



**“EFECTOS DEL CAMBIO DEL RÉGIMEN DEL ARTÍCULO 14 LETRA B) AL
RÉGIMEN DEL ARTÍCULO 14 LETRA A) O VICEVERSA FRENTE AUN
PROCESO DE FUSIÓN POR INCORPORACIÓN DE SOCIEDADES.**

SITUACIONES NO REGULADAS Y CONTROVERTIDAS”

Parte II

**TESIS PARA OPTAR AL GRADO DE
MAGÍSTER EN TRIBUTACIÓN**

**Alumno: Rodrigo Veliz Fuenzalida
Profesor Guía: Christian Delcorto Pacheco**

Santiago, marzo 2017

TABLA DE CONTENIDO

	Página
I. INTRODUCCIÓN	ii
II. ARMONIZACIÓN.	1
2.1 Precedente y concepto.	1
2.2 Normas de armonización de los nuevos regímenes de tributación en Chile, establecido en el artículo 14 A) y 14 B) de la Ley de Impuesto a la Renta.	2
i. Efectos del cambio de régimen de tributación, según sea el cambio voluntario y obligatorio.	
2.3 Aplicación normas de armonización en procesos de fusión.	5
2.4 Efectos del pago provisional por utilidades absorbidas en las fusiones.	12
2.5 Efectos de la ley general anti elusión en procesos de fusión por incorporación, a partir de un caso concreto.	19
III. BIBLIOGRAFIA.	31
IV. VITA.	32

1.- INTRODUCCION.

Con fecha 29 de septiembre de 2014, se publicó en el Diario Oficial la Ley N°20.780, la cual introdujo modificaciones al sistema de tributación de nuestro país, entre los cuales se encuentra la incorporación de dos regímenes de tributación, establecidos en el artículo 14 letra A) y B) de la Ley de Impuesto a la Renta, (en adelante “LIR”). Posteriormente, con fecha 8 de febrero de 2016, se publicó la Ley N°20.899, la cual simplifica el sistema de tributación a la renta y perfecciona otras disposiciones legales tributarias. Al respecto, con ocasión del cambio de régimen de imputación parcial de créditos a un régimen de tributación sobre renta atribuida o viceversa en el contexto de una fusión por incorporación se suscitan variados efectos tributarios. Sin embargo, se han detectado aspectos no regulados o controvertidos:

1.- Primeramente, el Servicio de Impuestos Internos, en la Circular N°49 del año 2016, a propósito de conversión, fusión y división, tanto en el régimen de renta atribuida e imputación parcial de créditos, indicó que los saldos pendientes de deducción de la Renta Líquida Imponible provenientes del pago voluntario referido no podrán ser transferidos, atendido su carácter personal y especialísimo, por lo que sólo puede ser utilizado por el titular a favor de quien se otorga. Esta situación tiene una enorme importancia práctica, dado que puede ser determinante para llevar a cabo un proceso de fusión por incorporación u otro proceso de reorganización. Al respecto, se pretende realizar un análisis de los fundamentos que hacen concluir lo anterior para, posteriormente, emitir una opinión fundamentada al respecto. Si bien el estudio se realizará a partir del caso de fusión por incorporación, las conclusiones serán de aplicación general.

2.- En segundo término, bajo la normativa actual no se gatilla el efecto del pago provisional por utilidades absorbidas (en adelante “PPUA”) cuando una sociedad con pérdida absorbe a una sociedad con utilidad, y, en consecuencia, sólo se contempla la utilización de PPUA en caso de dividendos o retiros. En este sentido, no está suficientemente claro las razones por las cuales el legislador limitó el efecto del PPUA, menos aún, la limitación del efecto del PPUA relativo a las utilidades de terceros, toda vez que actualmente, como fue señalado, solamente se gatilla por dividendos o retiros. La importancia radica en el que si bien es un aspecto que está claramente regulado, ello no significa que sea correctamente fundamentado y, en consecuencia, la importancia se relaciona con el análisis de la razonabilidad de las normas. El aporte se vincula al estudio del fundamento y posterior análisis.

En atención a lo anterior, se pretende dar respuesta o análisis para establecer una posición fundamentada respecto de las situaciones no reguladas y controvertidas, explicadas precedentemente.

En consecuencia, las hipótesis sostenidas son las siguientes:

1.- Es posible determinar la razonabilidad que los saldos pendientes de deducción de la renta líquida imponible proveniente del pago voluntario de impuesto de Primera Categoría no puedan ser transferidos, en atención a su carácter de personal y especialísimo.

2.- Es posible determinar las razones por las cuales se limitó el efecto del PPUA.

Asimismo, como objetivos particulares se busca otorgar posibles soluciones, aportes o respuestas a las situaciones no reguladas y controvertidas, expuestas precedentemente.

En cuanto al estado de la cuestión, cabe indicar que, las problemáticas planteadas no han sido tratadas o simplemente enunciadas, en atención a la reciente fecha de publicación de las leyes abordadas y la magnitud del cambio realizado. Cabe destacar que los regímenes de tributación establecidos en el artículo 14 A) y B) de la ley de impuesto a la renta comenzaron a regir a partir del 1 de enero de 2017. Todo lo anterior, con excepción del carácter personalísimos de los créditos, si bien no se trata en particular sobre el saldo pendiente de deducción de la renta líquida imponible del pago voluntario del impuesto referido, si sobre otros créditos.

Finalmente, respecto a la metodología a desarrollar implica seguir un método de inferencia deductivo, en el que se comenzará aproximando a los precedentes y concepto de armonización, para, posteriormente, dar cuenta, en forma general, de las normas de armonización de los nuevos regímenes de tributación en Chile, establecido en el artículo 14 A) y B), centrándose en los efectos del cambio entre ambos regímenes, y la aplicación de las normas de armonización en el proceso de fusión, para seguir, de manera particular, con los efectos de utilización de créditos, aplicación de norma general antielusiva y situación del saldo de cantidades pendientes de deducir de la renta líquida imponible (en adelante “RLI”), provenientes del pago voluntario de impuesto de primera categoría (en adelante “IDPC”), todos en el proceso de fusión por incorporación.

RESUMEN EJECUTIVO.

El presente trabajo tiene por finalidad tratar situaciones controvertidas y/o no reguladas en el contexto de la aplicación de las normas de armonización de regímenes tributarios en procesos de fusión.

Primeramente se aborda el concepto de armonización, elaborando un concepto propio. En segundo término, se analizan las normas de armonización de los regímenes tributarios de tributación en Chile, establecidos en el artículo 14 A) y 14 B) de la Ley de Impuesto a la Renta, particularmente los efectos del cambio de régimen tributario, según sea el cambio voluntario u obligatorio, para, posteriormente, abordar la aplicación de las normas de armonización en procesos de fusión.

Una vez realizado lo anterior, se analizan los tres temas controvertidos y/o no regulados, a saber:

1.- El carácter personalísimo del saldo de las cantidades pendientes de deducción de la renta líquida imponible, provenientes del pago voluntario de Impuesto de Primera Categoría en un proceso de fusión por incorporación. En particular, se analizan las razones por las cuales se otorga este carácter y que tienen como consecuencia que no puedan ser transferidos, y se entrega una opinión fundamentada al respecto.

2.- Asimismo, sólo se contempla la utilización de PPUA en caso de dividendos o retiros y no se encuentra suficientemente claro las razones por las cuales el legislador limitó el efecto del PPUA, menos aún, la limitación del efecto del PPUA relativo a las utilidades de terceros. En consecuencia, se analiza la razonabilidad de la norma en comento.

2.- ARMONIZACIÓN.

2.1.- PRECEDENTE Y CONCEPTO.

○ Precedente en Chile

En Chile, en materia tributaria, la primera ley que expresamente trata normas de armonización es la Ley N° 20.780.

Con todo, los autores Marianela Vega y Wilson Zúñiga han aportado una definición propia, en los siguientes términos:

“la Armonización Tributaria es un proceso dinámico, constante y progresivo de carácter voluntario u obligatorio, mediante el cual se desarrollan unas series de aproximaciones o acercamientos en los sistemas tributarios involucrados, que implican necesariamente la adopción de acuerdos, convenios o tratados parciales o totales, sin que esto implique la uniformidad tributaria, la pérdida de la soberanía fiscal de los Estados participantes y propenda a la eliminación de todos los obstáculos emergentes en materia fiscal, tendiente a la consecución de un objetivo común.”¹

○ Concepto propio.

Sin embargo, esta definición se aviene con procesos foráneos que no dicen relación con la realidad chilena y se hace necesario elaborar una referencia propia al término en estudio. En consecuencia, en nuestra opinión, el concepto de armonización si bien tiene como consecuencia un ajuste, en este caso de normas, lo característico de este ajuste radica en que tiene por objetivo principal lograr la convergencia de los regímenes tributarios.

2.2.- NORMAS DE ARMONIZACIÓN DE LOS NUEVOS REGÍMENES DE TRIBUTACIÓN EN CHILE, ESTABLECIDAS EN EL ARTÍCULO 14 A) Y B).

i.- Efectos del cambio de régimen de tributación, según sea el cambio voluntario y obligatorio.

¹ VEGA P. MARIANELA Y ZÚÑIGA O. WILSON, LA ARMONIZACIÓN TRIBUTARIA EN EL SENO DE LA UNIÓN EUROPEA: Un referente para la factibilidad de una propuesta de Armonización Fiscal, en los Precios de Transferencia Multinacionales entre Chile, México y Argentina. Compilado **encuentro Nacional de Facultades de Administración y Economía (ENEFA)**. 2:831. 2009.

