que evita que una misma renta producida en el país tribute en Primera categoría en dos contribuyentes distintos, lo que, en definitiva, es el motivo histórico por el cual existe la exención del artículo 39 N°1 de la LIR que favorece a los dividendos o retiros de los socios realizados desde sociedades chilenas.

7.2. Tributación de un propietario de Primera categoría en un término de giro simplificado por fusión impropia.

Al igual que en la determinación del resultado por adjudicación de un término de giro tradicional, el capital propio tributario de la sociedad que se disuelve cobra nuevamente gran relevancia para el accionista o socio que integra a su patrimonio los activos y pasivos de la sociedad que desaparece.

Tal como se indicó anteriormente, la diferencia entre el capital propio tributario y la inversión efectiva será considerado un Goodwill o Badwill, es decir representará un intangible o un ingreso diferido para la sociedad absorbente por la diferencia que no se pueda asignar a los activos no monetarios que reciba.



Siendo de interés para esta investigación analizar el Badwill o mayor valor obtenido en la fusión, el cual es considerado por el legislador como la ganancia por comprar más barato algo respecto a su valor tributario; se obvia de alguna manera lo que conceptualmente representa una de las variables, en conciso: el Capital propio tributario. Este valor no viene determinado en base a las condiciones del mercado o por beneficios económicos futuros, sino por hechos pasados como son las utilidades generadas o percibidas por la sociedad que conceptualmente y en la práctica aumentan el patrimonio tributario, es por ello que algunos autores han

cuestionado si ¿el Badwill es equivalente a las utilidades tributarias acumuladas?[6], y con ello el reconocimiento del Badwill implicaría un doble gravamen a estas rentas.

Doble tributación de Primera Categoría

Ante una situación controversial y que no es "pro-contribuyente" se esperaría numerosas consultas o cuestionamientos al organismo fiscalizador, sin embargo, sólo se distingue un pronunciamiento respecto al tema:

N° Oficio	Fecha	Antecedentes	Consulta contribuyente	Conclusiones SII
1197	11-06-2018	Badwill en fusión por incorporación	Sobre la existencia de una doble tributación y la aplicación de algún procedimiento especial para evitarla.	Si bien el badwill podría explicarse con las utilidades que acumulaba la sociedad absorbida y que le habían sido gravadas anteriormente con IDPC, lo cierto es que su obtención obedece a un hecho posterior y distinto del que causó la tributación precedente, como es la fusión. Tal diferencia constituye un incremento patrimonial en cabeza de otro contribuyente, que debe gravarse. Al no generarse doble tributación, no se justifica implementar procedimiento alguno.

El oficio refleja la postura que el SII ha sostenido al calificar el badwill como una de renta del artículo 2 de la LIR que goza con un beneficio de diferimiento, y sobre el cual, la misma Ley no contempla mecanismos que permitan reducir su impacto total. Si bien, en el artículo 15 de la LIR establece como primera medida para disminuir el ingreso a reconocer, la asignación del badwill que proceda sobre los bienes cuyos costos tributarios sean mayores a su valor corriente en plaza; en la práctica es poco habitual encontrar activos correctamente valuados que respondan a esta situación, y de existir, la reducción de los costos tributarios conllevarían una menor gasto tributario por depreciación o un menor costo en una eventual enajenación, que conceptualmente también representan el reconocimiento de mayores ingresos tributarios.

Si bien el oficio analizado expone las ideas centrales con las que el SII justifica la doctrina, en un caso judicializado de conocimiento público se desarrolla con más detalle estas ideas que

[6] Ibaceta Rivera, H. (2012). Efectos tributarios de las fusiones impropias. Revista De Estudios Tributarios, (7), pág. 58. Recuperado a partir de https://revistaestudiostributarios.uchile.cl/index.php/RET/article/view/41097

justifican la inflexibilidad del organismo fiscalizador respecto al reconocimiento del badwill como ingreso sin paliativos.

Tal es el caso de la fusión realizada entre el Banco de Chile y Banchile Factoring S.A que originó un Badwill tributario de $59.689.243.600 para la absorbente (el banco), el cual, si bien fue reconocido en el resultado tributario como un agregado, también se efectuó una rebaja por el mismo monto al considerar que estas cantidades ya habían sido gravadas en la filial y no debían gravarse nuevamente con el IDPC, siendo aplicable a su criterio el artículo 33 N°2 a) de la LIR.