○ **Cambio voluntario y obligatorio.**

- Requisitos para el cambio voluntario.

- Permanencia en alguno de los dos regímenes 5 años comerciales consecutivos.

- Efectos desde el régimen de la letra A) del artículo 14 de la LIR, al régimen de la letra B) del referido artículo o viceversa.

-En ambos regímenes se deben reclasificar las rentas o cantidades acumuladas:

a).- Registro de rentas exentas e ingresos no constitutivos de rentas (en adelante "REX"): en el régimen de renta atribuida y de imputación parcial de créditos se encuentra el mismo registro, en consecuencia, se debe anotar dicho saldo al término del último ejercicio comercial.

Asimismo, se controla en forma separada las rentas exentas de Impuesto Global Complementario y los ingresos no constitutivos de rentas, separando, además, las utilidades que ya cumplieron su tributación con los impuestos de la Ley de Impuesto a la Renta.

La única diferencia es que cuando existe un cambio desde un régimen de la letra A) del artículo 14 de la LIR, al régimen de la letra B) del referido artículo, se incorpora a este registro las rentas o cantidades anotadas en el registro de rentas atribuidas propias (en adelante "RAP").

b).- Registro que presenta la diferencia entre la depreciación normal y acelerada (en adelante "FUF"): en el régimen de renta atribuida y de imputación parcial de créditos se encuentra el mismo registro, en consecuencia, se debe anotar dicho saldo al término del último ejercicio comercial.

c).- Registro de utilidades acumuladas (rentas y créditos acumulados en los registros FUT y FUR) o de retiros en exceso, provenientes de ejercicios anteriores del año comercial 2017: Se genera esta obligación para todos los contribuyentes que determinen su renta efectiva mediante contabilidad completa, sin perjuicio del régimen al que adscriban.

d).- Solo en el caso que existe un cambio desde una sociedad acogida al régimen de la letra A) del artículo 14 de la LIR, a otra del régimen de la letra B) del referido artículo, se forma el registro de rentas afectas a Impuesto Global Complementario (en adelante

“RAI”) compuesto por el valor positivo de capital propio tributario menos el monto positivo de las sumas anotadas en los registros de rentas atribuidas propias (en adelante “RAP”) y de rentas exentas e ingresos no constitutivos de rentas y valor del capital aportado efectivamente más sus aumentos y disminuciones posteriores debidamente reajustadas al término del último ejercicio comercial sujeto al régimen de renta atribuida.

e).- Registro del saldo acumulado de créditos (en adelante “SAC”): Cuando existe un cambio desde una sociedad acogida al régimen de la letra A) del artículo 14 de la LIR, a otra del régimen de la letra B) del referido artículo, y dado que en el régimen de renta atribuida se encuentra en el mismo registro, se debe anotar dicho saldo al término del último ejercicio comercial, clasificándose como créditos por Impuesto de Primera Categoría no sujeto a obligación de restitución.

Cuando existe un cambio desde una sociedad adscrita al régimen de la letra B) del artículo 14 de la LIR, a otra del régimen de la letra A) del referido artículo, se anota el impuesto del 35% que se tratará a continuación, el cual se otorga como crédito en contra del Impuesto de Primera Categoría y no existirá obligación de restitución.

-En ambos regímenes, las cantidades pendientes de deducción de la RLI provenientes del pago voluntario de Impuesto de Primera Categoría: se deducen en la determinación de la Renta Líquida Imponible de los ejercicios siguientes y subsiguientes hasta su extinción.

Finalmente, un efecto que sólo se produce ante un cambio desde el régimen de la letra B) del artículo 14 de la LIR, al régimen de la letra A) del referido artículo corresponde a:

-Tributación con un 35% de impuesto, como si hubiese dado aviso de término de giro a la fecha de cambio de régimen sobre las cantidades o rentas que mantienen su situación tributaria pendiente a nivel de impuestos finales.

La base imponible se determina al término del ejercicio anterior a aquél en que se cambia de régimen, correspondiendo a:

a).- Capital Propio Tributario, según valor a la fecha del cambio de régimen, según lo establecido en el artículo N°1 del artículo 41 de la LIR (+).

b).- Saldo positivo anotadas en registro REX, a la fecha del cambio de régimen, incluyendo cantidades del registro de Fondo de Utilidades No Tributables (en adelante “FUNT”) al 31.12.2016 (-)

c).- Capital enterado a la sociedad, más sus aumentos y disminuciones posteriores. Se incluye las rentas del Fondo de Utilidades Reinvertidas (en adelante “FUR”).

d).- Retiros en exceso pendientes de tributación. (+)

e).- 100% de crédito por Impuesto de Primera Categoría establecidos en el artículo 56 N°3 y 63, ambos de la LIR, y el 100% del crédito total disponible contra impuestos finales, generados hasta el 31.12.2016 y 01.01.2017, a contar del 01.01.2017. (+)

El total del impuesto referido se incorpora al registro SAC, siendo considerada una partida del inciso segundo del artículo 21 de la LIR

- **Cambio obligatorio desde el régimen de renta atribuida al régimen de imputación parcial de créditos.**
 - **Incumplimiento de tipo societario o conformación societaria de contribuyentes sujetos al régimen establecido en la letra A) del artículo 14 LIR.**

Un incumplimiento de tipo societario tiene lugar al existir un cambio en el tipo jurídico, toda vez que sólo aquellos contribuyentes que sean empresarios individuales, empresas individuales de responsabilidad limitada, comunidades, contribuyentes del artículo 58 N°1, sociedades de personas (excepto las sociedades en comandita por acciones) y las sociedades por acciones pueden acogerse al régimen establecido en la letra A) del citado artículo. Al respecto, cabe destacar que ante el referido incumplimiento, el contribuyente quedará sujeto al régimen semi integrado a partir del 01 de enero del año del incumplimiento.

Respecto a la conformación societaria se produce cuando el contribuyente afecto al régimen atribuido deja de estar conformado exclusivamente por personas naturales y/o contribuyentes sin domicilio o residencia en Chile y, a diferencia del caso anterior, el contribuyente quedará sujeto al régimen semi integrado a partir del 01 de enero del año comercial siguiente al incumplimiento. Asimismo, se afectarán con el impuesto del inciso primero del artículo 21 de la LIR sobre los retiros, remesas o distribuciones de dividendos afecto a impuestos finales que se perciban el año comercial del incumplimiento y la renta que se les atribuya al año

comercial del incumplimiento, en ambos casos procede el crédito por Impuesto de Primera Categoría.

2.3.- APLICACIÓN NORMAS DE ARMONIZACION EN PROCESOS DE FUSION.

i.- Concepto y clasificación.

La fusión se encuentra regulada en el artículo 99 de la Ley N°18.046 sobre sociedad anónimas, de la siguiente forma:

“La fusión consiste en la reunión de dos o más sociedades en una sola que las sucede en todos sus derechos y obligaciones, y a la cual se incorpora la totalidad del patrimonio y accionistas de los entes fusionados”.

En el mismo artículo se define la fusión por creación, indicado que acaece cuando el activo y pasivo de dos o más sociedades que se disuelven, se aporta a una nueva sociedad que se constituye. Asimismo, se define la fusión por incorporación como una o más sociedades que se disuelven, son absorbidas por una sociedad ya existente, la que adquiere todos sus activos y pasivos.

Las fusiones referidas corresponden a las llamadas fusiones propias o por acuerdo. Esta última denominación se debe a que este tipo de fusiones se acuerdan por las juntas extraordinarias de accionistas de las sociedades anónimas, de acuerdo a lo establecido en el artículo 57 N°2 de la Ley N°18.046. Sin embargo, la figura jurídica de la fusión también es aplicable a las sociedades de personas, tal como lo ratifica el oficio N°2389 del Servicio de Impuestos Internos del año 1997.²

² El oficio N°2389, de 1997, indica lo siguiente para sustentar que la figura jurídica de fusión es aplicable a las sociedades de personas:

“2.- sobre el particular, cabe expresar primeramente, que la expresión "fusión de sociedades", entendiéndose dentro de esta la reunión del total de los derechos o acciones de una sociedad en manos de una misma persona, ha sido utilizada por el legislador en las siguientes normas legales de orden tributario: a) artículo 14, letra a, no. 1, letra c) de la ley sobre impuesto a la renta; y b) artículo 69 del código tributario. 3.- ahora bien, respecto de la materia en consulta, cabe expresar que las normas precedentemente indicadas no restringen la aplicación del término fusión, solo a las sociedades anónimas, ya que del texto expreso de las citadas disposiciones se puede apreciar claramente que el legislador no hizo ninguna distinción, utilizando al efecto el vocablo genérico de "sociedades". en apoyo a lo anterior, el propio artículo 14, letra a), no. 1, letra c) de la ley de la renta, establece que dentro de la expresión "fusión de sociedades", debe comprenderse la reunión del total de los derechos o acciones de una sociedad en manos de una misma persona, lo que denota que al utilizar el término "derecho", se está refiriendo obviamente a una sociedad de personas. reafirma lo antes expuesto, la circunstancia de que este servicio al impartir instrucciones mediante circulares nos. 68, de 1996, y 17, de 1995, publicadas en los boletines de los meses de diciembre y mayo de los años respectivos, al referirse a la expresión fusión de sociedades, lo haya hecho en forma genérica, incluyéndose en tal expresión las sociedades de cualquier clase.”

Continuando con la clasificación general del tipo de fusiones, cabe indicar que también existen las llamadas fusiones impropias en las que se reúne en una persona todas las acciones de una sociedad, produciéndose, de acuerdo al artículo 103 N°2 de la Ley N°18.046, la disolución de la sociedad por el sólo ministerio de la Ley.³ Asimismo, el autor David Lagos señala que la fusión inversa también es un tipo de fusión impropia, presentándose en los casos en que una sociedad adquiere el cien por ciento de la participación de las sociedades que la conforman.⁴

Cabe destacar que el caso de las sociedades por acciones (en adelante “SpA”) se produce la fusión impropia siempre que en los estatutos de la sociedad “comprada” indique que de reunir el 100% de las acciones en una sola mano se configura la fusión, en caso contrario no se producirá la fusión, toda vez que este tipo de sociedades pueden constituirse solo con un accionista.

ii.- Efectos legales de la fusión.

El autor Antonio Faúndez sostiene que la materialización de la fusión se produce a la fecha de la escritura pública en que se realiza, en virtud de los siguientes fundamentos.⁵

Primeramente hace referencia a que fusión por incorporación conlleva una reforma a los estatutos sociales, debiendo los socios o accionistas cumplir las formalidades establecidas por la ley, materializándose en el momento en que la modificación de estatutos comienza a producir sus efectos en la vida del derecho.

Asimismo, hace referencia a normas que regulan la sociedad colectiva (artículo 350, en relación al artículo 354, 355A, todos del Código de Comercio), sociedad de responsabilidad limitada (artículo 3 inciso final Ley N°3.918) y sociedad anónima (artículo 3 de la Ley N°18.046), las cuales indican que el cumplimiento de las formalidades de inscripción y/o publicación produce efectos retroactivos a la fecha de la escritura.

iii.- Efectos tributarios de fusiones de sociedades sujetas a los regímenes de las letras A) o B), del artículo 14 de la LIR.

³ Oficio del Servicio de Impuestos Internos N° 1664, de fecha 8 de abril de 2004.

⁴ FAÚNDEZ U, ANTONIO. La reorganización empresarial, derecho tributario y tributación interna. Santiago. Editorial Abeledo Perrot Legal Publishing, 2012.P.194.

⁵ FAÚNDEZ U, ANTONIO. La reorganización empresarial, derecho tributario y tributación interna. Santiago. Editorial Abeledo Perrot Legal Publishing, 2012.P. 214 a 216.

1.- Efectos de fusiones de sociedades sujetas a los regímenes de las letras A) o B), del artículo 14 de la LIR, que no mantengan saldos de FUT, FUR o retiros en exceso no imputados.

Para el debido análisis de los efectos tributarios es necesario distinguir tres características:

- el tipo de fusión que puede ser: creación, incorporación o por compra.
- el régimen tributario de la sociedad continuadora.
- el régimen tributario de la sociedad absorbida.

○ **Fusión por creación.**

En este tipo de fusiones la sociedad que se constituye podrá optar por el régimen al que quedará sujeta a partir de la fecha de fusión, independientemente del régimen al que haya estado sujeta la sociedad que se disuelve.

Ahora bien, para dilucidar los efectos para las sociedades fusionadas y la obligación de la continuadora de mantener el registro y control de las rentas o cantidades acumuladas a la fecha de fusión, se debe distinguir el régimen al cual dichas sociedades fusionadas, estaban acogidas.

● **En el caso que la sociedad absorbida y absorbente estén acogidas al régimen de renta atribuida.**

Al respecto, la sociedad que se constituye deberá mantener el registro y control de las cantidades anotadas en los registros RAP, FUF, REX, y SAC, que provengan de la sociedad disuelta, según sus remanentes después de las imputaciones que corresponda efectuar al término del ejercicio comercial en que esta última cesó sus actividades producto de la fusión en sus propios registros.

Dichas cantidades, en conjunto con las rentas de similar naturaleza provenientes de las demás sociedades fusionadas, formarán parte del saldo inicial de cada uno de los referidos registros.

Para la sociedad que cesa en sus actividades no le será aplicable lo dispuesto en el N°1, del artículo 38 bis de la LIR, ya que, si bien la fusión implica el término de giro de la sociedad, las rentas o cantidades

acumuladas a esa fecha serán traspasadas a la sociedad que se constituye producto de la fusión.

Finalmente, en el evento que la sociedad disuelta mantenga a la fecha de fusión saldos pendientes de deducción de la renta líquida imponible de los ejercicios comerciales siguientes, provenientes del pago voluntario de Impuesto de Primera Categoría, este beneficio no podrá ser transferido a la nueva empresa o sociedad que se constituye, atendido que su otorgamiento sólo beneficia a la empresa o sociedad que se encontraba en la situación que la ley contempla, teniendo, en consecuencia, un carácter personal y especialísimo, por lo que sólo puede ser utilizado por el titular a favor de quién se otorga hasta la fecha del término de giro.

En nuestra opinión, este escenario de fusión es neutro en relación a los efectos producidos, toda vez que ambas sociedades están acogidas al mismo régimen tributario.

- **En el caso que la sociedad absorbida este acogida al régimen de renta atribuida y la sociedad absorbente al régimen de imputación parcial de créditos.**

La sociedad que se constituye deberá mantener el registro y control de las rentas o cantidades acumuladas en la sociedad disuelta, que se encontraban anotadas en los registros que establece el N°4, de la letra A), del artículo 14 de la LIR (RAP, FUF, REX y SAC).

De esta forma, los saldos de rentas o cantidades acumuladas que determine la sociedad que se disuelve a la fecha de fusión, luego de todas las imputaciones que procedan en la misma oportunidad, se entienden traspasados a la nueva sociedad, quien deberá reclasificar dichas rentas o cantidades dependiendo de su naturaleza.

En consecuencia, los remanentes de utilidades anotadas en el registro RAP y en el registro REX, que mantenía la sociedad disuelta, formarán parte del saldo inicial del registro REX. De la misma forma, las rentas o cantidades acumuladas en el registro FUF, formará parte del saldo inicial del registro FUF del régimen de imputación parcial de créditos. Finalmente, el remanente del registro SAC, que la sociedad disuelta mantenga a la fecha de fusión, se reclasificará en la empresa o sociedad que se constituye, en el registro SAC por créditos que no están sujetos a la obligación de restitución.

Al igual que en el caso anterior, el crédito personalísimo proveniente del pago voluntario de Impuesto de Primera Categoría, no puede ser transferido por el carácter personalísimo que le da el Servicio de Impuestos Internos.

En nuestra opinión, este escenario de fusión genera una ineficiencia importante, como será explicado a continuación. En el régimen tributario de renta atribuida el orden de imputación de retiros es RAP, FUF, REX y SAC y, por su parte, en el régimen tributario de imputación parcial de créditos el orden de imputación es RAI, FUF y REX, en consecuencia, el efecto de imputar el RAP y REX del régimen de renta atribuido en el registro REX del régimen de imputación parcial de créditos provoca que estas utilidades ya tributadas deban quedar a la espera de la utilización por completo de los regímenes RAI y FUF para alcanzar las utilidades que ya han tributado.

- **En el caso que la sociedad absorbida este acogida al régimen de imputación parcial de créditos y sociedad absorbente al régimen de renta atribuida.**

En este caso, se deberá aplicar lo dispuesto en el N°2, del artículo 38 bis de la LIR, gravándose las rentas o cantidades que se determinen conforme a lo dispuesto en esta norma con el impuesto de 35% que establece.

La declaración y pago del referido impuesto deberá efectuarse dentro del plazo que establece el artículo 69 del Código Tributario, con ocasión del término de giro de la sociedad absorbida.

Para tal efecto, las rentas o cantidades acumuladas en la empresa al término de giro pendientes de tributación, se calcularán como la diferencia positiva que resulte de:

- 1) + Capital propio a la fecha del termino de giro
- 2) + Saldo de retiros en exceso reajustados
- 3) - Saldo positivo del registro REX (incluyendo FUNT)
- 4) - Capital efectivamente aportado (más aumentos y disminuciones) reajustado
- 5) + 100% del crédito por IDPC (incorporados al registro SAC) antes y después del 01.01.2017

En consecuencia, los registros FUF y REX de la sociedad absorbida acogida al régimen del artículo 14 B) se incluirán en los registros FUF y

REX del régimen del 14 A), el crédito pagado por el término de giro se registrará en el SAC.

A modo de comentario, no se regula que ocurre con ocasión de un cambio de régimen de imputación parcial de créditos a un régimen de renta atribuida al producirse esta ficción de término de giro, particularmente no se indica a qué registro se debe incluir en el régimen de renta atribuida la base imponible determinada.

- **En el caso que la sociedad absorbida y absorbente estén acogida al régimen de imputación parcial de créditos.**

En este caso se traspasan los registros de manera lineal. No se deberán aplicar las normas del término de giro y tampoco se podrá utilizar el crédito personalísimo analizado anteriormente.