Como solución en sede administrativa, el SII emitió una liquidación cobrando el impuesto correspondiente, fundada principalmente en el hecho de que reconocer la deducción implica desconocer la legislación vigente mediante la aplicación de exenciones que la ley no ha establecido, y además, fundamentando en que no existe doble tributación en consideración de que el impuesto sería soportado por persona jurídica distinta a la que tributó por las utilidades acumuladas que se traspasan, y en un hecho posterior a la generación de esas rentas.

Ante esta liquidación, el contribuyente recurrió al Primer Tribunal Tributario y Aduanero de Santiago, que resolvió en contra de la liquidación argumentando "(…) que, habiéndose ya pagado el impuesto de primera categoría en la sociedad absorbida, no resulta procedente que se pague nuevamente este impuesto, una vez producida la fusión, por parte de la sociedad absorbente"[7].

No obstante, en segunda instancia la Corte de Apelaciones revocó la sentencia del TTA acogiendo el recurso interpuesto por el SII. Es interesante mencionar que, dentro del contenido de la sentencia dictada se cataloga al Badwill como un efecto nocivo que debe ser administrado para disminuir su efecto[8], sin embargo, este efecto parece no estar relacionado con una posible doble tributación, la que es desestimada por la Corte que acogió la idea de que no existe un mismo contribuyente objeto del tributo. Otro argumento que se recoge es la improcedencia de la aplicación de la rebaja establecida en el artículo 33 N°2 a) de la LIR en consideración de que para su aplicación necesita del presupuesto jurídico que exista o perviva una sociedad generadora de dichos dividendos o utilidades, criterio que parece contrario a la

[7] Primer Tribunal Tributario y Aduanero, Sentencia Rol N°15-9-0001095-5 (2017)
[8] Corte de Apelaciones de Santiago, N° Tributario y Aduanero-Ant-253 (2018)

ficción de retiro del 38 Bis ya existente por esos años.

Ante este revés, el contribuyente interpuso un recurso de casación en el fondo ante la Corte Suprema, que a la fecha se encuentra pendiente de dictamen. No obstante, ante la expectativa de la gestión pendiente y agotando otra instancia judicial, el banco presentó ante el Tribunal Constitucional un requerimiento por inconstitucionalidad de la siguiente parte del inciso segundo del artículo 15 de la LIR: :"De subsistir la diferencia o una parte de ella, ésta se considerará como un ingreso diferido y se imputará por el contribuyente dentro de sus ingresos brutos en un lapso de hasta diez ejercicios comerciales consecutivos contados desde aquel en que éste se generó, incorporando como mínimo un décimo de dicho ingreso en cada ejercicio, hasta su total imputación"

El documento preparado por el banco desarrolla distintos argumentos, siendo el principal que la aplicación de la norma impugnada detona el cobro de un tributo manifiestamente injusto, que contraviene al artículo 19 N°20 de la Constitución sobre el principio de justicia, razonabilidad o no confiscatoriedad en materia tributaria. La injusticia que se menciona consiste en duplicar un tributo sobre la misma manifestación de riqueza, sin preverse crédito, mitigación ni compensación alguna. Relacionado a lo anterior, se sostiene que la doble tributación consiste en la incidencia de diversos impuestos sobre una misma manifestación de riqueza[9], sin que sea estrictamente necesario que estos recaigan sobre el mismo sujeto. Otro argumento derivado que se desarrolla es que la imposición de una carga injusta vulnera la libertad asociativa que también protege la carta fundamental, debido a que el Badwill representaría una traba o interferencia gravosa sobre una legítima decisión organizativa, vulnerando el derecho a asociación.

En respuesta el SII esgrime argumentos tales como que el artículo 15 de la LIR no puede vulnerar garantías institucionales, ya que no establece un tributo, sino que reconoce un beneficio tributario consistente en poder diferir una renta ya existente según la norma general. Además, vuelve a defender la tesis sobre la existencia de distintas rentas y hechos gravados, producidos en diferentes oportunidades por distintos contribuyentes.