- **Fusión por incorporación:**

En esta clase de fusiones, la sociedad que subsiste o que concentra el total de los derechos o acciones (en adelante denominadas “la sociedad absorbente”), deberá mantenerse en el régimen de tributación al que se encontraba sujeta a la fecha de fusión. Por lo tanto, si la sociedad absorbente está sujeta al régimen de renta atribuida o de imputación parcial de créditos, deberá permanecer en él, a lo menos por 5 años comerciales consecutivos, contados desde su incorporación a dicho régimen, período después del cual podrá optar por cambiar de régimen de tributación, produciéndose en tal caso los efectos ya analizados anteriormente. En ningún caso se computará el plazo que hubiere transcurrido en favor de las sociedades disueltas pese a estar acogidas al mismo régimen.

Los efectos en cada uno de los escenarios descritos para la fusión por creación se aplican en la fusión por incorporación.

- **Fusión por compra o impropia.**

Los efectos son los mismos que los descritos a la fusión por incorporación.

2.- Efectos de la fusión de empresas o sociedades sujetas a los regímenes de las letras A) o B), del artículo 14 de la LIR, que mantengan saldos de FUT, FUR o retiros en exceso no imputados.

- Para los contribuyentes del 14 A), su FUT más sus créditos deberán ser controlados anualmente al inicio del ejercicio respectivo, a fin de determinar la tasa de crédito por IDPC.

La forma de cálculo es: multiplicar por 100, el resultado de la división del saldo total de crédito por IDPC acumulado al término del ejercicio inmediatamente anterior, por el saldo de FUT que tenga dicho registró.

Para los contribuyentes sujetos a 14 B), la norma es igual a los de 14 A).

- En relación al FUR deberá continuar siendo controlado de manera separada, y su único propósito será grabar dichas utilidades con Impuesto Global Complementario o Adicional cuando:

- Se enajenen las acciones o derechos sociales, considerando que el enajenante a efectuado un retiro tributable equivalente a la cantidad reinvertida.
- En una devolución total o parcial de capital.
- Al momento de efectuar un término de giro.
- Cuando los contribuyentes sujetos a las normas del artículo 14 de la letra A) o B) de la LIR opten por ingresar a regímenes simplificados del artículo 14 Ter de la misma ley, formando parte del ingreso diferido que se encontraba normado en dicha disposición legal.

- Los contribuyentes que mantengan retiros en exceso al 31.12.2016, deberán controlarlos de la siguiente manera:

- Contribuyentes 14 A): Se imputarán a continuación de los retiros, remesas o distribuciones efectuados durante el ejercicio, esto es:

- 1) RAP
- 2) FUF
- 3) REX

De mantenerse un saldo de retiros en exceso, este se imputará en el ejercicio siguiente, o sub-siguiente hasta agotar el saldo de retiro en exceso.

- Contribuyentes 14 B): Se imputarán a continuación de los retiros, remesas o distribuciones efectuados durante el ejercicio, esto es:

- 1) RAI
- 2) FUF
- 3) REX

De mantenerse un saldo de retiros en exceso, este se imputará en el ejercicio siguiente o sub-siguiente hasta agotar el saldo de retiro en exceso.

2.4.- EFECTO DEL PAGO PROVISIONAL POR UTILIDADES ABSORBIDAS EN LAS FUSIONES.

El PPUA se encuentra definido en el artículo N° 31 de la Ley de Impuesto a la Renta.

Este artículo ha sufrido modificaciones con la Ley N° 20.780 y, en consecuencia, se realizará un comparativo, a fin de determinar las diferencias y posibles efectos sobre las fusiones.

La parte que se no ha sufrido modificaciones es la siguiente:

“Las pérdidas sufridas por el negocio o empresas durante el año comercial a que se refiere el impuesto, comprendiendo las que provengan de delitos contra la propiedad.

Podrán, así mismo, deducirse las pérdidas de ejercicios anteriores, siempre que concurren los requisitos del inciso precedente.”

Los párrafos que han sufrido modificaciones los detallamos en orden cronológico y son los siguientes:

La Ley de Impuesto a la Renta (previo a las modificaciones) indicaba:

“Para estos efectos, las pérdidas del ejercicio deberán imputarse a las utilidades no retiradas o distribuidas, y a las obtenidas en los ejercicios siguientes a aquel que se produzcan dichas pérdidas, y si las utilidades referidas no fuesen suficientes para absorberlas, la diferencia deberá imputarse al ejercicio inmediatamente siguiente y así sucesivamente. En el caso en que las pérdidas absorban total o parcialmente las utilidades no retiradas o distribuidas, el impuesto de primera categoría pagado sobre dichas utilidades se considerara como pago

provisional en aquella parte que proporcionalmente corresponda a la utilidad absorbida, y se le aplicarán las normas de reajustabilidad, imputación o devolución que se señalan en los artículos 93 al 97 de la presente Ley.”

La Ley N° 20.780 eliminó el párrafo anterior e indicó lo siguiente:

“Las pérdidas deberán imputarse a las rentas o cantidades que perciban, a título de retiros o dividendo afectos a los impuestos global complementario o adicional, de otras empresas o sociedades, sea que estas se encuentren acogidas a las disposiciones de la letra A) o B) del Artículo 14. La diferencia deberá imputarse a las rentas que se atribuyan en el ejercicio respectivo conforme a lo dispuesto en los números 2 y 3 de la referida letra A), o según lo dispuesto en el número 4 de la letra B), ambas del artículo 14, según corresponda, en su carácter de socio, comunero o accionista, comenzando por aquellas provenientes de otras empresas o sociedades obligadas a determinar su renta efectiva según contabilidad completa, luego aquellas provenientes de empresas o sociedades que no tienen tal obligación, y, finalmente, de aquellas que se encuentren acogidas a las disposiciones del artículo 14 ter letra A).

Si las rentas referidas en el párrafo precedente no fueran suficientes para absorberlas, la diferencia deberá imputarse al ejercicio inmediatamente siguiente conforme a lo señalado y así sucesivamente.

En el caso en que las pérdidas absorban total o parcialmente las utilidades percibidas o atribuidas en el ejercicio, el impuesto de primera categoría pagado sobre dichas utilidades se considerará como pago provisional en aquella parte que proporcionalmente corresponda a la utilidad absorbida, y se le aplicarán las normas de reajustabilidad, imputación o devolución que señalan los artículos 93 a 97”.

Finalmente la Ley N° 20.899 estableció lo siguiente:

“Las pérdidas deberán imputarse a las rentas o cantidades que perciban, a título de retiros o dividendos afectos a los impuestos global complementario o adicional, de otras empresas o sociedades, sumas que para estos efectos deberán previamente incrementarse en la forma señalada en el inciso final del número 1 del artículo 54 y en los artículos 58 N° 2 y 62.

Si las rentas referidas en el párrafo precedente no fueran suficientes para absorberlas, la diferencia deberá imputarse al ejercicio inmediatamente siguiente conforme a lo señalado y así sucesivamente.

En el caso en que las pérdidas absorban total o parcialmente las utilidades percibidas en el ejercicio, el impuesto de primera categoría pagado sobre dichas utilidades incrementadas, se considerará como pago provisional en aquella parte que proporcionalmente corresponda a la utilidad absorbida, y se le aplicarán las normas de reajustabilidad, imputación o devolución que señalan los artículos 93 a 97”.

Luego de estas modificaciones los artículos mantienen las regulaciones impuestas para el uso de pérdidas, las cuales no sufrieron cambios con la Ley N° 20.899.

De este modo, podemos indicar que el gran cambio producido en la forma de entender los PPUA, corresponde a que desde el 1 de enero del año 2017 la utilización de las pérdidas para efectos de gatillar el PPUA será solamente tomando en consideración las futuras utilidades que lleguen a la empresa a través de retiros o dividendos.

A partir de lo anterior, no se encuentra suficientemente claro las razones por las cuales el legislador limitó el efecto del PPUA, menos aún, la limitación del efecto del PPUA relativo a las utilidades de terceros, toda vez que actualmente, como fue señalado, solamente se gatilla por dividendos o retiros.

En consecuencia, en el presente acápite se pretende realizar un análisis de razonabilidad de la norma relativa a la limitación del efecto del pago provisional por utilidades absorbidas, siendo un tema de interés en medida que si bien se encuentra claramente regulado, ello no implica que su fundamento sea correcto.

Al respecto, bajo la normativa actual no se gatilla el efecto del pago provisional por utilidades absorbidas cuando una sociedad con pérdida absorbe a una sociedad con utilidad, y, en consecuencia, en el artículo 31 N° 3 de la Ley de Impuesto a la Renta sólo se contempla la utilización de PPUA en caso de dividendos o retiros, limitando el efecto del PPUA no sólo en el caso de las utilidades propias, sino también respecto a las utilidades de terceros.

Con el objeto de realizar un análisis estructurado de la materia, esta será desarrollada de la siguiente manera: en primer término, se definirán determinados término de relevancia, para luego analizar las principales modificaciones al artículo 31 N° 3 de la Ley de Impuesto a la Renta.

- Definiciones necesarias para el análisis.

PPUA: Pago provisional por utilidades absorbidas, corresponde a un derecho que se encuentra en el artículo 31 N°3 de la Ley de Impuesto a la Renta.

En palabras del SII, este corresponde al Impuesto de Primera Categoría pagado que afectó a las utilidades que resultan absorbidas por pérdidas tributarias y que constituyen un crédito para su titular⁶.

Pérdidas tributarias: según el autor Antonio Faúndez el concepto de “*pérdida tributaria constituye el resultado negativo que se verifica en una empresa, la cual se determina de acuerdo con el mecanismo establecido en los artículos 29 al 33 de la Ley sobre Impuesto a la Renta, excluyendo los gastos rechazados afectos al artículo 21, cuando correspondan*”.⁷

Como ha sido señalado y desarrollado anteriormente, en relación a las pérdidas en procesos de fusión de empresas⁸, el Servicio de Impuestos Internos ha indicado que las pérdidas tributarias determinadas en la(s) sociedad(es) que desaparecen en un proceso de fusión, no pueden ser recuperadas por la sociedad que se crea o que subsiste, toda vez que el mecanismo de aprovechamiento de dichas pérdidas está concebido en la ley únicamente en favor de quien las generó⁹.

Utilidades tributarias: pueden ser divididas en dos, a saber: utilidades propias y utilidades de terceros o también llamadas ajenas. Respecto a las utilidades propias es el nombre que reciben las utilidades tributarias generadas por la sociedad y sobre la cual se ha pagado el impuesto de primera categoría y el concepto de utilidades ajenas corresponde a aquellas sobre las cuales la sociedad no ha pagado el Impuesto de Primera Categoría, como por ejemplo, retiros, dividendos, reinversiones y fusiones.

Dividendos: según lo indicado por la bolsa de comercio de Santiago, es un flujo de dinero que recibe el accionista por cada acción de la sociedad que éste posee, en un determinado periodo de tiempo. Generalmente los dividendos otorgados por una sociedad provienen de las utilidades generadas durante el ejercicio. Respecto

⁶ Oficio del Servicio de Impuestos Internos N° 9, de fecha 3 de enero de 2000.

⁷ FAÜNDEZ U, ANTONIO. Pérdida tributaria y sus efectos en los procesos de reorganización empresarial. Revista de Estudios Tributarios N°9, Centro de Estudios Tributarios de la Universidad de Chile.2014.P.2

⁸ Un completo estudio referente al tema se puede encontrar en: FAÜNDEZ U, ANTONIO. Pérdida tributaria y sus efectos en los procesos de reorganización empresarial. Revista de Estudios Tributarios N°9, Centro de Estudios Tributarios de la Universidad de Chile.2014.

⁹ Criterios ratificados en Circular N° 109, de fecha 17 de agosto de 1977; oficio N° 4697, de fecha 23 de julio de 1980 y en Circular N°15, de fecha 30 de enero de 1986.

al dividendo en acciones, es un movimiento de capital mediante el cual una sociedad anónima reparte a sus accionistas las utilidades de la empresa. Por su parte, en el caso de las sociedades de personas se denominan retiros.

Reinversiones: en el caso de fusiones, la sociedad que resultaba absorbida debía realizar, para los efectos impositivos, un término de giro con ocasión de la fusión, el cual podía ser normal o simplificado. En el antiguo artículo 14 letra A) N° 1 letra c) se indicaba que las utilidades tributables de la sociedad absorbida se considerarían reinvertidas en la sociedad absorbente y debían controlarse en el registro fondo de utilidades tributables. En consecuencia, la reinversión puede ser definida como un mecanismo para incentivar la capitalización de las utilidades de las sociedades y correspondían a operaciones que podían realizar los empresarios individuales o socios de sociedades de personas, y sólo mediante aumentos efectivos de capital en empresas individuales, aportes a una sociedad de personas o adquisiciones de acciones de pago de sociedades anónimas

Desde un punto de vista legal, cada una de estas transacciones tiene características y requisitos propios y en lo práctico, desde una mirada tributaria, no existían mayores diferencias en la imputación de estas utilidades al momento de realizar la solicitud de PPUA bajo la normativa del artículo 14 de la Ley de Impuesto a la Renta antes de la reforma, ya que todas corresponden a utilidades ajenas o de terceros al momento en que entran al patrimonio de la sociedad solicitante del PPUA.

- Principales modificaciones del artículo 31 N° 3 de la Ley de Impuesto a la Renta.

El artículo 31 N° 3 a través de la historia tributaria de Chile ha tenido una importancia preponderante en relación al uso de las pérdidas tributarias y, consecuentemente, con la entrega de incentivos para la reactivación de la economía en Chile. La utilización de pérdidas tributarias corresponde a un tópico de considerable importancia tanto para el legislador, los contribuyentes y la recaudación fiscal, y a través de la historia ha sufrido variadas modificaciones que se procederá a resumir.

Dentro de las más importantes podemos mencionar las siguientes:

- a) En el año 1974 el artículo 31 N° 3 indicaba que solamente las pérdidas podían ser utilizadas hasta los dos ejercicios anteriores a su determinación.

- b) En el año 1977, a través del Decreto Ley N° 1874, se modificó el artículo y se aumentó el plazo de utilización de 2 a 5 años¹⁰.
- c) El 31 de enero del año 1984, se dictó la Ley N° 18.293, la cual modificó ampliamente la legislación tributaria. Esta reforma dio la posibilidad de compensar las pérdidas con las utilidades retenidas hasta lograr su completa absorción y además autorizó la rebaja de la pérdida en ejercicios futuros, naciendo así el concepto de “pérdida de arrastre”.
- d) En el año 1986, con dictación Ley N° 18.489, se otorgó el derecho a los contribuyentes de recuperar como pago provisional mensual, el Impuesto de Primera Categoría pagado sobre aquellas utilidades acumuladas o retenidas en la empresa, que resulten absorbidas por las pérdidas tributarias.
- e) En el año 1989 se eliminó el derecho a solicitar PPUA. Se mantiene la utilización de la pérdida como “pérdida de arrastre”.
- f) En el año 1990 se repuso nuevamente el derecho a la solicitud de PPUA de la letra d) anterior.
- g) En el año 2001, con la dictación de la Ley N° 19.738, se limitó el uso de las pérdidas tributarias a través de la utilización de restricciones en los casos de cambio de propiedad de la empresa generadora de la pérdida, todo esto a raíz del abuso que se le estaba dando a la norma a través del mecanismo de venta de sociedades que solamente tenían pérdida tributaria. La forma de utilización del PPUA a través de estas sociedades era a través de la figura de fusión.
- h) En el año 2014 se dictó la Ley N° 20.780, la cual incorpora nuevas normas anti elusivas al tratamiento de las pérdidas y realiza un cambio importante al artículo 14 de la LIR.
- i) Por último, en el mes de febrero del año 2016, se publicó la Ley N° 20.899, la cual buscó la simplificación de la reforma del año 2014, dentro de la simplificación de normas se modificó nuevamente el artículo 14 referido. Finalmente, el artículo 31 N° 3 quedó redactado de la siguiente manera:

“Las pérdidas sufridas por el negocio o empresa durante el año comercial a las que se refiere el impuesto, comprendiendo las que provengan de delitos contra la propiedad.

Podrán, así mismo, deducirse las pérdidas de los ejercicios anteriores, siempre que concurren los requisitos del inciso precedente.

Las pérdidas deberán imputarse a las rentas o cantidades que perciban, a título de retiros o dividendos afectos a los impuestos global complementario o adicional, de otras empresas o sociedades, sumas que para estos efectos deberán previamente incrementarse en la forma señalada en el inciso final del número 1° del artículo 54 y en los artículos 58 número 2) y 62.”

Conforme a lo anterior, es posible concluir que el artículo 31 N° 3 ha servido históricamente para incentivar la economía y también se debe resaltar el abuso que se le dio por años a la norma en comento.

Respecto a los objetivos, la reforma del año 2014, que sienta las bases del actual artículo 31 N° 3, contenía los siguientes objetivos de manera general:

1. “Aumentar la carga tributaria para financiar, con ingresos permanentes, los gastos permanentes de la reforma educacional que emprenderemos, otras políticas del ámbito de la protección social y el actual déficit estructural en las cuentas fiscales”.
2. “Avanzar en equidad tributaria, mejorando la distribución del ingreso. Los que ganan más aportarán más, y los ingresos del trabajo y del capital deben tener tratamientos similares”.
3. “Introducir nuevos y más eficientes mecanismos de incentivos al ahorro e inversión”.
4. “Velar porque se pague lo que corresponda de acuerdo a las leyes, avanzando en medidas que disminuyan la evasión y la elusión”.

Asimismo, en la historia de la Ley N° 20.780 no se indica nada en particular respecto a las razones que sustentan el cambio del artículo 31 N° 3.

o Conclusión.

Del análisis realizado se puede concluir que la restricción a la utilización del pago provisional por utilidades absorbidas se encuentra estrechamente ligada al

objetivo central que tuvo la reforma tributaria del año 2014, consistente en la recaudación fiscal, todo lo cual se ve refrendado dado que en la historia de la Ley no se indica otro fundamento para el cambio del artículo 31 N° 3 de la Ley de Impuesto a la Renta. En consecuencia, en general, el referido objetivo implicó la utilización de mecanismos de restricción de beneficios y en particular la limitación a la utilización de los PPUA.

2.5.- EFECTOS DE LA LEY GENERAL ANTI ELUSION EN PROCESOS DE FUSION POR INCORPORACION, A PARTIR DE UN CASO CONCRETO.