Finalmente, el Tribunal Constitucional desestimó el requerimiento de inaplicabilidad reconociendo que ante los pronunciamientos disimiles de los Tribunales de Instancia,

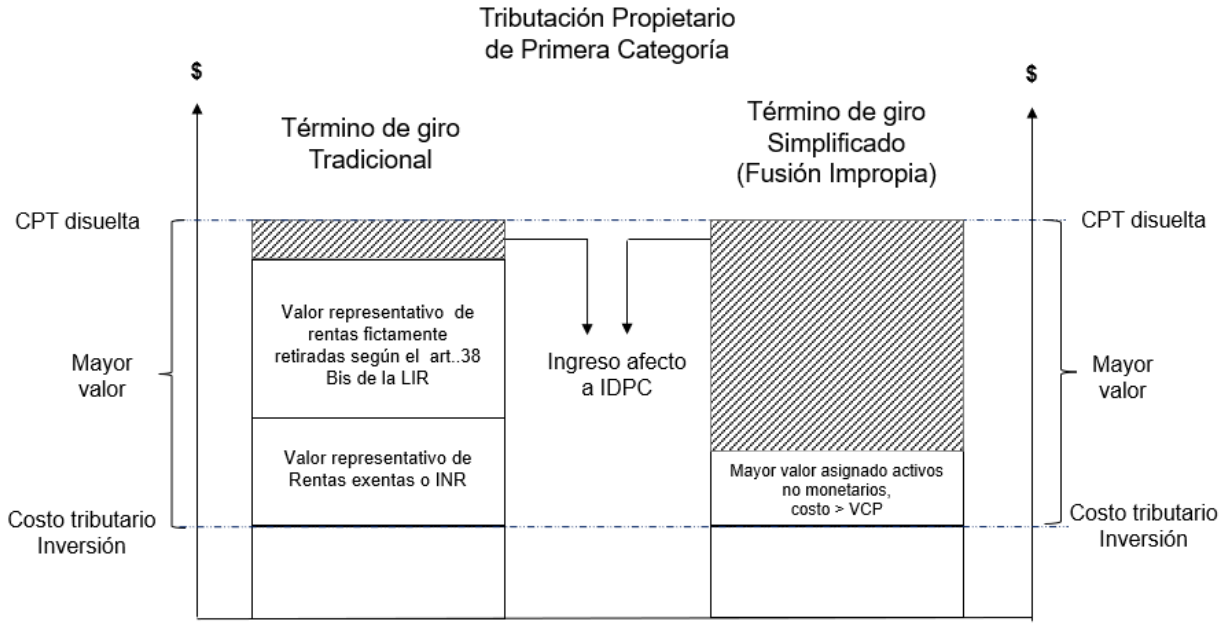
[9] LÓPEZ ESPADAFOR, Carlos María, La doble imposición interna, Editorial Lex Nova, Valladolid, 1999, p. 14.

corresponde que sea la Corte Suprema quien zanje la disputa interpretativa de la Ley [10], por lo que dejó subsistente la totalidad del ordenamiento legal para la resolución pendiente.

En conclusión, vistos estos antecedentes que retratan la postura del organismo fiscalizar frente al Badwill, no se vislumbra el reconocimiento de una medida de mitigación, crédito o deducción vía administrativa en el corto plazo, ya que eso conllevaría implícitamente la aceptación de la existencia de la doble tributación que el legislador no ha querido reconocer. Por ello, cobra gran relevancia la decisión de la Corte Suprema para el caso mencionado, que marcará un precedente en la creación de nueva jurisprudencia o posibles reformas al tratamiento del Badwill o mayor valor.

7.3. Comparativa en la tributación de un propietario de Primera categoría

Teniendo en cuenta lo expuesto en los puntos anteriores, se puede mostrar gráficamente cual serían las rentas que debe reconocer un propietario contribuyente de Primera Categoría a consecuencia del término de giro de una filial:



[10] Tribunal Constitucional, Sentencia Rol Nro. 8882 (2020)

Resulta evidente el disímil tratamiento tributario del mayor valor producido en ambas alternativas, resultando más gravosa la alternativa de fusión impropia para un mismo escenario. Dichas diferencias no tienen su génesis en los articulo regentes, ya que la esencia de los mayores valores descritos en ambos es la misma, sino más bien se producen a partir de las interpretaciones realizadas por el organismo fiscalizador en favor del término de giro tradicional, que estima no son aplicables u homologables para un término de giro simplificado.

7.4. Análisis comparativo del término de giro tradicional versus el término de giro simplificado, con relación a la tributación de los propietarios

Conforme a las ideas desarrolladas anteriormente, los socios o accionistas se ven en la necesidad de realizar una evaluación tributaria sobre el impacto de disolver una sociedad en la que mantienen una participación significativa, lo que conlleva la cuantificación de las disposiciones del artículo 38 Bis de la LIR, y por otro lado del artículo 15 del mismo cuerpo legal. Se reitera que la investigación se centra en los propietarios contribuyentes del sistema parcialmente integrado del 14 A) de la LIR, no obstante que su aplicación será lo misma para los contribuyentes del Pro Pyme General del 14D) N°3 de la LIR sin perjuicio de la forma que estos reconocen sus ingresos.

7.4.1. Término de giro tradicional, efectos prácticos

A modo ilustrativo se desarrolla el siguiente caso práctico en el cual se presenta los efectos tributarios del término de giro según el 38 Bis de la LIR:

La sociedad “Buen Futuro S.A” es una sociedad anónima cerrada perteneciente a un Holding, ocupando un nivel intermedio en la malla societaria del grupo; a lo largo de su existencia ha acumulado utilidades producto de ingresos propios por servicios realizados a compañías del grupo y por la percepción de utilidades de empresas operativas.

La administración del Holding lleva a cabo una estrategia de centralización de los servicios intragrupo y reducción de gastos administrativos, por lo que plantea eliminar las sociedades cuya mantención por separado no se justifica. La sociedad “Buen Futuro S.A” ha pagado

históricamente IDPC, sin embargo, sus funciones pueden ser realizadas por uno de sus propietarios que registra una pérdida tributaria que absorbería los ingresos generados por estos servicios, disminuyendo la carga tributaria global del grupo.

En primer término, se evalúa la alternativa de termino de giro tradicional, que se materializaría mediante una reforma a los estatutos en cuanto a la duración de la sociedad.

Antecedentes del caso:

a) La empresa se encuentra acogida al régimen parcialmente integrado de la LIR del artículo 14 A) de la LIR.
b) Los accionistas son otras dos sociedades del régimen 14A) de la LIR, que constituyeron la sociedad pagando las acciones suscritas en ese acto, y poseen la siguiente participación:

Accionista	**Capital**	**Acciones**	**% Participación**
Mayoritario S.A	9.990.000	9990	99,9%
Minoritario S.A	10.000	10	0,1%
Totales	**10.000.000**	**10000**	**100,0%**

c) Los saldos de los registros de rentas empresariales a la fecha del término de giro son los siguientes:

Rentas afectas a Impuestos Finales (RAI)	810.000.000
Rentas Exentas	100.000.000
Saldo crédito acumulado hasta 31.12.2016, con derecho a devolución	110.526.150
Saldo crédito acumulado a partir 01.01.2017, con restitución, con derecho a devolución.	170.136.980
Saldo total de utilidades tributables (STUT)	350.000.000

d) El balance general de “Buen Futuro S.A” a la fecha del término de giro es el siguiente:

Cuenta	Activos	Pasivos	Pérdidas	Ganancias
Banco	400.000.000			
Activo Fijo, Neto	450.000.000			
Cuentas por cobrar	150.000.000			
Inversiones EERR	250.000.000			
Cuentas por pagar		100.000.000		
Provisión Impuesto a la Renta		15.000.000		
Capital		10.000.000		
Utilidades acumuladas		1.072.000.000		
Ingresos ordinarios				250.000.000
Costo de venta			80.000.000	
Remuneraciones			40.000.000	
Depreciación			60.000.000	
Otros gastos de administración			2.000.000	
Impuesto a la Renta			15.000.000	
Sumas	**1.250.000.000**	**1.197.000.000**	**197.000.000**	**250.000.000**
Resultado		**53.000.000**	**53.000.000**	
Totales	**1.250.000.000**	**1.250.000.000**	**250.000.000**	**250.000.000**

e) La sociedad cuenta con los siguientes antecedentes sobre sus activos:

Activo	Valor contable	Valor tributario
	$	**$**
Banco	400.000.000	400.000.000
Activo Fijo, Neto	450.000.000	320.000.000
Cuentas por cobrar	150.000.000	150.000.000
Inversiones EERR	250.000.000	150.000.000
Totales	**1.250.000.000**	**1.020.000.000**

f) La determinación del capital propio tributario y la renta liquida a la fecha de término de giro es la siguiente:

Determinación del Capital Propio Tributario		
		$
Total activos:		1.250.000.000
Más:		
Activo a valor tributario	320.000.000	
Inversiones a valor tributario	150.000.000	470.000.000
Menos:		
Activo a valor financiero	(450.000.000)	
Inversiones a valor financiero	(250.000.000)	(700.000.000)
Capital efectivo		1.020.000.000
Total pasivos:		(1.197.000.000)
Más:		
Cuentas patrimoniales	1.082.000.000	
Provisión Impuesto a la Renta	15.000.000	1.097.000.000
Capital Propio Tributario a la fecha de TG		**920.000.000**

Determinación Renta Liquida Imponible	
	$
Resultado del ejercicio	53.000.000
Agregados:	
Provisión Impuesto a la Renta	15.000.000
Deducciones:	
Ajustes Activo Fijo	(6.000.000)
CCMM Capital Propio Inicial	(6.444.444)
Base Imponible	55.555.556
IDPC	15.000.000

g) Para efectos prácticos, no se considerará el efecto de la corrección monetaria en las partidas en que esta se aplique.

Aplicación del artículo 38 Bis de la LIR

Conforme al artículo 38 Bis, los contribuyentes deben determinar las utilidades acumuladas pendientes de tributación con impuestos finales, a las cuales le aplicarán el impuesto del 35% establecido en el N°1 del mismo artículo.

CPT determinado a la fecha de Término de giro	920.000.000
Menos:	
Saldo positivo del registro REX.	(100.000.000)
Capital efectivamente aportado	(10.000.000)
Rentas o cantidades acumuladas en la empresa a la fecha de término de giro	810.000.000

Sin embargo, sólo se aplicará el impuesto en la proporción correspondiente a propietarios contribuyentes de impuesto finales; por lo tanto, para el caso desarrollado corresponderá considerar el 100% de estas rentas como fictamente distribuidas a sus accionistas, tal como si se tratase de una distribución ordinaria, informando además los créditos asociados y las demás utilidades con calificación tributaria distinta que también se entienden retiradas.

	Mayoritario S.A $	**Minoritario S.A $**	**Total $**
Rentas afectas a IF que se entienden retiradas	809.190.000	810.000	810.000.000
Créditos asociados:			
Crédito acumulado hasta 31.12.2016, con derecho a devolución	110.415.624	110.526	110.526.150
Crédito acumulado a partir 01.01.2017, con restitución, con derecho a devolución.	169.966.843	170.137	170.136.980
REX que se entiende retirado	99.900.000	100.000	100.000.000

Las cantidades informadas se mantendrán en un registro especial, hasta que se produzca la adjudicación de los bienes de la sociedad disuelta, ocasión en que se incorporarán al registro de rentas empresariales. En el periodo de adjudicación también se concreta la diferencia determinada entre el valor de los bienes adjudicados y el valor de la inversión total realizada en la empresa que se disuelve y liquida, por lo que corresponderá reconocer a cada socio los siguientes efectos en sus resultados tributarios:

Adjudicación según Art.38 Bis N°5 de la LIR			
	Mayoritario S.A	**Minoritario S.A**	**Total**
Valor tributario bienes adjudicados (Agregado RLI)	919.080.000	920.000	920.000.000
Costo tributario Inversión (Deducción RLI)	(9.990.000)	(10.000)	(10.000.000)
Ficción de retiro o distribución (Deducción RLI, exención N°1 del art.39 de la LIR)	(809.190.000)	(810.000)	(810.000.000)
Activos representativos del REX	(99.900.000)	(100.000)	(100.000.000)
Resultado de adjudicación	0	0	0

El resultado del cálculo anterior no es casual, debido a que la Ley y jurisprudencia vigente reconoce de alguna manera que las rentas o partidas que componen el capital propio tributario de la sociedad disuelta gozan de alguna exención al ingresar al patrimonio del adjudicatario y por lo tanto el resultado de adjudicación debiese tender a 0. No obstante, en la práctica no suelen darse situaciones ideales, y el resultado de adjudicación pudiese generar tanto resultados positivos como negativos, que se explican en su mayoría por reestructuraciones anteriores que afectaron el patrimonio tributario de la sociedad disuelta, deficiencias en el control tributario de la inversión, sobreprecio de acciones, etc.