En primer término, es preciso indicar que en el proyecto original al definir abuso, en el artículo 4 ter del Código Tributario, se incluyen a las fusiones, en los siguientes términos:

“Para estos efectos, se entenderá que existe abuso cuando se evite total o parcialmente la realización del hecho gravado, o se disminuya la base imponible o la obligación tributaria, o se postergue o difiera el nacimiento de dicha obligación, mediante actos o negocios, incluyendo fusiones, divisiones, transformaciones y otras formas de reorganización empresarial o de negocios, en los que concurran las siguientes circunstancias copulativas:

a) Que, individualmente considerados o en su conjunto, sean artificiosos o impropios para la consecución del resultado obtenido, y

b) Que de su utilización no resulten efectos jurídicos o económicos relevantes, distintos de los meramente tributarios a que se refiere este inciso, y de los efectos que se hubieran obtenido con los actos o negocios usuales o propios.” (el subrayado es propio).

En el oficio de modificaciones del mensaje de la Ley N° 20.780 se constata el cambio al artículo 4 ter de Código del ramo:

“Es legítima la razonable opción de conductas y alternativas contempladas en la legislación tributaria. En consecuencia, no constituirá abuso la sola circunstancia que el mismo resultado económico o jurídico se pueda obtener con otro u otros actos jurídicos que derivarían en una mayor carga tributaria; o que el acto jurídico escogido, o conjunto de ellos, no genere efecto tributario alguno, o bien los genere de manera reducida o diferida en el tiempo o en menor cuantía, siempre que estos efectos sean consecuencia de la ley tributaria.”

En opinión del autor Felipe Yáñez, la eliminación anterior, entre otras, constituyen un grave deterioro de la calidad de dicha norma, pues, a su juicio, se omiten un listado de criterios que habrían servido de guía al intérprete en la determinación de lo que deba entenderse por “abuso de las formas jurídicas” en un caso concreto.¹¹

Al respecto, se pretende fijar el alcance de la norma general anti elusiva en un contexto de un proceso de fusión por incorporación, mediante el estudio de situación de carácter práctica. En concreto, una sociedad con pérdida tributaria busca fusionarse con una sociedad con utilidades tributables, siendo la primera la continuadora legal, empero, previo a la fusión, se realiza una distribución de utilidades a la sociedad que será la continuadora legal, con el sólo fin de aprovechar los créditos que vienen de la sociedad absorbida, a través del mecanismo del PPUA.

Primeramente, se expondrá y analizará su regulación legal y administrativa, esta última contenida en la circulares N° 41, de fecha 11 julio de 2016, N° 42 de fecha 11 de julio de 2016, N° 65, de fecha 23 de julio de 2015, N° 55, de fecha 16 de octubre de 2014, el catálogo de esquemas tributarios, publicado el 30 de noviembre de 2016 y el oficio N° 261, de fecha 3 de febrero de 2017. Posteriormente, se detallará el caso práctico y las conclusiones al respecto.

- Regulación legal y administrativa.

La norma general anti elusiva sanciona la elusión de la aplicación de las normas tributarias por dos vías distintas, a saber el abuso de las formas jurídicas y la simulación, reguladas en los artículos 4 ter y 4 quáter, respectivamente.

El artículo 4 ter reconoce el derecho que le asiste al contribuyente a preferir siempre aquella estructura jurídica que, destinada a formalizar el propósito económico buscado, resulta ser, además, la menos gravosa desde un punto de vista tributario. Asimismo, define al abuso de las formas jurídicas en términos amplios, en los siguientes términos:

“Los hechos imponible contenidos en las leyes tributarias no podrán ser eludidos mediante el abuso de las formas jurídicas. Se entenderá que existe abuso en materia tributaria cuando se evite total o parcialmente la realización del hecho gravado, o se disminuya la base imponible o la obligación tributaria, o se postergue o difiera el nacimiento de dicha obligación, mediante actos o negocios jurídicos que, individualmente considerados o en

¹¹ YAÑEZ, FELIPE. Análisis de la nueva cláusula general antielusiva. Revista de Estudios Tributarios, Centro de Estudios Tributarios Universidad de Chile. 11:243,2014.

su conjunto, no produzcan resultados o efectos jurídicos o económicos relevantes para el contribuyente o un tercero, que sean distintos de los meramente tributarios a que se refiere este inciso.”

Tal como fue señalado, el artículo en comento sufrió algunas modificaciones durante la tramitación de la Ley N° 20.780, entre las cuales se encuentra la exclusión en la definición de abuso de las fusiones, divisiones, transformaciones y otras formas de reorganización empresarial o de negocios.

Sobre este último punto, consta en el segundo informe de la Comisión de Hacienda, durante el segundo trámite constitucional ante el Senado, que el artículo 4 ter del Código Tributario fue objeto de tres indicaciones 145, 146, 147 y 148. Al respecto, la indicación N° 145, presentada por el señor Vicepresidente de la República, propuso el actual texto del artículo 4 ter del Código Tributario, destacando el Senador señor Coloma *“la relevancia del contenido de la indicación, que establece el principio de la buena fe y reconoce la legítima opción de los contribuyentes por el uso de alternativas contempladas en la legislación tributaria”*. Finalmente, la indicación referida fue aprobada con enmiendas por la unanimidad de los miembros de la Comisión y finalmente aprobada como texto definitivo de la Ley. Las enmiendas se encuentran destacadas y a continuación se indica el texto actual del artículo:

*“Artículo 4º ter.- Los hechos imposables contenidos en las leyes tributarias no podrán ser eludidos mediante el abuso de las formas jurídicas. Se entenderá que existe abuso **para efectos tributarios** (actualmente: en materia tributaria) cuando se evite total o parcialmente la realización del hecho gravado, o se disminuya la base imponible o la obligación tributaria, o se postergue o difiera el nacimiento de dicha obligación, mediante actos o negocios jurídicos que, individualmente considerados o en su conjunto, no produzcan resultados o efectos jurídicos o económicos relevantes para el contribuyente o un tercero, que sean distintos de los meramente tributarios a que se refiere este inciso. Es legítima la razonable opción de conductas y alternativas contempladas en la legislación tributaria, **por ende** (actualmente: en consecuencia), no constituirá abuso la sola circunstancia que el mismo resultado económico o jurídico se pueda obtener con otro u otros actos jurídicos que derivarían en una mayor carga tributaria; **o bien** (actualmente: o que), que el acto jurídico escogido, o conjunto de ellos, no genere efecto tributario alguno o bien los genere de manera reducida o diferida en el tiempo o en menor cuantía, siempre que estos efectos sean consecuencia de la ley tributaria.*

Por su parte, el artículo 4 quáter indica que existe simulación cuando se disimula la configuración del hecho gravado del impuesto, la naturaleza de los elementos constitutivos de la obligación tributaria, su verdadero monto o data de nacimiento.

En cuanto a la regulación administrativa, la circular N° 65, de fecha 23 de julio de 2015, establece, en la página 8, un acápite especial denominado “Casos de no aplicación de las normas anti elusivas de los artículos 4º ter y 4º quáter”, indicando dos casos. El primero se encuentra establecido en el inciso cuarto del artículo 4 bis, relativo a cuando resulta aplicable una norma especial para evitar la elusión como es el caso, entre otros, de las disposiciones sobre tasación del artículo 64 del Código Tributario. El segundo caso se encuentra establecido en el inciso segundo del artículo 4 quinquies y hace referencia a cuando el monto de las diferencias de impuestos provisoriamente determinadas al contribuyente son iguales o inferiores a 250 unidades tributarias mensuales calculada a la fecha en que deba presentarse el requerimiento ante el tribunal competente.

Por su parte, en la circular N° 41, de fecha 11 de julio de 2016, se instruye sobre las modificaciones realizadas por la Ley N° 20.899 a los artículos 26 bis y 100, ambos del Código Tributario y se modifica el procedimiento administrativo que debe ajustarse la revisión y fiscalización de los casos en que se detecten prácticas elusivas de simulación o abuso.

Por otro lado, las circulares N° 42, de fecha 11 de julio de 2016, y N° 55, de fecha 16 de octubre de 2014, hacen referencia a la vigencia y aplicación de las normas generales anti elusión.

En circular N° 55 se indica que las referidas normas rigen a contar del 30 de septiembre de 2015, de acuerdo a lo establecido en los números 1 al 4 del artículo 10, en concordancia con el artículo decimoquinto de las disposiciones transitorias, ambas de la Ley N° 20.780. En la circular N°42, si bien se mantiene el criterio anterior, se realiza una interpretación auténtica, de la cual se concluye lo siguiente:

- Los hechos, actos, negocios o conjunto o serie de ellos “realizados o concluidos” a partir del 30 de septiembre de 2015 se encuentran afectos a la normativa general anti elusiva.
- Los hechos, actos, negocios o conjunto o serie de ellos “realizados o concluidos” con anterioridad al 30 de septiembre de 2015 y cuyos efectos también se han producido a la misma fecha, sin que continúen

produciéndose con posterioridad a ella, no se les aplicará la normativa general anti elusiva.

- En la misma línea, los hechos, actos, negocios o conjunto o serie de ellos “realizados o concluidos” con anterioridad al 30 de septiembre de 2015 y no modificados con posterioridad a la misma fecha, pero que continúen produciendo efectos tributarios después, tampoco se les aplicará la normativa general anti elusiva.
- Finalmente, a diferencia de los casos anteriores, si los hechos, actos, negocios o conjunto o serie de ellos “realizados o concluidos” con anterioridad al 30 de septiembre de 2015, y que a contar de dicha fecha hayan sido modificados en sus características o elementos que determinan sus consecuencias jurídicas para la legislación tributaria, se les aplicará la normativa general anti elusiva, en medida que se cumplan los siguientes requisitos. La modificación señalada, entendida como alteración, mutación o transformación de cualquiera de los elementos del acto negocios o características de los hechos o conjunto o serie de ellos, incida de manera determinante en las consecuencias jurídicas tributarias y, finalmente, dicha alteración, mutación o transformación de los elementos de la obligación tributaria, por sí misma o por los efectos que genera en la negociación modificada, puede ser considerada eventualmente como constitutiva de abuso o simulación, en los términos expuestos precedentemente.