7.4.2. Término de giro simplificado, efectos prácticos.

Por otra parte, a fin de evaluar la aplicación de una segunda alternativa, se considerarán los mismos antecedentes del punto anterior para cuantificar el efecto de una fusión impropia. Esta se materializaría a través de la compra de la participación minoritaria por parte del accionista mayoritario, con lo cual, al reunir el 100% de las acciones de “Buen Futuro S.A” esta se disolverá en virtud del N°2 del artículo 103 de la Ley de Sociedades Anónimas y su patrimonio pasará a integrar el de su único accionista.

Adicionalmente se cuenta con la siguiente información:

a) Mediante un estudio de tasación independiente realizado se obtienen los siguientes datos:

Activo	Valor tributario	Valor corriente en plaza
	$	$
Banco	400.000.000	400.000.000
Activo Fijo, Neto	320.000.000	400.000.000
Cuentas por cobrar	150.000.000	150.000.000
Inversiones EERR	150.000.000	320.000.000
Totales	**1.020.000.000**	**1.270.000.000**

El valor de adquisición de las 10 acciones será realizado a su costo tributario.

Aplicación del artículo 15 de la LIR

De acuerdo con el inciso segundo, con motivo de una fusión la sociedad absorbente debe comparar el valor tributario de la inversión con el capital propio tributario de la sociedad disuelta; ambas variables también fueron utilizadas en el cálculo de la ficción de retiro del 38 Bis y no presentan diferencias o ajustes aun tratándose de un proceso distinto.

Resultado fusión según inciso 2° del art.15 de la LIR		
Capital propio tributario “Buen Futuro S.A" antes de fusión		920.000.000
Costo tributario de inversión		
990 acciones	(9.990.000)	
10 acciones	(10.000)	(10.000.000)
Badwill determinado		910.000.000
IDPC asociado (27%)		245.700.000

Tal como lo menciona la norma tributaria, esta cantidad puede ser asignada a los activos cuyos costos monetarios sean superiores al valor corriente en plaza, rebajando el valor de estos activos hasta su valor de mercado. En consecuencia, tal como lo menciona la Circular N°13 de 2014, no se podría distribuir el Badwill y deberá ser considerado un ingreso diferido, cuando no se reciban activos no monetarios desde la absorbida, o cuando habiendo activos no monetarios el costo tributario de ellos sea inferior al valor corriente en plaza, tal como sucede en el caso planteado.

En definitiva, como la Ley tributaria y los pronunciamientos del SII no dan espacio a

modificaciones o ajustes al ingreso determinado, la sociedad absorbente deberá reconocer el ingreso hasta en un máximo de 10 ejercicios consecutivos, lo cual conlleva una carga tributaria para el Holding que no existe o debiese ser nula si aplicase el termino de giro tradicional mediante la aplicación del 38 Bis.

7.5. Propuesta de medidas para mitigar diferencias.

Al comparar ambas alternativas de reorganización, resulta evidente diferenciar cual resultaría más gravosa respecto a la otra, lo cual genera un incentivo a preferir realizar un término de giro tradicional por sobre una fusión impropia que genera un Badwill.

Para el caso planteado, se presenta una comparación del resultado tributario que deben reconocer los propietarios:

Tributación Global soportada			
Conceptos	**Término de giro tradicional**		**Fusión Impropia**
Capital propio tributario sociedad disuelta	920.000.000		920.000.000
(-) Inversión Tributaria	(10.000.000)		(10.000.000)
(-) Ficción de retiro o distribución	(810.000.000)		
(-) Activos representativos de REX	(100.000.000)		
Resultado operación	**0**		**910.000.000**

En este sentido se observa que la mayor tributación, también trae consigo otros problemas subyacentes, como el caso de las utilidades que han cumplido totalmente con su tributación, pero siguen formando parte del capital propio tributario, tales como el ISFUT, el cual bajo esta metodología deberían formar parte del Badwill pese a que están liberadas de todos los impuestos de la LIR.

Se infiere que el espíritu de la norma redactada por el legislador no fue establecer un estímulo sobre ciertas opciones de organización de un contribuyente en desmedro de otras, sin embargo, la legislación vigente indirectamente ha generado en la práctica cierto rechazo al mayor valor o Badwill que se produce en una fusión.

Por lo anterior, una de las herramientas más usadas por los contribuyentes para mitigar o reducir el impacto del Badwill es efectuar una distribución de dividendos previa a la fusión desde la sociedad que se desea absorber, que disminuya el valor del capital propio tributario. Sin embargo, la utilización de esta alternativa dependerá o se verá limitada por los recursos líquidos o por la estructura de los activos con que cuente la sociedad que se disuelva.

Existen también otras maniobras que pueden resultar ser más cuestionadas, las cuales involucran reorganizaciones previas tendientes a diluir el valor del capital propio tributario o a aumentar el valor tributario de la inversión, como por ejemplo se expone en el caso 28 del catálogo de esquemas tributarios del SII.

El ejercicio desarrollado en el punto anterior ejemplifica que las diferencias entre las opciones radican en las exenciones que ha reconocido vía administrativa el SII, ya que el artículo 39 sobre exenciones de la LIR nada menciona sobre utilidades determinadas según el 38 Bis, y ha sido el organismo fiscalizador que ha interpretado o ha hecho un nexo entre normas a beneficio del contribuyente. Sin embargo, en base a los antecedentes que han marcado la historia reciente del badwill, se vislumbra poco probable una solución al problema de doble tributación por la vía administrativa.

Desde este punto de vista, resulta imperiosa una modificación legal que consagre una exención de Primera categoría para las utilidades que se reciben con motivo de una fusión; siendo el remanente de Rentas Afectas a Impuestos Finales (RAI), en conjunto con la Rentas exentas (REX) que determine la sociedad absorbida a la fecha de disolución, la cantidad que mejor representaría la rentas que no deberían formar parte del resultado de Primera categoría. Lo anterior, en virtud de que esas cantidades representan las rentas que habiendo tributado o no con impuestos finales, ya cumplieron su obligación en la Primera Categoría.

En definitiva, esta alternativa legal no contravendría al artículo 15 de la LIR y homologaría el tratamiento tributario de las fusiones respecto a otras alternativas, evitando que los contribuyentes discrimen en base a la carga impositiva y brindando mayor justicia tributaria.

8. CONCLUSIONES

A través del análisis comparativo desarrollado en la presente investigación, en la cual se ha analizado desde la Ley tributaria hasta las interpretaciones que se originan fuera ella, y plasmando dichos criterios en un ejercicio numérico, es posible concluir que el término de giro simplificado vía fusión impropia generaría una tributación excesiva cuando la sociedad que se pretende disolver tiene un capital propio tributario mayor a la inversión efectiva realizada en dicha sociedad, o visto de otra manera, cuando existen utilidades tributables acumuladas que no han sido retiradas por sus propietarios; situación que se podría agravar cuando existen utilidades que forman parte del patrimonio tributario que han cumplido su obligación tributaria, como es el caso del ISFUT.

Es por ello que no se observa justificación alguna para que la norma aplique efectos tributarios más gravosos en una fusión, en contraposición a un término de giro tradicional, que aun siendo aplicado a una sociedad que ha acumulado utilidades tributables, cuenta con medidas que subsanan una posible doble tributación de primera categoría en los propietarios adjudicatarios.

Por otro lado, considerando que el mayor valor o badwill determinado está directamente relacionado al capital propio tributario, se visualizan alternativas tendientes a disminuir de manera previa el patrimonio tributario, como sería el caso de una distribución de dividendos, sin embargo, esta opción se encuentra supeditada a la liquidez o estructura de activos de la sociedad a disolver.

A partir de lo anterior, considerando la redacción actual de la norma y la postura del organismo fiscalizador frente al Badwill, a juicio del autor, se torna necesaria una modificación a la Ley de la Renta que incorpore una exención para las rentas acumuladas que ya tributaron en la Primera categoría de la sociedad absorbida, lo cual evitaría que los contribuyentes arbitren entre las alternativas analizadas o utilicen mecanismos que puedan llegar a ser cuestionados por la autoridad fiscalizadora.

Finalmente, podemos indicar que la hipótesis planteada se cumple debido a que se evidencia doble imposición de primera categoría en el badwill, y no se vislumbra una medida de mitigación dentro del marco normativo que pueda ser utilizada por los contribuyentes para evitar que se produzca.

9. Bibliografía

- Ley de la Renta DL 824, versión actualizada de la biblioteca del congreso nacional.
- Circulares N°73 del año 2020, del Servicio de Impuestos Internos. Publicada el 22.12.2020.
- Circulares N°13 del año 2014, del Servicio de Impuestos Internos. Publicada el 07.03.2014.
- Álvaro Puelma Accorsi. Sociedades. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2003.
- Ibaceta Rivera, H. (2012). Efectos tributarios de las fusiones impropias. Revista De Estudios Tributarios N°7.