El catálogo de esquemas tributarios, publicado el 30 de noviembre de 2016, hace referencia a un caso que involucra una reorganización empresarial en que se diluye el capital propio mediante aportes y retiros para provocar una fusión con goodwill.

La situación concreta consiste en:

1.- Se constituye una sociedad de responsabilidad limitada A (en adelante “sociedad A”) con un capital de \$20 millones, aportado por 38 personas naturales y su objeto social es sociedad de inversión y rentista de capitales mobiliarios en general.

2.- Un mes después se aumenta el capital de esta sociedad a \$43.000 millones, producto de las reinversiones de los socios.

3.- Posteriormente, doce días después del referido aumento, la sociedad de responsabilidad limitada B (en adelante “la sociedad B”) adquiere el 99,45% de los derechos de la sociedad A en \$42.895 millones y 18 días después la sociedad B realiza un retiro de utilidades de \$42.895 millones de la sociedad A, generando un disminución patrimonial.

4.-Días después de la disminución la sociedad B compra el 0,55% de los derechos de la sociedad A. Ante esta fusión impropia la sociedad A se disuelve, generándose una pérdida tributaria producto del reconocimiento del goodwill tributario y la sociedad B solicita una devolución por pago provisional por utilidades absorbidas de \$400.000 millones.

5.-Un año después se realiza una fusión por incorporación, en la cual la sociedad de responsabilidad limitada C (en adelante “la sociedad C”) absorbe a la sociedad B, la cual desaparece.

6.- Finalmente, la sociedad C presenta un término de giro, determinando una pérdida tributaria de \$58.300 millones, compuesta principalmente por la deducción como gasto de goodwill pendiente de deducción (9 de 10); y solicita una devolución de pago por utilidades absorbidas de \$5.825 millones.

Finalmente, mediante en el oficio del Servicio de Impuestos Internos N° 261, de fecha 3 de febrero de 2017, se analiza si el caso presentado califica como abuso de las formas jurídicas o simulación para efectos de las normas generales anti elusivas.

El caso dice relación con una sociedad de responsabilidad limitada que se quiere dividir para separar las líneas de negocios, particularmente desafectar del giro social la inversión de inmuebles. En consecuencia, la sociedad continuadora mantendrá los bienes inmuebles y la nueva sociedad las demás inversiones y activos registrados, a fin de que continúe desarrollando el giro social. Posteriormente, la sociedad continuadora se disolverá y pondrá término de giro, adjudicándose los socios los bienes inmuebles en la liquidación, conforme al artículo 38 bis de la Ley de Impuesto a la Renta.

El oficio referido concluye que los actos jurídicos ejecutados en el contexto de la división, disolución y término de giro de la sociedad continuadora en principio podrían ampararse en una razonable opción de conductas y alternativas, empero la conclusión podría variar dependiendo de las circunstancias concretas del caso y las descritas a modo ejemplar. Con todo, respecto a la división indica:

“Al respecto, señala el peticionario que la división de la sociedad perseguiría un fin jurídico y económico relevante que sería separar las líneas de negocios que actualmente registra la sociedad. En este contexto, lo que se esperaría es que ambas sociedades continuaran con sus líneas de negocios en forma paralela, ello no acontece en este caso toda vez que, producida la división, la “Sociedad continuadora” que tiene entre sus activos asignados los bienes raíces, se va a disolver y poner término de giro.

Por lo tanto, de lo expuesto, podría ser el caso que las operaciones descritas en la consulta, en su conjunto, no tendrían un fin jurídico o económico relevante distinto del ahorro tributario que se produce por la aplicación del artículo 38 bis de la Ley sobre Impuestos en relación con el artículo tercero transitorio de la Ley N° 20.899”.

Por otro lado, resulta relevante exponer el contenido del artículo 64 del Código Tributario, en particular respecto a los procesos de reorganización empresarial, toda vez que en la referida norma se encuentra contenida una norma especial para evitar la elusión en este tipo de casos.

El artículo 64 inciso cuarto y quinto prescribe:

“No se aplicará lo dispuesto en este artículo, en los casos de división o fusión por creación o por incorporación de sociedades, siempre que la nueva sociedad o la subsistente mantenga registrado el valor tributario que tenían los activos y pasivos en la sociedad dividida o aportante.

Tampoco se aplicará lo dispuesto en este artículo, cuando se trate del aporte, total o parcial, de activos de cualquier clase, corporales o incorporeales, que resulte de otros procesos de reorganización de grupos empresariales, que obedezcan a una legítima razón de negocios, en que subsista la empresa aportante, sea ésta, individual, societaria, o contribuyente del N° 1 del artículo 58 de la Ley sobre Impuesto a la Renta, que impliquen un aumento de capital en una sociedad preexistente o la constitución de una nueva sociedad y que no originen flujos efectivos de dinero para el aportante, siempre que los aportes se efectúen y registren al valor contable o tributario en que los activos estaban registrados en la aportante. Dichos valores deberán asignarse en la respectiva junta de accionistas, o escritura pública de constitución o modificación de la sociedad tratándose de sociedades de personas”.

El artículo transcrito fue incorporado al Código del ramo por la Ley N° 19.705, de fecha 20 de febrero de 2000. De todas formas, previamente el Servicio de Impuestos Internos aplicaba el mismo criterio, siendo regulado por la Circular N°68, de fecha 28 de noviembre de 1996, en el cual explica porque es o no aplicable el artículo 64 del Código Tributario:

1.- División de una sociedad.- Sobre este tipo de reorganización de sociedades de cualquier clase, cabe señalar que, teniendo presente un pronunciamiento de la Superintendencia de Valores y Seguros, este Servicio ha concluido que en el caso de división de una sociedad, la distribución que se hace del patrimonio de la sociedad que se divide corresponde a la asignación de cuotas de una universalidad jurídica y, consecuentemente, no existe propiamente una transferencia o transmisión de bienes, sino que se trata de una especificación de derechos preexistentes los cuales, en virtud de la decisión societaria adoptada, quedan radicados en una entidad jurídica independiente.

En consecuencia, el traspaso de los bienes que se efectúen con motivo de la división de una sociedad, no constituye propiamente un aporte puesto que no hay una enajenación. Por lo tanto, en esta situación no es aplicable lo dispuesto en el Artículo 64 del Código Tributario.

2.- Fusión de sociedades por creación o por incorporación. Según la definición que al respecto hace la Ley sobre Sociedades Anónimas, No. 18.046, y que este Servicio ha hecho extensiva a las normas de carácter tributario, existe fusión por creación cuando el activo y pasivo de dos o más sociedades, de cualquier clase, que se disuelven se aporta a una nueva sociedad que se constituye, y 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.

En las dos situaciones señaladas precedentemente las sociedades aportantes desaparecen, sucediéndola en todos sus derechos y obligaciones la sociedad que se constituye o la preexistente, y, aun cuando legalmente existe enajenación de los bienes aportados, el aporte que efectúa la absorbida no tiene una contraprestación pues no recibe a cambio acciones o derechos de la sociedad absorbente, puesto que desaparece como persona jurídica, de donde resulta que queda al margen de poder experimentar un incremento patrimonial. Por lo tanto, no procede aplicar en este caso el Artículo 64 del Código Tributario.

Dado que tanto en la situación referida en este número, como en la del número anterior no se producen efectos tributarios respecto de la Ley sobre Impuesto a la Renta con motivo de la división o fusión, la nueva sociedad o la subsistente deberá mantener registrado el valor tributario que tenían los bienes en la empresa o sociedad dividida o aportante, a fin de acreditar el cumplimiento de todas las normas pertinentes contenidas en la Ley sobre Impuesto a la Renta, tales como, depreciación, corrección monetaria, determinación del mayor valor en el momento de su enajenación a terceros, etc.

3.- Otras reorganizaciones en que subsista la empresa aportante.- Tratándose del aporte, total o parcial, de activos de cualquier clase, corporales o incorporales, que resulte de otros procesos de reorganización de grupos empresariales, en que subsista la empresa aportante, sea individual o societaria, que impliquen un aumento de capital en una sociedad preexistente o la constitución de una nueva sociedad, y que no originen flujos efectivos de dinero para el aportante, se reconocerá para la aplicación del Artículo 64 del Código Tributario, como valor corriente en plaza de dichos bienes o el que normalmente se cobre en convenciones de similar naturaleza, el valor contable o tributario que se tenía registrado en la empresa aportante, cuando dichos valores se asignen en la respectiva Junta de Accionistas o en el acto de constitución de la sociedad, tratándose de sociedades de personas, salvo que se trate de acciones de terceros, que no sean filiales de la aportante, y que tengan cotización en bolsa. La receptora de los bienes, deberá registrar para efectos tributarios el mismo valor señalado, esto es, el valor contable o tributario.

Debe tenerse presente, en todo caso, que se entenderá que existe reorganización para los efectos anteriores, cuando sea evidente una legítima razón de negocios que la justifique y no una forma para evitar el pago de impuestos, como puede ser el aporte a una sociedad existente que registra una pérdida tributaria y los bienes respectivos fuesen vendidos por ésta última dentro del período de revisión a un mayor valor absorbido por dicha pérdida". (el subrayado es propio)

- Caso práctico

Previo a realizar el análisis de la normativa expuesta, cabe explicar el caso práctico, respecto del cual se analizará la posibilidad anti elusiva, contenida en el Código Tributario.

Previo a realizar el análisis de la normativa expuesta, cabe explicar el caso práctico, respecto del cual se analizará la posibilidad de aplicar la norma general anti elusiva, contenida en el Código Tributario.

Concretamente, en un contexto de planificación tributaria, un grupo empresarial desea adquirir una sociedad operativa generadora de utilidades, la cual no se encuentra relacionada a dicho grupo empresarial.

Al respecto, el objetivo del grupo empresarial es adquirir esta empresa operativa que genera utilidades y actualmente paga impuesto de primera categoría, la pregunta es cómo desde el punto de vista tributario se optimizará esta operación, en consideración a la actual norma que sanciona la simulación y el abuso de las formas jurídicas.

La primera opción que se podría plantear es identificar una sociedad dentro del grupo que en ese momento mantenga una pérdida tributaria, pero la redacción actual ley restringe obtención del beneficio del PPUA para el caso de las fusiones, por lo tanto, se tendría que adaptar la figura. Una forma simple de realizarlo es a través de un acuerdo entre la empresa compradora y la vendedora en la cual se oferte que la empresa para ser comprada debe ser una SpA que permita en sus estatutos mantener un solo accionista sin que se gatille la fusión por compra. (fusión impropia)

A esta empresa SpA la llamaremos “XXX SpA.” y a la empresa compradora que mantiene la pérdida tributaria la llamaremos “YYY Limitada”

Luego YYY Limitada compra a XXX SpA y espera que esta genere utilidades y posteriormente las distribuya como dividendos. A raíz de esto, finalmente, la sociedad compradora YYY podrá utilizar su pérdida tributaria a través del uso del mecanismo de PPUA.

Como último paso, luego que la sociedad YYY a través de los años utilice toda su pérdida y solicite todo el PPUA, se fusionará con la sociedad XXX SpA, argumentando que esta fusión obedece a una razón de negocios que indique la generación de sinergias y reducciones de costos en su malla corporativa.

En resumen esta transacción contiene los siguientes pasos:

Paso N°1: Oferta de compra en el cual se indica que la empresa para ser comprada debe ser SpA con estatutos que permitan tener un único accionista.

Paso N°2: La sociedad con pérdida YYY compra la sociedad generadora de utilidades tributables XXX SpA

Paso N°3: La sociedad XXX SpA genera utilidades tributarias y con la caja generada distribuye dividendos.

Paso N°4: La sociedad YYY utiliza el beneficio del PPUA hasta la extinción de la pérdida.

Paso N°5: Fusión de empresas, con una razón de negocios de la lógica de las sinergias y reducción de costos.

Ahora si deseamos llevar al límite el ejemplo para poder contrastar conclusiones, entonces podríamos mantener iguales los pasos N°1 y N°2,

Paso N°3: La sociedad YYY realiza un préstamo a la sociedad XXX SpA por el monto necesario para absorber la totalidad de la pérdida tributaria utilizando el beneficio del PPUA. La sociedad YYY generará una cuenta por cobrar y la empresa XXX SpA una cuenta por pagar.

Paso N°4: Empresa XXX SpA realiza un dividendo por el monto acordado.

Paso N°5: Empresa YYY recibe el dividendo y, tal cual indica la ley, utiliza el beneficio del PPUA.

Paso N°6: Fusión de sociedades al día siguiente de la distribución de dividendos, compensando las cuentas por cobrar y pagar que mantenían las sociedades.

En el caso planteando, en primer término, es posible sostener que el contribuyente tiene una legítima razón de negocios y utiliza las alternativas que les otorga la ley tributaria.

Sin embargo, en el segundo caso existe abuso de las formas jurídicas, en razón que no se producen efectos jurídicos o económicos relevantes, sino simplemente meramente tributarios.

- Análisis

En primer término, resulta relevante analizar lo dispuesto en la Circular N° 68, de fecha 28 de noviembre de 1996, toda vez que los incisos cuarto y quinto del artículo 64 del Código Tributario, incorporados por la Ley N° 19.705, vienen en otorgar rango legal a lo dispuesto en la referida circular.

El Servicio de Impuesto Internos es claro al señalar en la circular en comento que tanto a la división y fusión no le es aplicable el artículo 64 del código del ramo, en atención a que no se producen efectos tributarios respecto de la Ley sobre Impuesto a la Renta.

En consecuencia, de lo anterior se puede extraer que al no producirse efectos tributarios no sólo no tiene aplicación la norma especial anti elusiva, contenida en el artículo 64 referido, sino tampoco la norma general anti elusiva.

Asimismo, en la Circular N°68 se hace referencia a otros procesos de reorganización en que subiste la empresa aportante, determinando que para que no sea aplicable la tasación del artículo 64 es necesario, entre otros requisitos, que exista una legítima razón de negocios. En consecuencia, en caso de no existir legítima razón de negocios son aplicables ambas normas, pero por texto expreso de la ley tiene preeminencia la norma especial anti elusiva por sobre la norma general anti elusiva.

No obstante lo anterior, de ningún modo se pretende concluir que en un conjunto de actos, en los cuales exista una fusión, división, aporte, etc, no puedan ser objeto de aplicación de la norma general anti elusiva. Un ejemplo de lo anterior es el caso transcrito perteneciente al catálogo de esquemas tributarios del Servicio de Impuestos Internos, en que se diluye el capital propio mediante aportes y retiros para provocar una fusión con goodwill, toda vez que existen una serie de pasos que permiten calificar al esquema como elusivo y el simple hecho que exista una fusión no suprime la aplicación de la norma. El mismo criterio se aplica en el oficio N° 261, de fecha 3 de febrero de 2017 y en el caso hipotético, es decir para determinar si se aplicaría o no la norma general anti elusiva se debe analizar el conjunto de la operación y también el simple hecho que exista una división o fusión, respectivamente, no suprime la aplicación de la norma.

- Conclusión.

De acuerdo a lo analizado precedentemente es posible concluir que no se aplica la norma general anti elusiva a las fusiones y divisiones, toda vez que no se producen efectos tributarios al mantener registrado el valor tributario de los activos y pasivos en la sociedad dividida o aportante. De todas formas, en el caso que no se mantenga el valor tributario señalado se aplicará la norma especial anti elusiva, a saber el artículo 64, en atención a lo dispuesto en el artículo 4 bis, ambos del Código Tributario, el cual otorga preeminencia a las normas especiales para evitar la elusión por sobre las normas generales.

El mismo criterio anterior se utiliza en los demás casos en que subiste la empresa aportante y no existe una legítima razón de negocios, toda vez que se aplica la norma especial anti elusiva, contenida en el artículo 64, al primar la norma especial por sobre la general.

Por lo tanto, no se aplica la norma general anti elusiva en los procesos de reorganización empresarial.

BIBLIOGRAFIA.

FAUNDEZ U, ANTONIO. Reorganización empresarial. Derecho Tributario y Tributación interna. Editorial Abeledo Perrot Legal Publishing, 2012.

FAÚNDEZ U., Antonio. Reorganización empresarial y planificación tributaria. Revista de Estudios Tributarios N°11, Centro de Estudios Tributarios de la Universidad de Chile.2014.

VEGA P. MARIANELA Y ZÚÑIGA O. WILSON, LA ARMONIZACIÓN TRIBUTARIA EN EL SENO DE LA UNIÓN EUROPEA: Un referente para la factibilidad de una propuesta de Armonización Fiscal, en los Precios de Transferencia Multinacionales entre Chile, México y Argentina. Compilado **encuentro Nacional de Facultades de Administración y Economía (ENEFA)**, 2009.

YAÑEZ, FELIPE. Análisis de la nueva cláusula general antielusiva. Revista de Estudios Tributarios, Centro de Estudios Tributarios Universidad de Chile, 2014

Jurisprudencia administrativa

Circular N°49, de fecha 14 de julio de 2016.

Oficio N°2389, de fecha 13 de octubre de 1997.

Oficio N°1664, de fecha 8 de abril de 2004.

Mensaje de Ley N°20.780

VITA.

Rodrigo Veliz Fuenzalida.

Contador Público y Auditor perteneciente a la Universidad de Santiago de Chile.

Postitulo en Planificación y Gestión tributaria Universidad de Santiago de Chile.

Magister en tributación de la Facultad de economía y negocios de la Universidad de Chile.

Desde enero de 2005 a abril del 2010 trabajo en el área tributaria de Deloitte, llegando al cargo de senior de impuestos.

De abril del año 2010 a junio del año 2015 se desempeñó como especialista tributario en el área de Planificación Tributaria de la Multinacional de Energía AES Gener.

Desde junio del 2015 a diciembre de 2015 se desempeñó como head of tax planning chile en AES Gener.

Desde enero del año 2016 a la actualidad se desempeña como especialista senior de planificación de impuestos en la Sociedad Minera Antofagasta Minerals S.A.